

*DUO TESTAMENTA* (PS.-QUINT. DECL. MIN. 308).  
EL DERECHO EN LA ESCUELA

ABSTRACT. The aim of this paper is to analyze and comment *Declamatio minor* 308, entitled *Duo Testamenta*. On this document revocation of a will is discussed. The matter on which it is argued (one of the most complex of Roman Law), the large allusions to norms and legal concepts, and the way itself in which the discourse is made (very closed to the way of reasoning practiced by jurists), turn this source into a really interesting document for the Romanist.

«Tiempos felices para las declamaciones latinas». Con estas palabras iniciaba Mario Lentano su completa reseña sobre los estudios dedicados al género declamatorio en las décadas de los ochenta y noventa del pasado siglo<sup>1</sup>. Una época fecunda que hoy, después de más de diez años de este estudio de conjunto, lejos de haberse apagado, ha dado lugar a una nutrida y proficua bibliografía que ha puesto de manifiesto la gran riqueza que encierra este tipo de fuentes en otro tiempo despreciadas. Los casos ficticios que presentan en forma de controversia son, en realidad, una suerte de escenario en el que contemplar (representados por estereotipos en conflicto) muchos valores de la cultura romana, tanto los más tradicionales y arraigados, como los que se encontraban en transformación o, quizás, en formación. Por ello, los textos declamatorios son también interesantes para el estudioso del Derecho romano, puesto que ofrecen información valiosa para comprender mejor el pensamiento jurídico coetáneo. Así, a pesar de que los supuestos que reproducen son producto de la imaginación, las declamaciones pueden ser vistas como una «proyección de la experiencia jurídica romana»<sup>2</sup> en la medida en que ponen a prueba creencias, valores y normas de la convivencia social<sup>3</sup>. El declamador actúa como un intérprete de los hechos y normas que utiliza en su argumentación, y, por ello, es posible aprehender de su discurso la realidad y los valores que le son concomitantes, ofreciendo así una información que muchas veces no se encuentra en fuentes estrictamente jurídicas.

Además, puesto que todas las declamaciones tienen una finalidad propedéutica y práctica (son ejemplos de la *exercitatio* con la que los alumnos se preparaban para

---

<sup>1</sup> M. Lentano, *La declamazione latina. Rassegna di studi e stato delle questioni (1980-1998)*, «BStudLat» 29 (1999), pp. 571-621. Sobre los estudios realizados en años anteriores vd. L. Håkanson, *Die quintilianischen Deklamationen in der neueren Forschung*, en *ANRW II/32.4*, 1986, pp. 2272-2306.

<sup>2</sup> D. Mantovani, *I giuristi, il retore e le api. 'Ius controversum' e natura nella 'declamatio maior' XIII*, «Seminarios Complutenses de Derecho Romano» 19 (2006), pp. 205-212.

<sup>3</sup> M. Beard, *Looking (Harder) for Roman Myth: Dumézil, Declamation and the Problems of Definition*, en F. Graf (ed.), *Mythos in mythenloser Gesellschaft: das Paradeigma Roms*, Stuttgart 1993, pp. 44-64; Lentano, *La declamazione latina* cit., p. 571; Id., *Un nome più grande di qualsiasi legge. Declamazione latina e 'patria potestas'*, «BStudLat» 34 (2005), pp. 560-568 (reeditado con algunas modificaciones bajo el título *Padri alla sbarra*, en *'Signa culturae'. Saggi di antropologia e letteratura latina*, Bologna 2009, pp. 45-79).

una intervención futura en el foro, por ello, tienen como marco de referencia un proceso judicial), este tipo de fuentes son especialmente interesantes para analizar en qué medida era conocido el Derecho en las escuelas de retórica y el modo en que se aplicaba al supuesto recreado<sup>4</sup>. Una aportación ésta que, a pesar de haber sido ya intuida hace tiempo por Lanfranchi, no ha llegado a suscitar mucho interés entre los romanistas<sup>5</sup>.

Desde este presupuesto metodológico, y sin la pretensión de abordar de forma general la relación que pudo haber existido entre el Derecho y la Retórica como disciplinas con numerosos puntos de encuentro y desencuentro, analizaremos un texto declamatorio atribuido por los manuscritos medievales a Quintiliano: un fragmento que pertenece al *corpus* de las *Declamationes minores*. El objeto de la controversia que recrea el texto (la revocación del testamento, de la que el Derecho romano se ocupó extensamente), las numerosas alusiones a normas y conceptos jurídicos, y la propia construcción del discurso (en ocasiones muy próxima al modo de razonar de los juristas romanos) hacen de ésta una fuente particularmente interesante para el romanista. Se trata de la *declamatio minor* 308<sup>6</sup> titulada *Duo testamenta*<sup>7</sup>.

Como se sabe, la colección de las *Declamationes minores*<sup>8</sup>, a diferencia de lo que ocurre

<sup>4</sup> Quint. *inst.* 2.10.12 (*quare declamatio, quoniam est iudiciorum consiliorumque imago, similis esse debet veritati...*). Quintiliano critica el *tumor inanis* de algunos de sus predecesores, esos discursos grandilocuentes y vacíos, que se recrean en sí mismos, que se apartan de la realidad y que pierden de vista el sentido y función para el que deben ser contruidos (Quint. *inst.* 5.12.17 ss).

<sup>5</sup> F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, pp. 36-41. Sobre la relación de las declamaciones con el Derecho romano y/o griego, entre otros, vd. P. Parks, *The Roman Rhetorical Schools as a Preparation for the Courts under the Early Empire*, Baltimore 1945, pp. 88 ss.; H. Bornecque, *Les Déclamations et les déclamateurs d'après Sénèque le Père*, Lille 1902 (Hildesheim 1967), pp. 59 ss.; S.F. Bonner, *Roman Declamation in the Late Republic and Early Empire*, Liverpool 1969, pp. 34- 50 y 84 ss.; R. Tabacco, *Le Declamazioni maggiori pseudoquintilianee (Rassegna critica degli studi dal 1915 al 1979)*, «BStudLat» 10 (1980), pp. 103-107; M. Winterbottom, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian*, Berlin - New York 1984, p. VIII; J. Dingel, *Scholastica Materia. Untersuchungen zu den Declamationes minores und der Institutio Oratoria Quintilians*, Berlin - New York 1988, pp. 1-7; N. Hömke, *Gesetz den Fall, ein Geist erscheint*, Heidelberg 2002, pp. 161 ss.; G. Calboli, *Retorica applicata (Declamationes) e Diritto. Atti del convegno Cultura letteraria e diritto nei primi due secoli del principato, 28 ottobre 2005* (Suppl. Concordi 3), 2008, pp. 9-16 (Publicación on-line Accademia dei Concordi (Rovigo), [http://www.concordi.it/accademia/pdf/Acta 2008-3.pdf](http://www.concordi.it/accademia/pdf/Acta%2008-3.pdf)); T. Wycisk, 'Quidquid in foro fieri potest'. *Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin 2008.

<sup>6</sup> De los 388 textos que formaban parte del cuerpo de las *Declamationes Minores* originario se conservan únicamente 145, ya que desaparecieron los 243 primeros fragmentos del grupo. La colección mutilada comienza con la declamación 244, y así aparecía ya en el primero y mejor conservado de los manuscritos en que se ha transmitido, el manuscrito de Montpellier, datado en la segunda mitad del siglo IX.

<sup>7</sup> Cada una de las declamaciones aparece encabezada por un título, que indica el asunto que se discute, sin embargo, no hay certeza de que este formato se siguiera también en la confección originaria de la obra: Dingel, *Scholastica Materia* cit., p. 18; Winterbottom, *The Minor Declamations* cit., pp. XI y XV nt. 13.

<sup>8</sup> Teniendo en cuenta el desorden y la repetición de algunos de los temas tratados, es probable que la

con las denominadas *maiores*, no reúne declamaciones completas, sino esquemas o esbozos de discursos aún sin acabar<sup>9</sup>. Probablemente se elaboraron por un profesor de retórica con la intención de utilizarlos como material de clase, como ejemplos prácticos con los que habrían de trabajar los alumnos para, a partir de ellos, desarrollar las técnicas argumentativas más convenientes a cada tipo de *status causarum*<sup>10</sup>. Una función ésta que motivó su redacción entre el final del siglo I y la primera mitad del siglo II d.C.: no se conoce con exactitud quién fue su autor, pero existe cierto consenso en atribuir la paternidad a Quintiliano o a alguien próximo a su escuela<sup>11</sup>.

Es sabido que las normas jurídicas y, posiblemente también, los casos de la práctica forense se utilizaban en la escuela para aprender a argumentar desde la confrontación, como eran usados también los conflictos morales o filosóficos, o la comparación de estereotipos encarnados en héroes o personajes literarios. Sin embargo, más allá de esta circunstancia, común a muchos textos declamatorios, la *declamatio minor* 308 brinda una ocasión especial para profundizar sobre su contenido jurídico. Tras una primera lectura del texto, saltan a la vista las constantes y precisas alusiones al Derecho romano. Explicar cuáles son y cómo se incardinan en la elección y disposición de los argumentos que sugiere el profesor es la función que cumple la primer parte de este estudio (§ 2). A partir de esta primera aproximación al texto y los primeros resultados de su análisis, se intuyen los pasos que deben darse a continuación, porque las conexiones del discurso con el Derecho romano se revelan mucho más profundas que la mera constatación de las referencias explícitas. Por ello,

---

colección, tal y como la conocemos, no se elaborara con la intención de ser publicada. No es probable que se haga referencia a esta publicación en Quint. *inst.* pr. 7 (*atque eo magis, quod duo iam sub nomine meo libri ferebantur artis rhetoricae neque editi a me neque in hoc comparati*) o en Quint. *inst.* 3.6.68. Winterbottom, *The Minor Declamations* cit., p. XII.

<sup>9</sup> Precisamente, por su carácter esquemático e incompleto presentan los argumentos más próximos al momento de la *inventio*, desprovistos del ropaje retórico en que serían envueltos cuando el discurso se desarrollara en su totalidad. De ahí su especial interés, ya que ofrecen una ocasión excepcional para analizar en su más desnuda exteriorización, la elección de argumentos y su engranaje, permitiendo apreciar mejor los pasos del razonamiento. Tabacco, *Le Declamazioni maggiori pseudoquintilianee* cit., p. 105.

<sup>10</sup> Quintiliano (*inst.* 2.6.1-7) alude a dos metodologías de enseñanza de la retórica: la primera de ellas consistiría en la mera proposición de temas de discusión, dejando libertad casi total al alumno; la segunda consistiría en proporcionar al discente muchas más indicaciones, facilitando los argumentos y recursos más convenientes para el caso. El primer sistema es más adecuado para alumnos con experiencia; los más jóvenes, apenas iniciados, requieren una guía más explícita del maestro hasta ser capaces de encontrar los mejores argumentos por sí mismos. Sobre el modo en que se enseñaba a declamar en la escuela, recientemente A. Stramaglia, *Come si insegnava a declamare?*, en L. Del Corso - O. Pecere (a. c. di), *Libri di scuola e pratiche didattiche. Dall'Antichità al Rinascimento* I, Cassino 2010, pp. 11-151. Sobre la naturaleza de estos textos, Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani* cit., p. 10; Winterbottom, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian* cit., pp. XIII ss.; Håkanson, *Die quintilianischen Deklamationen* cit., p. 2277; Dingel, *Scholastica Materia* cit., p. 2.

<sup>11</sup> Se ha señalado su proximidad con las *Institutiones Oratoriae* (90 d.C.), recomendándose la lectura conjunta de ambas obras. Håkanson, *Die quintilianischen Deklamationen* cit., pp. 2275-2278; Dingel, *Scholastica Materia* cit., pp. 1 s.

después de presentar sucintamente cuál fue el tratamiento que el Derecho romano concedió al testamento y su revocación, se hace necesario volver sobre el modo de razonar del retórico para compararlo con el de los juristas sobre estas mismas cuestiones (§ 3). A continuación, con el ánimo de analizar también las razones que el contrincante del declamador habría esgrimido en su defensa, se propone también en este estudio un análisis de los argumentos de refutación del declamador y una reconstrucción del proceso que habría encauzado la controversia. No obstante, no es mucha la información y no es fácil reconstruir el discurso no pronunciado de los parientes (éste será el contenido del punto § 4). Se deja para el final del análisis el comentario de los dos argumentos que el declamador deja también para el final de su discurso. Se trata de dos argumentos que se apoyan fundamentalmente en la equidad, uno de forma clara (§ 5), el otro de forma menos explícita (§ 6). Se indican, por último, las conclusiones que pueden extraerse del análisis del texto declamatorio (§ 7).

### 1. *El texto*

#### *Duo testamenta*<sup>12</sup>

*Testamenta ultima rata sint. Intestatorum sine liberis mortuorum bona proximi teneant. Quidam primo testamento instituit heredem amicum, secundo facto alterum. Decessit. Posterius testamentum damnatum est. Ambigunt de bonis priore testamento heres scriptus et propinqui.*

#### DECLAMATIO

[1] *Et in more civitatis et in legibus positum est ut, quotiens fieri potuerit, defunctorum testamento stetur, idque non mediocri ratione. Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem; alioqui potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, ut, cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.* [2] *Proximum locum a testamentis habent propinqui, et ita, si intestatus quis ac sine liberis decesserit: non quoniam utique iustum sit ad hos pervenire bona defunctorum, sed quoniam relicta et velut in medio posita nulli propius videntur contingere. Nihil est ergo quod nos onerare temptent nomine isto propinquitatis, iactatione sanguinis et naturae homines binis iam tabulis exheredati.* [3] *Et sane quotiens quaestio iuris est certi et a maioribus constituti, nihil necesse est laudare leges quibus utimur et ad quas vobis iudicandum est.*

[4] *Quaestio igitur totius causae nostrae, ut opinor, in eo consistit, an amicus meus intestatus decesserit. In qua parte delector nihil tam obscure, nihil tam clam esse factum ut nobis probandum sit. Interrogo vos igitur, propinqui, an hic quem intestatum decessisse dicitis scripserit*

<sup>12</sup> Se reproduce aquí el texto precedente de la edición de Winterbottom, *The Minor Declamations* cit., pp. 137-140. Pueden consultarse también las ediciones de Shackleton Bailey, Stuttgart 1989 (Teubner) y Cambridge 2006 (Loeb). Sobre la tradición del texto se remite a Winterbottom, *The Minor Declamations* cit., pp. XX-XXV. Se acompaña, como anexo, una traducción de la declamación al español.

*aliquando testamentum. [5] Interrogo vos an hae tabulae quae ex parte nostra proferuntur testati sint. Intellegitisne signum? An omni iure conscriptas [vel] tabulas soletis damnare? [6] Non id agunt, ut non fecerit testamentum, sed intestatum volunt videri eum quia non semel fecerit. «Scripsit» inquit «et alteras tabulas». Apparet quam noluerit intestatus mori. [7] Neque ego negaverim non uno genere fieri intestatos: aut enim is est intestatus qui non scripsit omnino testamentum, aut qui id scripsit quod valere non possit. Vos eligite quem velitis esse intestatum: si eum qui non scripsit, non est hic cuius de bonis agitur (bis enim scripsit); si eum videri vultis intestatum qui vitiosum scripserit testamentum, hoc confiteamini necesse est, vitiosum testamentum esse pro non scripto. [8] Hoc igitur supremum quaero sitne testamentum. Si confitemini esse testamentum, non potest videri intestatus decessisse; si non est testamentum (sicut non est, quia non iure factum est), nihil ob stare priori potest.*

[9] Venio nunc ad meam legem: «testamenta ultima rata sint». Habet sine dubio, si verba tantum ipsa intueri velimus, hoc ius occasionem brevem calumniae. Quid si enim unum aliquis scripserit testamentum? Potest videri non ultimum quod magis iure primum dixerimus. Sed quemadmodum inter plurima testamenta ultimum valere oportet, ita haec manifesta legis voluntas est, ut id testamentum valeat post quod nullum testamentum est. [10] Neque est incredibile sine dubio, etiam ante hoc testamentum quo ego heres factum sum, scripsisse illum alia testamenta, hominem frequenter hoc facientem. Ita et ultimum videri potest si post alia scriptum est, et si primum scriptum est, quia nullum tamen est quod vincat et potentius sit postea <factum>, pro ultimo habendum est.

[11] Sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento; neque ego infitior, si iure factum est testamentum, hoc est, si testamentum est, potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem. [12] Sed nego ullum postea factum testamentum. Quid est enim testamentum? Ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis. Non dixerim ego testamentum cui numerus signatorum deest, non dixerim testamentum cui libripens et emptor familiae et cetera iuri necessaria: tabulae erunt fortasse et scriptum erit. Et hoc, ut paulo ante dicebam, vestra quoque manifestum confessione est non esse † velud † testamentum: facto enim illo dicitis propinquum vestrum intestatum fuisse. [13] Hoc propius colligamus. Putemus enim factum esse unum hoc testamentum quod damnastis: num dubium erit quin ad vos bona pertinuerint tamquam intestati, id est, quin ita heredes futuri fueritis tamquam ille omnino testamentum non fecisset? Quod si hoc pro non facto est, nec testamentum quidem videri potest. Fingamus fuisse ultimum testamentum: quando quaerimus? [14] Puto cum res in lite est, cum in disputatione. Nec pertinet ad nos quod fuerit ultimum, sed quod sit. Si ius utriusque testamento constaret, fuisset illud ultimum quod postea factum est; illo vero sublato incipit ultimum esse quod relictum est, ut in contentione cursus qui proximus ab ultimo fuerit, si desistat ultimus, in nomen illius locumque succedit. [15] Ergo ut non fuerit ultimum meum aliquando testamentum, nunc ultimum est, et vos id testamentum fecistis damnando id quod postea factum erat.

## [16] SERMO

*Hoc ad verba legis, illud ad voluntatem.*

## [17] DECLAMATIO

*Quid putamus secutam esse legem quae valere voluit ultimum testamentum? Plura valere non poterant, et in tam mutabili natura humanorum animorum diversis heredibus media lis relinquebatur. Optimum videbatur esse ut proxima quaeque voluntas duraret; hac vero sublata*

*necesse est eam durare quae sola est. [18] Fecit amicus meus eo tempore quo me instituebat heredem legitimum testamentum. Nam et constabat ei tum iudicium. Quo minus erubesco ista mutatione heredis; in iis tabulis alius legitur quae ius non habuerunt, quae non lege conscriptae sunt, quae fortasse etiam propter hoc damnatae sunt, quod indignus heres videbatur.*

[19] <SERMO>

*In comparatione summa non recusabo quo minus vel propinquos istos amicitiae conferatis.*

[20] <DECLAMATIO>

*Per se mihi vel sanctius nomen amici videtur. Hoc enim proficiscitur ab animo, hoc proficiscitur a proposito; istud dat casus, condicio nascendi et quae non sponte nostra eliguntur. Me heredem esse amicus meus (quod satis est) aliquando voluit, vos numquam, <neque> eo tempore quo iudicabat neque eo tempore quo errabat.*

[21] SERMO

*Illa iam communia pro omnibus testamentis.*

[22] DECLAMATIO

*Non tantum ad heredem ista lis pertinet. Aliquem fortasse amicorum honoravit, aliquem fortasse servulorum manumisit. Vos poenam quandam propinquo vestro constituitis, ut intestatus decesserit, ut bona tamquam relictas, tamquam deserta invadatis.*

## 2. Thema, quaestio causae y status. *La argumentación retórica del declamador*

El caso sobre el que se discute se recoge sucintamente en el encabezamiento del texto (*Thema*). Un hombre que no había tenido hijos elaboró un testamento en el que nombraba heredero de su patrimonio a un amigo y excluía a sus familiares. Después de un tiempo, tras cambiar de parecer, redactó un segundo documento en el que designaba como sucesor a otro amigo distinto y mantenía su voluntad de excluir a los allegados. Realizado el cambio, el causante muere y el segundo testamento es impugnado por los parientes, quienes, tras afirmar su invalidez, reclaman como herederos *ab intestato*. El conflicto o controversia en que se enmarca la declamación no se produce, sin embargo, entre estos parientes y el heredero del testamento impugnado, sino que es el heredero designado en primer lugar (*ex primo testamento*) el que se opone a la apertura de la sucesión intestada, negando la revocación del testamento inicial. La declamación recoge, precisamente, los argumentos de los que podría hacer uso este primer *amicus* para defender su derecho contra los *propinqui* del causante.

El texto constituye un ejemplo del denominado *genus iudiciale*<sup>13</sup> y, por consiguiente, su *status* viene determinado por la pregunta (*quaestio*) que tiene que ha-

<sup>13</sup> Arist. *rhet.* 1.3; Quint. *inst.* 2.21.23; 3.3.15; Cic. *inv.* 1.7; Cic. *de orat.* 1. 141; Cic. *top.* 91; *Rhet. Her.* 1.2.

cerse el juez *ex prima conflicción*<sup>14</sup>, es decir, la interrogante que nace de la contradicción entre las partes del proceso (*ratio versus infirmatio rationis*)<sup>15</sup> y que debe responder necesariamente el juzgador con la sentencia. En este caso, aunque la *quaestio* sería si el difunto ha muerto o no intestado (*an intestatus decesserit*), la posición de cada una de las partes viene representada respectivamente por dos enunciados normativos (*leges*): los parientes justifican su reclamación en la regla *intestatorum mortuorum sine liberis bona proximi teneant* (que tengan los parientes los bienes de los que han muerto intestados y sin hijos), mientras que el heredero designado en el primer testamento lo hace en la que reza *testamenta ultima rata sint* (sean vinculantes los testamentos realizados en último lugar). Un modo de presentar la *lis* que va a condicionar el modo en que el declamador desarrolla su estrategia persuasiva.

Planteado así el discurso, el primer argumento se desarrolla a partir del *status definitivus*: se define el término *intestatus* en el seno de la regla antes mencionada, y se identifica como aquel sujeto que, o bien no ha realizado nunca un testamento, o bien ha confeccionado uno que no es válido. Dado que la primera hipótesis debe excluirse en el caso, puesto que ambas partes reconocen la existencia de dos testamentos (un primer testamento del que resulta heredero quien habla, y otro segundo, contestado como *vitiosum* por los parientes *ab intestato*), la determinación de si el causante ha muerto o no intestado pasa por pronunciarse acerca de si se ha producido o no una revocación testamentaria, esto es, si el testamento inicial resultó o no anulado con el realizado posteriormente.

No parece que las partes estuvieran en desacuerdo en cuanto a la definición de *intestatus*. Lo que discuten es si las circunstancias en que ha muerto este difunto (sobre las que no discrepan) lo hacen o no subsumible en la condición de *intestatus* que define el Derecho, lo que, en definitiva, no es otra cosa que una discusión acerca del efecto revocatorio del segundo testamento, que era un testamento *vitiosum* (cuya invalidez tampoco se cuestiona). Esta última es la pretensión de los parientes, que sostienen que, aunque inválido, el testamento posterior ha dejado sin efecto el

<sup>14</sup> Quint. *inst.* 3.6.5.

<sup>15</sup> Cuando esta pregunta se refiere a si se han producido o no los hechos que actúan como fundamento de la reclamación del actor en el proceso (*an fecerit*) estaríamos ante el denominado *status coniecturalis* (Quint. *inst.* 3.6.5,73) Si, admitidos los hechos por ambas partes, la cuestión está en la denominación que debe darse a estos hechos ciertos (*quid fecerit*) estamos entonces ante un *status* o *constitutio definitiva* (Quint. *inst.* 3.6.5,49; Cic. *inv.* 2.52). Si de lo que se trata es de determinar si se obró o no de acuerdo a Derecho, o correctamente (*an iure recte fecerit*), la *quaestio* pertenecería al *status qualitatis* (Quint. *inst.* 7.4; Cic. *inv.* 2.79). Finalmente, cuando la *quaestio* versa sobre el procedimiento que sirve de cauce al enjuiciamiento de una causa (*an actio iure intendetur*) entonces se hablaría de *status translationis*. H. Lausberg, *Manual de Retórica Literaria. Fundamentos de una ciencia de la literatura*, trad. J. Pérez Riesco, Madrid 1983, pp. 122 ss. Sobre la Teoría de los *status* y su tratamiento sistemático en los retóricos griegos y latinos de la antigüedad, L. Calboli Montefusco, *La dottrina degli 'status' nella retorica greca e romana*, Hildesheim 1986; en particular, sobre la relación entre *quaestio* y *status*, pp. 2 ss.

realizado en primer lugar. Por ello, el declamador continúa su discurso rebatiendo este argumento desde la interpretación de la regla *testamenta ultima rata sint*, pero lo hace adoptando ahora el *status ex scripto et voluntate*<sup>16</sup> y analiza, por un lado, los términos usados en el enunciado (*scriptum*), y por otro, la finalidad que la *lex* persigue (*voluntas legis*)<sup>17</sup>.

Observando el planteamiento inicial y la elección de estos dos *status* para el discurso pueden señalarse algunos aspectos interesantes. Por una parte, hay que observar que, dado que la *definitio* del término *intestatus* se apoya en la *lex: intestatorum sine liberis mortuorum bona proximi teneant*, el *status definitivus* se muestra muy próximo al *status legalis* o *constitutio legitima*, aunque no lo sea propiamente<sup>18</sup>. En realidad, el declamador define la condición de *intestatus* para rechazar que le sea aplicable al difunto en este caso: *aut enim is est intestatus qui non scripsit omnino testamentum, aut quid id scripsit quod valere non possit* (7). El difunto había escrito dos testamentos (*bis enim scripsit*) y, uno de ellos, el primero, que el declamador presenta en 'juicio' (*tabulae quae ex parte nostra proferentur*) cumplía todos los requisitos exigidos por el Derecho (*Intellegitisne signum? An omni iure conscriptas [vel] tabulas soletis damnare?*) (6); contaba con el número de sellos preceptivo, con el *libripens et emptor familiae et cetera iuri necessaria* (12). Por todo ello, no puede aplicarse a este causante la condición de *intestatus*.

Es también importante subrayar que a partir del análisis de los términos *testamentum ultimum* en el seno de la regla *testamenta ultima rata sint* (que se aborda ahora sí, propiamente, desde el *status legalis ex scripto et voluntate*) el declamador pone el foco de atención en dos circunstancias que son importantes: 1) que el testamento sólo es tal si cumple una serie de requisitos formales establecidos por las normas jurídicas; 2) que cuando existen varios testamentos debe considerarse último el más recientemente formalizado de acuerdo con el Derecho. En la interpre-

<sup>16</sup> Lo confirma el primero de los sermones: *hoc ad verba legis, illud ad voluntatem*.

<sup>17</sup> El *status ex scripto et voluntate* no se propone porque se produzca en el caso una contradicción entre el sentido estricto de las palabras utilizadas en la norma *testamenta ultima rata sunt* y la finalidad que se pretende con su aplicación; no se plantea, en realidad, un conflicto entre su tenor literal y la *voluntas legis*. Lo que pretende el declamador es confutar la argumentación de los parientes, que afirmaban que el último testamento, el realizado en segundo lugar, había anulado el anterior. Por ello, desde este *status*, analiza el sentido en que debe entenderse la expresión *testamentum ultimum* y lo que justifica que sea este testamento el que debe prevalecer sobre otros posibles anteriores en el tiempo. El declamador desea subrayar que la voluntad expresada en el primer testamento es, en realidad, la solución más acorde con el espíritu de la norma, porque es la última voluntad formulada válidamente. Lausberg, *Manual de Retórica Literaria* cit., pp. 132 ss., 153 ss. y 184 ss.; Dingel, *Scholastica Materia* cit., pp. 99-100.

<sup>18</sup> Cf. Cic. *inv.* 1.11 y 2.153; Vd. Calboli Montefusco, *La dottrina degli status* cit., pp. 80 ss.; Ead., *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli status*, en D. Mantovani (a.c. di), *Per la storia del pensiero giuridico romano: Dall'età dei pontefici alle scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, Torino 1996, pp. 217 ss.



ración del término testamento el declamador afirma: *testamentum est voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis* (12) y, consiguientemente, *non est testamentum quia non iure factum est* (10). En la calificación de *testamentum ultimum*<sup>19</sup>, el declamador también es claro: *id testamentum post quod nullum testamentum est*. Aplicando esto al caso sobre el que se debate, resulta que, sólo es testamento el realizado en primer lugar, ya que, de los dos, es el único que cumple todos los requisitos formales, y, por ende, no ha sido revocado por el segundo por no ser éste un *testamentum iure factum*. Por tanto, partiendo del análisis del *scriptum* de la ley el declamador argumenta, en definitiva, en contra de la revocación del primer testamento<sup>20</sup>.

El análisis de la *voluntas legis* refuerza este argumento de naturaleza formal: ante el hecho incontrovertible de que la voluntad del hombre es cambiante y en ocasiones hay que decidir entre varias manifestaciones de la misma, la norma decide (*lex voluit*) que sea vinculante la expresada en último lugar, porque refleja mejor lo que el difunto quiso justo antes de morir. Lo importante es que esta voluntad perdure en el tiempo, que no haya sido modificada, por ello, cuando el testamento posterior es inválido, debe considerarse que la voluntad inmediatamente anterior permanece (*durat*)<sup>21</sup>. Con este argumento se presenta la *voluntas legis* en consonancia con el hecho de que el primer heredero prevalezca sobre los parientes en este caso, y, puesto que la *voluntas legis* no es otra que la de tutelar en lo posible la voluntad del difunto, el discurso continúa sobre esta misma cuestión.

Apelando a las normas que gobiernan la comunidad, las que han sido sancionadas formalmente (*leges*), y las que hunden sus raíces en la tradición inmemorial (*mores*)<sup>22</sup>, se defiende la preeminencia del testamento sobre la sucesión intestada, precisamente, porque constituye la expresión de la voluntad del que muere. El testamento constituye una manifestación fundamental de la *libertas* del individuo, la de disponer de su patrimonio y determinar la suerte del mismo después de su fallecimiento. Por eso, el declamador afirma retóricamente: ¡Cómo negar a un hombre aquello que en sus últimos momentos puede ser su único consuelo (*Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem*) cuando se reconoce sin

<sup>19</sup> El adjetivo *ultimum*, su contraposición con *primum*, la continua oposición *prius-posterius* y, de forma aún más clara, la metáfora utilizada (*ut in contentione cursus qui proximus ab ultimum fuerit, si desistat ultimus, in nomen illius locumque succedit*), revelan cómo en el lenguaje utilizado el «tiempo se hace espacio». Lo que sucede se va dejando atrás, nuestro pasado se queda a nuestra espalda y, así, lo más reciente en el tiempo nos es más próximo y más cercano. Por ello, *testamentum est potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem*. M. Bettini, *Antropologia e cultura romana. Parentela, tempo, immagini dell'anima*, Roma 1994, pp. 128 ss.

<sup>20</sup> *Infra*, § 3.2.

<sup>21</sup> Los juristas suelen expresarse así para referirse a una voluntad que, no obstante haber sufrido modificaciones, continúa siendo eficaz en su primera manifestación (*durat*): Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.3-4,11; Pap. 1 *adult.* D. 24.2.7.

<sup>22</sup> Cic. *inv.* 2.65c.

ambages durante el tiempo de vida (*si non integram legem habet, ut, cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus*)<sup>23</sup>! Por ello, porque encontramos recogida en el testamento la formulación de los deseos postreros de un sujeto, el Derecho lo ha considerado preferible a la apertura de la sucesión intestada, que, en cambio, procede sólo si no existe el testamento, y cuyo fundamento se apoya únicamente en razones de utilidad (que el patrimonio se quede en el entorno familiar).

Además, el declamador insiste en que el causante de este supuesto concreto *binis tabulas scripsit*, por lo que *apparet quam noluerit intestatus mori*. Por ello, y porque ha excluido de la herencia a los parientes en dos ocasiones, abrir la sucesión intestada supondría una contravención flagrante de sus intenciones explícitas.

En lo que se refiere al segundo testamento, y dado que los adversarios sostienen que manifiesta un cambio de parecer del causante y, por tanto, aunque inválido, revoca el testamento inicial, el declamador aduce la pérdida de juicio sufrida por su amigo cuando cambió sus tablas. Puede decirse que el orador recurre aquí a la técnica de colorear las circunstancias en que se ha producido esta *mutatio heredis*. Una estrategia especialmente útil en este caso, en el que el *amicus*, ya difunto, nada puede contestar en contra<sup>24</sup>.

El *color* consistiría en presentar el segundo testamento como realizado en ausencia de juicio, ofreciendo así una justificación para el cambio de voluntad:

<sup>23</sup> Una argumentación similar en *Ps.-Quint. decl. min.* 311.8; 374.9; 264.1.

<sup>24</sup> *Quint. inst.* 4.2.93. El término *color* equivale a estilo o tono de un discurso, por ejemplo, en *Cic. de orat.* 3.96,100,199; pero a partir de Séneca alude también a un recurso retórico consistente en presentar los hechos deformados en parte, para favorecer la causa que se defiende. Se trata de elegir cuidadosamente las palabras y los hechos para servir a la *utilitas* del orador: *non palam dicerent sed suspicionem et figuras* (*Sen. contr.* 7.1.29). En ocasiones, tal presentación o interpretación de la realidad tiene la finalidad de conseguir una justificación, un pretexto o disculpa, una razón aparente para explicar una conducta que resulta perjudicial para la causa que se defiende. De este modo, la conducta se convierte en admisible, e incluso en ocasiones, se aprecia como loable. En estos casos el *color* no es un adorno u ornato propio de la *elocutio*, sino una auténtica estrategia argumentativa que se adopta en la fase de la *inventio*. Bonner, *Roman Declamation in the Late Republic and Early Empire* cit., p. 55. Sobre el *color*, *Quint. inst.* 4.2.88 (*Sunt quaedam et falsae expositiones, quarum in foro duplex genus est: alterum quod instrumentis adiuvatur, ut P. Clodius fiducia testium qua nocte incestum Romae commiserat Interamniae se fuisse dicebat; alterum quod est tuendum dicentis ingenio. Id interim ad solam verecundiam pertinet unde etiam mihi videtur dici color, interim ad quaestionem*). Cf. J. Fairweather, *Seneca the Elder*, Cambridge 1981, pp. 168 ss.; A. Ludwig, *Eine schwere Verderbnis im Quintilianentext (Inst. Or. 4.2.88)*, «*RhM*» 131 (1988), pp. 381-383; Calboli Montefusco, *La Funzione strategica dei colores nella pratica declamatoria*, en *Papers on Rhetoric VIII, Declamation, Proceedings of the Seminars held at the Scuola Superiore di Studi Umanistici, Bologna (February-March 2006)*, Roma 2007, pp. 160 y 166; Ead., 'Ductus' and 'color': the Right Way to Compose a Suitable Speech, «*Rhetorica*» 21 (2003), pp. 113-131; B. Breij, *Pseudo-Quintilian's Major Declamations 18 and 19: Two controversiae figuratae*, «*Rhetorica*» 24 (2006), pp. 79-105; C. Lévy, *La notion de color dans la rhétorique latine. Cicéron, Sénèque le Rhéteur, Quintilien*, en *Couleurs et matières dans l'Antiquité. Textes, techniques et pratiques*, en A. Rouveret - S. Dubel - V. Naas (eds.), Paris 2006, pp. 185-199; T. Zinsmaier, *Zwischen Erzählung und Argumentation: 'colores' in den pseudoquintilianischen 'Declamationes maiores'*, «*Rhetorica*» 27 (2009), p. 260 nt. 20.

*Fecit amicus meus eo tempore quo me instituebat heredem legitimum testamentum. Nam et constabat ei tum iudicium. Quo minus erubescio ista mutatione heredis [18]; Me heredem esse amicus meus (quod satis est) aliquando voluit, vos numquam <neque> eo tempore quo iudicabat neque eo tempore quo errabat [20]*<sup>25</sup>.

Mediante este recurso retórico se consiguen dos propósitos: por un lado se refuerza la falta de eficacia de las segundas tablillas, que, por proceder de un momento de enajenación, ni siquiera tienen valor como manifestación informal de una nueva voluntad; por otro lado se atribuye una mayor legitimidad moral a la pretensión del *amicus*, puesto que fue preferido a los parientes cuando el causante conservaba la cordura y sólo después, perdida la razón, cambió su parecer.

Un último argumento a favor del primer testamento cierra el discurso: dar preferencia al testamento sobre la sucesión intestada dota de eficacia jurídica a otros deseos del causante, como, por ejemplo, el establecimiento de legados y la concesión de la libertad a antiguos esclavos. En este sentido:

*Non tantum ad heredem ista lis pertinet. Aliquem fortasse amicorum honoravit, aliquem fortasse servulorum manumisit. Vos poenam quandam propinquo vestro constituitis, ut intestatus decesserit, ut bona tamquam relictas, tamquam deserta invadatis.*

Podría decirse que este es el esqueleto del discurso que el profesor muestra a sus alumnos, los puntos claves (*inventio* y *dispositio*), que sugiere para su desarrollo posterior. Una primera lectura del mismo revela ya, de forma bastante evidente, que las referencias a normas del Derecho romano vigente son abundantes, y que su autor demuestra cierta familiaridad con el manejo de cuestiones de naturaleza jurídica. Y esta primera lectura se confirma una vez que se realiza un análisis más detallado, que pone de manifiesto que la conexión del discurso escolástico con la *scientia iuris* es aún más profunda que la mera alusión a los preceptos del Derecho. El razonamiento del declamador acerca de lo que ha de entenderse por testamento, la importancia que concede al mismo en la sucesión *mortis causa*, y la argumentación que desarrolla en torno a la *voluntas* del difunto del caso, se hallan extraordinariamente próximos al modo en que estas cuestiones eran abordadas por los juristas. Por ello, en las líneas siguientes se prestará una especial atención al modo en que los argumentos se engranan en el discurso del profesor de retórica (*ars disserendi*), para compararlo con la construcción del razonamiento jurisprudencial sobre estas mismas cuestiones.

<sup>25</sup> Tal y como figura en el aparto crítico de la edición de Winterbottom que hemos manejado, la *decl. min.* 308 es la primera de la serie de declamaciones *coloratae* frente a las anteriores sesenta y cuatro (de la 244 a la 307) identificadas como *tractatae* en el manuscrito *Montpesullanus* (H126): *post hanc declamationem M FABI\* QUINTIL\* FINIUNT TRACTATE. INCIPIUNT COLORATAE*; vd. Winterbottom, *The Minor Declamations* cit., p. 137.

### 3. El testamento y su eficacia jurídica

*La inventio y dispositio del discurso y su relación con el modo de razonar de los juristas romanos*

3.1. La ley de las XII Tablas disponía ya que en el supuesto de que un hombre sin *heredes sui* muriera intestado, debían sucederle los agnados más próximos (*si intestato moritur, cui suus heres nec est, agnatus proximus familiam habeto*<sup>26</sup>). De forma implícita dejaba claro, no sólo el derecho preferente de los *sui* sobre los demás parientes, sino también que se partía del presupuesto de la existencia del testamento, y se intervenía regulando la sucesión *mortis causa* en defecto del mismo. Así, la ley decenviral fijaba un orden lógico y sistemático que, según Ulpiano, fue seguido también en el edicto del Pretor:

*Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium ante de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui*<sup>27</sup>.

Prescindiendo de la cuestión de si el nacimiento de este orden sistemático se correspondió, o no, con un orden cronológico, esto es, si la sucesión testamentaria precedió o sucedió en el tiempo a la sucesión intestada, lo cierto es que la regulación jurídica del testamento experimentó a lo largo del tiempo una gran evolución<sup>28</sup>. Desde la rigidez y las limitaciones del primitivo testamento comicial se llegó a diseñar, a partir del negocio mancipatorio, el conocido testamento *per aes et libram* y, un paso aún más allá fue el reconocimiento que el pretor otorgó a las tablillas que recogían la voluntad del difunto cuando habían sido formalizadas ante testigos y conservaban su sello<sup>29</sup>. En esta evolución juega un papel decisivo el hecho de que el testamento sea concebido como la manifestación del poder de decisión del *pater familias*, y que le sea reconocida a éste la capacidad para determinar cómo hacer el reparto de la herencia familiar<sup>30</sup>. Es fundamental la consideración del testamento como expresión de la *voluntas*, por ello en él podían incluirse disposiciones que afectaban no solamente al destino de los bienes, sino que recogían también otros deseos de carácter no patrimonial (recuerdo de la memoria, culto a los *sacra familiaria*, disposiciones funerarias, indicaciones sobre el cuidado de la sepultura, sobre la educación de los hijos, etc.).

A pesar de ello, como se sabe, nunca se reconoció efecto jurídico a una mera

<sup>26</sup> U.E. 26.1.

<sup>27</sup> Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.6.1 pr.

<sup>28</sup> Gai. *Inst.* 2.101-108.

<sup>29</sup> Gai. *Inst.* 2.119-120.

<sup>30</sup> P. Voci, *Linee storiche del diritto ereditario romano*, I. *Dalle origini ai Severi*, en ANRWII/14, Berlin - New York 1982, pp. 418-419.

manifestación informal de voluntad, salvo en el caso del *miles*<sup>31</sup>. El testamento siempre fue concebido como un negocio solemne y la falta de observancia de los requisitos previstos determinó la invalidez del mismo (en su propio nombre se refleja que una de las formalidades exigidas desde tiempos remotos fue la de requerir la intervención de testigos). En consonancia con esta concepción del testamento, el Derecho reguló también cómo debía procederse para cambiarlo, estableciendo que el testamento posterior anularía al anterior siempre que se hubiera formalizado debidamente<sup>32</sup>. No obstante, y a pesar de que esta norma nunca fue derogada en el *ius civile*, el rigor de lo que establecía fue matizándose en la práctica. Sin duda influyó en ello el hecho de que el pretor (a través de la *bonorum possessio secundum tabulas*) tutelara las tablillas testamentarias selladas, con independencia del cumplimiento de las formalidades de la *mancipatio*<sup>33</sup>. Pero fue clave el progresivo reconocimiento que este mismo magistrado, la actividad jurisprudencial, y ciertas medidas imperiales otorgaron a algunos actos revocatorios informales del testador. El deseo inequívoco de un sujeto de anular su testamento tuvo cierta relevancia jurídica en algunos supuestos, aunque esta voluntad no llegara a plasmarse en un nuevo testamento *iure factum*.

Un ejemplo fueron aquellos supuestos en los que el testador destruía todo el documento, rompía los sellos que lo cerraban o tachaba el nombre de todos los designados con la clara intención de morir intestado<sup>34</sup>; supuestos en los que el pretor concedía la *bonorum possessio* a los herederos *ab intestato*<sup>35</sup>. Los textos prueban que en estos casos lo determinante fue identificar cuándo estos actos destructivos se correspondían con una voluntad de morir intestado<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Gai. *Inst.* 2.109 ss.; Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.1 pr. (*Quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas*). Sobre el testamento del militar, Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.3.2; Pap. 14 *quaest.* D. 29.1.35; Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.23; Paul. 14 *resp.* D. 28.1.29; Ulp. 2 *ad Sab.* D. 29.1.3; Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.3.2.1; Gai. 14 *ad ed. prov.* D. 37.4.12.1; Afr. 3 *quaest.* D. 48.10.6.

<sup>32</sup> Gai. *Inst.* 2.144 = I. 2.17.2; Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.3.2.

<sup>33</sup> A partir de que Antonino Pío instaurara la denominada *bonorum possessio cum re*, un 'testamento pretorio' podía *de facto* dejar sin efecto a otro testamento civil anterior: Gai. *Inst.* 2.120,149a; U.E. 28.6.

<sup>34</sup> Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.6.1.8; Pap. 6 *resp.* D. 28.4.4; P.S. 4.8.1.

<sup>35</sup> Gai. *Inst.* 2.151a parece apuntar a una *bonorum possessio* de los *ab intestato* en los casos de destrucción del documento testamentario, pero el fragmento tiene lagunas y su integración es discutida. Vd. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II. *Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano 1963<sup>2</sup>, pp. 493 y 498 nt. 33; A. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium. Studio di diritto romano*, Roma 1916, p. 142; E. Nardi, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano 1936, pp. 136 ss. Cf. S. Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo Studio delle forme testamentarie*, Milano 1982, pp. 29 nt. 36 y 259; G. Finazzi, *L'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova 2006, pp. 56-68.

<sup>36</sup> Ulpiano se refiere, por ejemplo, a casos en los que las tablillas testamentarias se habían destruido por la humedad y la putrefacción producidas por el paso de los años, o por haber sido roídas por los ratones, o que habían sido modificadas ilícitamente por terceros. En estas situaciones el pretor concedería, no obstante la

En otras ocasiones, el problema era determinar el alcance que debía reconocerse a las tachaduras u otras modificaciones en la escritura de la institución de herederos<sup>37</sup>; supuestos que no encontraron una solución definitiva hasta los tiempos de Antonino Pío y Marco Aurelio, quienes ordenaron que, declarado indigno el heredero, su cuota fuera considerada como *bona caduca* y el fisco pudiera efectuar la reivindicación correspondiente<sup>38</sup>. Y el mismo tratamiento (indignidad del heredero) recibe el caso del que, con la intención de cambiar su testamento realiza otro posterior, que, sin embargo, resulta inválido (*testamentum posterius imperfectum*<sup>39</sup>). Según Papiniano, el Senado (probablemente en época de Antonino Pío<sup>40</sup>) había ya

---

destrucción, la *bonorum possessio secundum tabulas* a favor de los designados en el documento: Ulp. 39 *ad ed.* D. 37.11.1.10,11 (*si quidem alius contra voluntatem testatoris incidit, bonorum possessionem peti potest*); Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.11.2.7 (*bonorum possessionem petere eum non posse... qui heres scriptus est non consulto testatore*). Las alteraciones o destrucciones que fueran debidas a un momento de enajenación mental no habrían tenido tampoco efecto revocatorio alguno. Escévola (Scaev. 13 *dig.* D. 28.3.20) se refiere a un caso en que el causante destruyó su testamento habiendo perdido el juicio (*cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit*). Escévola considera aquí únicamente los efectos civiles de este hecho, ya que habla de *hereditatem adiri posse*. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium* cit., p. 148.

<sup>37</sup> Si las tablillas testamentarias volvían a sellarse después de haberse realizado la modificación, el caso se consideraba como una modificación *ante consumationem testamenti facta*: los nombres tachados se consideraban como no escritos y el pretor concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* a los restantes herederos. Pero si las tablillas no se sellaban de nuevo, no existía base para que el pretor concediera esta *bonorum possessio secundum tabulas* (el documento no cumple la forma debida) y, por tanto, debía optar entre dos posturas: o bien, conceder la *bonorum possessio sine tabulis* a los sucesores *ab intestato*, o bien, otorgar las acciones pertinentes a los herederos testamentarios que, aun tachados, conservaban *ex iure civili* tal condición; soluciones, ambas, que ignoraban el cambio producido en la voluntad del testador (piénsese, por ejemplo, en el caso de un causante que quisiera apartar de la herencia a alguno de los herederos designados y conservar el resto de disposiciones testamentarias, como legados, manumisiones, otras designaciones de herederos, sustituciones, etc.).

<sup>38</sup> Pap. 16 *quaest.* D. 34.9.12; Marc. 29 *dig.* D. 28.4.3; Pap. 8 *resp.* D. 34.9.16.2. Por qué se dio relevancia sólo a estos casos de revocación y no a otros se ha explicado como una consecuencia de que el testamento se identificara cada vez más con el documento y de ahí la importancia de la alteración material de las tablas. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium* cit., p. 135; Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano* cit., pp. 204 ss.

<sup>39</sup> El testamento aludido por Papiniano en D. 34.9.12 ha sido bautizado por la tradición romanística como un *testamentum posterius imperfectum*, aunque no aparece esta denominación en las fuentes. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium* cit., pp. 175 ss.; Nardi, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* cit., pp. 131 ss.; C. Sanfilippo, *Studi sull'ereditas*, «AUPA» 17 (1937), pp. 85 ss.; Voci, *Diritto ereditario romano* cit., pp. 515-516; Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano* cit., pp. 32 nt. 2 y 36 nt. 11; Finazzi, *L'exceptio doli generalis nel diritto ereditario romano* cit., p. 66. No es éste un supuesto comparable a los enumerados por Gayo (Gai. *Inst.* 2.144), que pone algunos ejemplos en los que sí se revoca el testamento anterior aunque el posterior no pueda aplicarse (si el heredero designado no acepta la herencia, o muere antes que el testador, o antes de adir la herencia; si el heredero ha sido designado bajo condición posible y ésta no llega a cumplirse; si el designado está excluido de la herencia por celibato según lo dispuesto en la Ley Julia). También, I. 2.17.2; Pomp. 2 *ad Q. Muc.* D. 28.3.16; Pap. 16 *quaest.* D. 34.9.12 y Nerat. 1 *membr.* D. 28.5.55.

<sup>40</sup> La disposición a la que alude Papiniano, anterior a la Constitución de Marco Aurelio del 166 es

impedido a los herederos del primer testamento hacerse con la herencia, considerándolos indignos<sup>41</sup>.

Es importante tener presente que éste es el modo en que el Derecho romano concibe el negocio jurídico testamentario, y que los mecanismos que reconoció para su revocación están en estrecha conexión con la tensión existente entre las exigencias del *ius civile* y las demandas de flexibilización que se iban manifestando en la práctica. A partir de aquí, como se anunciaba, se verá que, tanto la preeminencia de la sucesión testamentaria, como la propia definición de testamento (expresión de una *voluntas* formalizada), constituyen un préstamo del razonamiento jurisprudencial sobre el asunto.

3.2. Las primeras palabras del discurso se dedican a subrayar la importancia de la sucesión testamentaria en la conciencia social (sobradamente contrastada en las fuentes literarias). El testamento se presenta como uno de los actos más importantes de la vida del ciudadano<sup>42</sup>, pero no se defiende sólo desde el tópico de ser el único consuelo que puede haber ante la muerte (*solacium mortis*), sino que su papel preponderante en la sucesión se afirma también desde las propias normas jurídicas. Se define el término *intestatus* en el seno de una regla que viene a ser una versión casi idéntica de la que contenían las XII Tablas, ya mencionada (*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* se transforma en *intestatorum sine liberis mortuorum bona proximi teneant*<sup>43</sup>). Y el paralelismo aparece de forma evidente cuando se afirma que es *intestatus* quien nunca hizo testamento o quien hizo uno que resultó inválido (*est intestatus qui non scripsit omnino testamentum, aut qui id scripsit quod valere non possit*); una definición que coincide con la que

---

probable que se diera en época de Antonino Pío, que proveyó de igual modo para el supuesto de tachaduras, como se ha visto en Pap. 8 *resp.* D. 34.9.12; vd. Voci, *Diritto ereditario romano* cit., p. 515.

<sup>41</sup> Ni heredaban los designados en el último testamento, por no ser válido; ni los designados en el anterior ni los *ab intestato*, por no contar, ninguno de estos dos, con la voluntad del testador. Los bienes venían igualmente atribuidos al fisco.

<sup>42</sup> Cicerón señala que, así como en la esfera pública nada es más importante que las leyes, en el ámbito privado lo más sólido es el testamento (Cic. *Phil.* 2.109). Hacer testamento se corresponde con el comportamiento del hombre bueno y sabio que, no sólo acata las leyes y cumple con sus deberes de ciudadano, sino que vela por el interés de quienes le sucederán tras su muerte (Cic. *fin.* 3.64). Es una prueba de la preocupación humana por el futuro, como lo es también la procreación de los hijos, los epitafios y la propagación del propio nombre (Cic. *Tusc.* 1.31); Ps.-Quint. *decl. min.* 374.4. Guardan relación con la función de presentar testigos o con poder actuar como tales Plaut. *Curc.* 622 (*Iuppiter te, miles, perdat, intestatus vivito*) y Hor. *sat.* 2.3.181 (*intestabilis et sacer esto*). D. Daube, *The Preponderance of Intestacy at Rome*, «Tulane Law Review» 39 (1964-1965), pp. 253-262; M.A. Suárez, *La 'in ius vocatio' en Plauto: entre lo griego y lo romano*, «Faventia» 29/2 (2007), p. 13.

<sup>43</sup> En realidad el declamador cita la regla de un modo general e impreciso, puesto que deja sin determinar el grado de parentesco que estas personas con derecho a heredar tienen con el causante. Los términos *liberis* y *proximi* son mucho más amplios que los de *sui* y *agnati*.

*ex notatione*<sup>44</sup> escribió en su momento Ulpiano, y en la que el jurista equipara al que, pudiendo hacerlo, no hizo nunca testamento (*intestatus* en sentido propio), con el que hizo uno que no resultó eficaz o que fue revocado por otro posterior:

*Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicitur decessisse*<sup>45</sup>.

Y coincide también, aún más literalmente, con la que encontramos en las Instituciones justinianas (*Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit*<sup>46</sup>), inspiradas probablemente en el mismo Ulpiano<sup>47</sup>.

Del mismo modo que Ulpiano distingue entre un sentido propio e impropio del término *intestatus*, el declamador comienza por reconocer que esta condición de *intestatus* puede predicarse de un sujeto inmerso en circunstancias diversas (*neque ego negaverim non uno genere fieri intestatus*) y admite de este modo, que junto al que no ha hecho testamento, se encuentra también (*improprie*, diría Ulpiano) el que hizo un testamento que resultó inválido (*quod valere non possit*).

Desde este punto de partida, y con el ánimo de negar que el difunto del caso se encuentre en ninguna de estas situaciones que abrirían la sucesión intestada, se hace hincapié en el vicio del que adolece el segundo testamento (*vitiosum*) que lo convierte en un testamento nulo, que debe ser considerado *pro non scripto*<sup>48</sup> y que, por lo tanto, no tiene efecto sobre el testamento anterior: *si non est testamentum, nihil obstare priori potest*. Para argumentar acerca de la eficacia incólume del testamento inicial, cambia el *status* del discurso y pasa a analizar el *scriptum* y la *voluntas* de la regla en que apoya su pretensión el primer heredero.

La regla *testamenta ultima rata sunt*<sup>49</sup> está también implícita en el ordenamiento jurídico romano, y no hay duda de que el caso de que una persona realizara varios testamentos a lo largo de su vida fue una práctica habitual; el protagonista de la declamación era un ejemplo (*hominem frequenter hoc facientem* [10]). El jurista

<sup>44</sup> Cic. *top.* 35; Quint. *inst.* 1.6.28.

<sup>45</sup> Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1 pr.

<sup>46</sup> I. 3.1.

<sup>47</sup> A.Vinnio, *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, anotado por el juriconsulto J. G. Heineccio II, Barcelona 1867, p. 2.

<sup>48</sup> A señalar el tratamiento jurisprudencial de las modificaciones o tachaduras operadas voluntariamente por el testador *ante consumationem testamenti*: Iul. 24 *dig.* D. 37.11.8.3: *scriptus non intellegitur*; Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.11.2.7: *pro non scripto est*.

<sup>49</sup> Construcciones similares en Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.11 (*sed ne eorum quidem testamenta rata sunt*); Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.1 pr. (*rata esset eorum voluntas*); Flor. 10 *inst.* D. 29.1.24 (*ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint*); Scaev. 16 *dig.* D. 34.3.28.1 (*Omnia rata esse... volo*); I. 2.11.1 (*quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint*). Una expresión similar en otro contexto, Quint. *inst.* 3.6.96 (*testamenta legibus facta rata sint...*). Una formulación parecida en Sen. *contr.* 9.3 (*Pacta conventa legibus facta rata sint*) con claro paralelismo en Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.7.



Ulpiano, a propósito de las donaciones entre cónyuges y en la misma obra de Comentario a Sabino de la que procede su definición de intestado, refleja muy bien el carácter voluble de la voluntad humana (*ambulatoria est voluntas defuncti*<sup>50</sup>); debido a ello, el Derecho debe determinar a cuál de sus distintas manifestaciones reconoce eficacia. En situaciones como la que plantea el texto declamatorio, en las que existían varios testamentos sucesivos en el tiempo, el Derecho resolvió el problema de forma simple: *posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur*, afirma Gayo; en el mismo sentido, se pronuncia Ulpiano: *prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est*<sup>51</sup>; y así es acogido por el declamador como regla general cuando reconoce la rectitud de la afirmación de los adversarios: *sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento; neque ego infitior, si iure factum est testamentum, hoc est, si testamentum est, potentissimam esse defuncti proximam voluntatem* (12). Como lo hacen Gayo y Ulpiano, el declamador esgrime como argumento la necesidad de que el testamento posterior sea un testamento válido para producir como efecto la *ruptio* del inmediatamente anterior. Para defender la inatacabilidad del primer testamento es clave que el segundo se considere totalmente inválido y sin efecto, por eso, analiza los términos *testamentum ultimum*, con el ánimo de resaltar que el segundo testamento incumple los requisitos básicos.

El declamador subraya las dos cualidades fundamentales del testamento, que son, precisamente, los dos pilares sobre los que el Derecho fundamenta su protección jurídica. El testamento es expresión de la voluntad del difunto, pero sólo es válido si se formalizó conforme a las reglas jurídicas. Esta noción de *testamentum* es la que se desprende, casi idéntica, de la construcción jurisprudencial. Modestino se refiere al testamento como *voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (Mod. 2 *pandect.* D. 28.1.1); También su maestro Ulpiano fundamentaba el testamento sobre la *voluntas*, pero subrayaba la necesidad de la formalización solemne de la misma: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta ut post mortem nostram valeat* (U.E. 20.1); y reafirma esta idea cuando dice *Testamentum autem proprie illud dicitur quod iure perfectum est* (Ulp. 50 *ed.* D. 29.3.2.1). Por su parte, Papiniano alude al testamento inválido (*non iure factum dicitur*) como aquel *testamentum... ubi sollemnia iuris defuerunt* (Pap. 1 *def.* D. 28.3.1); el testamento es voluntad formalizada *voluntatem ... sollemniter complere* (Pap. 6 *resp.* D. 28.4.4); y *nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamen-*

<sup>50</sup> Ulp. 33 *ad Sab.* D. 34.4.4 y D. 24.1.32.3. El propio jurista trata el tema del cambio de voluntad en las donaciones *inter virum et uxorem* tras la muerte del marido, y lo compara con lo que ocurre con los legados y fideicomisos en la sucesión testamentaria. Cf. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium* cit., pp. 124 ss., quien subrayando el contenido de D. 28.4.1.4 (*hereditas semel data, adimi facile non potest*) y D. 28.2.13 (*regula est iuris civilis, que constitutum est hereditatem adimi non posse*) afirma el carácter esencialmente irrevocable del testamento romano clásico, con excepción del testamento del *miles* (Ulp. 4 *disp.* D. 29.1.19).

<sup>51</sup> Gai. *Inst.* 2.144 = I. 2.17.2; Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.3.2.

tum (Pap. 13 *quaest.* D. 37.11.11.2). Es, precisamente, sobre esta noción de testamento sobre la que el declamador pregunta de forma retórica: *quid est enim testamentum?* Y se contesta a sí mismo: *Ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis* (11).

Como puede apreciarse, la noción de *intestatus* y la propia definición de testamento utilizadas en el texto forman parte del ordenamiento jurídico romano, el retórico las toma del acervo jurisprudencial, del que se revela avezado conocedor, y las usa de forma casi literal, tanto en el *status definitivus* propiamente dicho, como en la delimitación del *scriptum 'testamenta ultima'* (*status sententia et voluntas*).

Es más, de la argumentación utilizada para afirmar cuál, de los dos existentes, debe considerarse el último testamento se pone también de manifiesto que el discurso tiene en cuenta el momento que el Derecho romano consideró determinante para la delación de la herencia *ab intestato*. Sabemos que en el supuesto de que se impugnara la validez de un testamento el llamamiento del heredero legítimo se producía una vez que se determinara tal invalidez. Así se deduce de los Comentarios a Sabino de Paulo (Paul. 1 *ad Sab.* D. 28.2.9.2): *haec verba «si intestatus moritur» ad id tempus referuntur quo testamentum destituitur, non quo moritur*; y también de Ulpiano (Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.16.2.5 y 6) cuando afirma que la herencia no se defiere *ab intestato* hasta que se determine que no hay heredero testamentario. Idea que se sistematizó de forma aún más clara en las *Instituciones* justinianeas (I. 3.2.6: *Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisque decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is cuius de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit nullum ex testamento heredem extaturum: tum enim proprie quisque intelligitur intestatus decessisse*)<sup>52</sup>. Y cobran así sentido las alusiones del profesor al momento al que es necesario atender para calificar como último (y único) al testamento inicial:

*quando quaerimus?* [14] *Puto cum res in lite est, cum in disputatione. Nec pertinet ad nos quod fuerit ultimum, sed quod sit. Si ius utrique testamento constaret, fuisset illud ultimum quod postea factum est; illo vero sublato incipit ultimum esse quod relictum est, ut in contentione cursus qui proximus ab ultimo fuerit, si desistat ultimus, in nomem illius locumque succedit.* [15] *Ergo ut non fuerit ultimum meum aliquando testamentum, nunc ultimum est, et vos id testamentum fecistis damnando id quod postea factum erat.*

Estos argumentos habrían bastado para derrotar a los adversarios del primer

<sup>52</sup> Incluso la metáfora de la carrera que utiliza el declamador para explicar que, caído el segundo testamento, debe considerarse último el realizado en primer lugar, guarda cierto paralelismo con el modo en que los juristas explican cómo hay que proceder para el llamamiento de los *agnati proximi*: Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.16.2. La metáfora, en un discurso retórico, desempeña una función más amplia que la del mero ornato, pues ofrece al auditorio un mecanismo para comprender por comparación. Cf. A.M. Gill - K. Whedbee, *Retórica*, en *El discurso como estructura y proceso. Estudios del discurso: introducción multidisciplinaria*, comp. I.T.A. van Dijk, trad. P. Wagner, Barcelona 2000, p. 255.

heredero, ya que el testamento inicial no pudo ser revocado por el posterior (no había sido válidamente formalizado)<sup>53</sup>. Sin embargo, se añaden algunas razones más que obedecen, sin duda, a una necesidad de reforzar la posición del primer heredero respecto a la voluntad del testador. A partir de la interpretación teleológica del precepto (*voluntas legis*) se argumenta, en realidad, sobre la voluntad del difunto, y el artífice del discurso se esfuerza mucho en subrayar que el testador no quiso morir intestado, y que el segundo testamento no constituye un verdadero cambio de voluntad, ya que proviene de un causante privado de razón. Esta argumentación responde a la preocupación por apuntalar la posición del heredero inicial desde el punto de vista de la equidad, y, creo, guarda también relación con el proceso de reflexión jurídica que generaron aquellos supuestos en que el cambio de voluntad del testador no lograba plasmarse en un nuevo testamento válido; reflexión de la que, a mi juicio, era conocedor el autor de la declamación.

De este proceso de reflexión únicamente existen referencias que proceden de momentos posteriores al de la redacción de la declamación, (si la circunscribimos al entorno de la escuela de Quintiliano), pero aluden a situaciones que debieron plantearse ya en el contexto al que pertenece el texto comentado. Como ya se ha mencionado, la voluntad de morir intestado era determinante a la hora de considerar revocado *de facto* un testamento en el que el causante hubiera tachado o borrado todos los nombres de herederos y hubiera destruido las tablas testamentarias. Lo demuestran las palabras de Gayo, cuando se refiere a la petición de la *bonorum possessio* por parte de los *ab intestato* en el caso de que el hilo que cerraba el testamento se rompiera, fuera borrado su contenido o se prendiera fuego a las tablillas escritas (Gai. *Inst.* 2.151)<sup>54</sup>. Así, también Ulpiano, si el heredero testamentario *non habet voluntatem* y el testador *voluit intestato decedere* (Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.6.1.8)<sup>55</sup>; y Paulo, cuando el testador rompía los sellos del testamento *ut intestato moreretur* (Pap. 6 *resp.* D. 28.4.4)<sup>56</sup>. En un momento en el que se relee a los juristas con

<sup>53</sup> En su análisis de la declamación 308, Dingel ha subrayado que en un proceso judicial real el primer argumento del declamador, esto es, la falta de validez del segundo testamento, habría bastado para hacer valer la ausencia de revocación de las primeras tablas. Dingel, *Scholastica Materia* cit., p. 100.

<sup>54</sup> *Potest, ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmantur. Apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius incidit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, non ideo minus desinent valere, quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*

<sup>55</sup> *Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae vel quia cancellatae vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.*

<sup>56</sup> *Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus sollemniter complevit. Si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.*

la mirada puesta en el trabajo inminente de recopilación, el emperador Justiniano se refiere al asunto como una cuestión jurídica discutida por los *veteres* (C. 6.23.30, año 531):

*controversias veteribus iuris interpretatoribus exortas propter testamentum, quod legitimo modo conditum est septemque testium signa habens, postea fortuito casu vel per ipsius testatoris operam lino toto vel plurima eius parte incisa in ambiguitatem inciderit*<sup>57</sup>.

Y también, se ha visto, en supuestos como el del *testamentum posterius imperfectum*, no solucionados hasta la intervención del Senado y su creación del régimen de indignidad<sup>58</sup>, era determinante poner el foco de atención en que los inicialmente designados como herederos no contaban ya con la voluntad del testador; argumento que justamente se esfuerza por refutar el declamador en el supuesto de nuestro texto.

Los argumentos con los que el declamador combate el hecho de que el heredero del primer testamento no contaba ya con la voluntad del difunto, además de responder a la necesidad de reforzar la posición del heredero *ex aequitate* (§§ 5 y 6), obedecen también a la necesidad de contestar una tendencia probablemente coetánea, consistente en otorgar cierto reconocimiento a la voluntad (revocatoria) informalmente manifestada. Una tendencia en la que probablemente se habrían apoyado los parientes para defender la apertura de la sucesión intestada.

No obstante, el nudo central de la argumentación del declamador se apoya sobre la rotundidad del *ius civile*, que exige la formalización de un nuevo testamento para otorgar reconocimiento a una revocación del anterior; de ahí las precisas y casi literales referencias a las nociones jurídicas de 'intestado' y de 'testamento', que son el punto clave del discurso en defensa del testamento inicial. A favor de la eficacia de este primer testamento se hace hincapié en que cumple todos los requisitos formales (*Intellegitisne signum? An omni iure conscriptas [vel] | tabulas soletis damnare?*), mientras que el segundo no es más que un *testamentum vitiosum* sin efecto sobre el primero (*pro non scripto*). El texto prueba la difusión que había alcanzado ya entonces el documento testamentario. Está claro que eran documentos lo que se tenía delante: *heres scriptus (thema)*; *scripserit aliquando testamentum* (4); *tabulae quae ex parte nostra proferuntur* (5); *scripsit... et alteras tabulas* (6)<sup>59</sup>. Sin embargo, cuando se ataca por inválido al segundo testamento, se le reprocha la ausencia de las formalidades

<sup>57</sup> Cf. Suman, 'Favor testamenti' e 'voluntas testantium' cit., pp. 160 y 192; Voci, *Diritto ereditario romano* cit. II, pp. 495 ss.

<sup>58</sup> Pap. 16 *quaest.* D. 34.9.12.

<sup>59</sup> Cic. *Verr.* 2.1.45.117: *Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferuntur secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo.* Cf. O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 19273 (Aalen 1985), pp. 348 s. y 342: *Si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae.*

exigidas por el *ius civile*: *non dixerim testamentum cui libripens et emptor familiae et cetera iuri necessaria*<sup>60</sup>. Esta alusión a las solemnidades del antiguo testamento civil es consecuente con el hecho de que el declamador basa su discurso en el respeto a las formalidades testamentarias, pero puede ser indicativo además de que este tipo de testamento seguía aplicándose con asiduidad en la práctica.

Parece evidente que la posición del primer heredero testamentario se defiende desde los principios más tradicionales del *ius civile* y que las alusiones a la *voluntas* se realizan como argumentos de refutación del discurso del oponente (*propinquus*). Quizás sea oportuno preguntarse, entonces, cómo habría sido el discurso en defensa de la sucesión intestada.

#### 4. *Controversia escolástica y cauce procesal*

Las declamaciones, se ha dicho, estaban escritas por y para el entorno escolástico, que era concebido una antesala del foro, un entrenamiento para futuros juicios reales. Con las declamaciones se pretendía que el alumno se ejercitara en el combate dialéctico del adversario, cuya argumentación debía prever<sup>61</sup>. Era una práctica común, pues, el argumentar *in utramque partem*<sup>62</sup>, y esta característica se aprecia en el texto, a pesar de que sólo muestre el discurso de una de las partes en conflicto<sup>63</sup>.

El debate que se recrea se enmarca en el seno de un proceso, y cabría preguntarse en qué medida podría éste reconstruirse y si esta reconstrucción aportaría más luz a la lectura del texto. No hay duda de que cada uno de los alumnos asistentes a la lección *duo testamenta* tendría en mente una controversia perfectamente definida, en sus elementos y en su planteamiento: determinados hechos se dan por ciertos

<sup>60</sup> En contrapartida, se refiere al primer testamento como *tabulae omni iure conscriptae*, probablemente porque cumplía tanto los requisitos del llamado testamento pretorio, como los del antiguo testamento civil: Ulp. 4 *disp.* D. 28.1.23: *testamentum utroque iure*.

<sup>61</sup> Al esfuerzo por encontrar y desarrollar los propios argumentos debía sumarse el de imaginar los de la parte contraria (Quint. *inst.* 7.1.4) y es criticable el proceder de las escuelas que ignoran la posible reacción del adversario (Quint. *inst.* 5.13.36 y 5.13.42).

<sup>62</sup> Cic. *inv.* 2.45; *de orat.* 1.263; *orat.* 46; Quint. *inst.* 3.11.1; 4.1.46; *Rhet. Her.* 1.19 (*Tota spes vivendi ratioque persuadendi posita est in confirmatione et in confutatione. Nam cum adiumenta nostra exposuerimus contrariaque dissolverimus, absolute nimirum munus oratorium confecerimus*). El *genus iudiciale* es el tipo de discurso en el que el carácter dialéctico de la retórica encuentra su mayor proyección. No sólo porque existe un acusador y un defensor enfrentados ante un tribunal, cada uno de ellos con un discurso contrapuesto al otro, sino porque esta misma contradicción se manifiesta en la argumentación que cada uno desarrolla en su propio discurso, en la medida en que ha de tener en cuenta al otro, anticipándose o refutando lo que pudiera hacer valer. Lausberg, *Manual de Retórica Literaria* cit., p. 111.

<sup>63</sup> A diferencia de lo que ocurre en las *Controversias* de Séneca, sólo cuatro declamaciones hacen referencia a la *pars altera*. Dingel, *Scholastica Materia* cit., pp. 13 ss.

(*thema*); los interlocutores conocen cuál ha sido el orden de intervención de los sujetos participantes en el juicio que se pone en escena y cuáles son los argumentos esgrimidos por las partes. El discurso remeda una *peroratio* que se desarrollaría en la fase *apud iudicem* de un proceso, y en ella, las partes intervienen aportando pruebas y también argumentos en defensa de sus pretensiones.

Los contendientes (heredero del primer testamento y parientes) discuten sobre los bienes del difunto, lo que hace pensar que la acción que se habría deducido en juicio tendría naturaleza real (*ambigunt de bonis*); parece también que estos bienes se reclaman sobre la consideración de la condición de heredero (*heres ex testamento Vs. heredes ab intestato*), esto es, sobre las normas del *ius civile* (*ego heres factum sum; heredes futuri fueritis*); por tanto, podría pensarse que la declamación se desarrollaría en el seno de un procedimiento de *petitio hereditatis*. Teniendo en cuenta que el declamador se refiere al juzgador en plural (*vobis iudicandum est*) podríamos pensar, incluso, que ese auditorio imaginario en cuyo ánimo se pretende influir fuera un tribunal constituido por miembros del viejo e ilustre colegio de *centumviri*<sup>64</sup>, que todavía en época clásica debió ocuparse (aunque quizás no en régimen de exclusividad) de controversias sobre Derecho hereditario<sup>65</sup>. De ser así, los litigantes habrían instado el procedimiento a partir de un *agere in rem per sponsionem*, si consideramos que ante el tribunal centunviral sólo se utilizaron las acciones de ley, y que los problemas que se derivaban de la primitiva *legis actio sacramenti in rem*, habían sido ya soslayados desde tiempo atrás recurriendo al expediente de la *sponsio praeiudicialis*<sup>66</sup>.

Si esto fuera así, los parientes del difunto, apoyándose en la invalidez del testamento último, reclamarían la herencia *ab intestato* interponiendo esta *petitio here-*

<sup>64</sup> No es extraño que un ejercicio para la clase de retórica haya tomado como contexto un proceso hereditario celebrado ante los *centumviri*, sobre todo si pensamos en la solemnidad y grandilocuencia de estos juicios, en los que intervenían, además, los abogados de mayor renombre y prestigio. G. Pugliese, *Il Processo civile romano*, I. *Le 'legis actiones'*, Roma 1962, p. 210.

<sup>65</sup> Si en un principio todos los litigios sobre Derecho hereditario eran enjuiciados por el tribunal de *centumviri*, cuando se introdujo la posibilidad de *agere per formulas* a éste se sumó la intervención del *iudex unus*. La competencia del tribunal en materia hereditaria no desapareció tampoco con la introducción del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, aunque algunos estudiosos limitan su intervención en época del principado, a los asuntos sobre inoficiosidad testamentaria. M. Talamanca, *Studi sulla legittimazione passiva all'hereditatis petitio*, Milano 1956, p. 158; M. Marrone, s.v. *Centumviri*, en *NNDI III* (1959), p. 115; Id., *L'effetto normativo della sentenza*, Palermo 1965, pp. 54 s.; L. Gagliardi, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano 2002, pp. 115-382.

<sup>66</sup> Gai. *Inst.* 4.31; 4.93 y 95; Pugliese, *Il Processo civile romano* cit. I, pp. 357-363; Id., *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare I*, Milano 1963, p. 188; B. Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1993, pp. 78-91 y 81 nt. 273. Sobre la *actio in rem per sponsionem*, F. Bozza, *Actio in rem per sponsionem*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante II*, Milano 1930, pp. 591-629. Sobre la acción de petición de herencia, P. de la Rosa, *Hereditatis petitio*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias III*, Madrid 1988, pp. 1255-1273; F.J. Casinos, *De hereditatis petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Madrid 2006, pp. 76-79.

*diratis* contra el heredero testamentario I por ser poseedor de los bienes. La declamación se refiere a una intervención previa de los parientes destinada a conseguir la anulación del segundo testamento. Así lo dan a entender frases como (12): ... *et hoc, ut paulo ante dicebam, vestra quoque manifestum confessione est non esse †velud† testamentum: facto enim illo dicitis propinquum vestrum intestatum fuisse*; y, sobre todo, (15) *vos id testamentum fecistis damnando id quod postea factum erat*. La *damnatio* que los parientes habrían realizado se basaba en que este segundo testamento adolecía de un vicio que lo hacía inaplicable, y en esta circunstancia justificaban la apertura de la sucesión legítima. No existe en las fuentes ninguna referencia a una acción para hacer valer la nulidad del testamento<sup>67</sup> y el término *damnare* que utiliza el texto no puede considerarse técnico<sup>68</sup>. Por ello, la cuestión sucesoria del difunto de este caso podría tener como cauce un único proceso de reivindicación de la herencia. Apoya esta hipótesis la expresión: *quando? Cum res in lite est, cum in disputatio-ne...* (14), que hace referencia a que la cuestión sobre la invalidez del testamento y la de la apertura de la sucesión intestada son dos cuestiones tratadas simultáneamente en el seno de un proceso de reivindicación de herencia entre los sucesores *ab intestato* y el designado en el testamento inicial.

No puede saberse si los familiares, más allá de hacer valer el cambio de voluntad que se manifestaba en las segundas tablas, habrían esgrimido algún otro argumento en *pro* de la revocación del testamento inicial. El declamador no hace ninguna alusión a otros argumentos, bien porque no siente la necesidad de refutarlos, bien porque le conviene pasar sobre ellos en silencio<sup>69</sup>. Los parientes podrían haber

<sup>67</sup> Menciona la impugnación de un testamento por no haberse realizado conforme a Derecho (Paul. 1 *de iure fisci* D. 34.9.5 pr.-1), pero utiliza en general la expresión *non iure factum contendere*. Cabría también pensar que la declaración de invalidez del segundo testamento se promoviera con una *querela de non iure facto testamento*, como la mencionada por Modestino (Mod. 8 *resp.* D. 5.3.47). Sin embargo, el desconocimiento del funcionamiento de este mecanismo procesal y la incertidumbre sobre la propia naturaleza de las *querelae* en general, no permiten aventurar conclusiones. E. Jobbé-Duval, *Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficiosi testamenti*, «NRH» 31 (1907), pp. 755-801; P. Collinet, *La nature des 'querelae', des origines à Justinien*, «SDHI» 19 (1953), pp. 251-306; E.I. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts I*, Darmstadt 1970 (Neudruck der Ausgabe Berlin 1871). Más recientemente, sobre la *querela inofficiosi testamenti*, M. Marrone, *Querela inofficiosi testamenti*, Palermo 1962; J.M. Ribas-Alba, *La desheredación injustificada en Derecho romano*, Granada 1998; M. Pérez Simeón, *'Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona 2001.

<sup>68</sup> En las fuentes jurídicas *damnum*, *damnare*, *damnatum* se utilizan con significados diversos. En las fuentes literarias *damnare*, además de utilizarse *proprie* como dañar, causar daño, o condenar (moral o judicialmente), tiene también un uso más general equivalente a rechazar, reprobar, despreciar, desdeñar, confutar, desdecir o contradecir, por poner algún ejemplo de los muchos sinónimos señalados por el *Thesaurus Linguae Latinae*. Vd. *TLL*, s.v. *damno*, coll. 12-20, que señala la locución de la declamación 308 como una utilización *loco corrupto* del verbo *damnare*.

<sup>69</sup> La mención a la indignidad del heredero del segundo testamento (*quia fortasse etiam propter hoc*

justificado su petición de la herencia haciendo valer que el testamento *vitiosum* no había sido ineficaz *ab initio*<sup>70</sup>, y que, por ello, no obstante su invalidez, había revocado el testamento anterior<sup>71</sup>. Sin embargo, no contamos con información suficiente para reconstruir el discurso que habría hablado a favor de estos *propinquos*<sup>72</sup>. Es necesario continuar, pues, con el análisis del resto de argumentos del heredero testamentario recogidos en el texto. El que se anuncia a continuación reza así: *In comparatione summa non recusabo quo minus vel propinquos istos amicitiae conferatis* (19).

---

*damnatae sunt, quod indignus heres videbatur*) no hace referencia a la declaración de indignidad previa a la vindicación de los bienes por el fisco, ya que ésta no producía la anulación del testamento. El adjetivo *indignus* no fue un término técnico. Vd. Nardi, *I casi di indegnità* cit., pp. 18 nt. 8, 22 y 26 s.

<sup>70</sup> Gai. *Inst.* 2.147 (= I. 2.13 pr.).

<sup>71</sup> Los juristas no utilizan una terminología muy precisa para la designación del testamento inválido o ineficaz como tampoco lo hicieron para referirse a la nulidad del negocio jurídico en general. Los textos hacen referencia no sólo al *testamentum non iure factum*, sino también a *testamentum imperfectum*, *testamentum nullius momenti*, *testamentum iniustum*, *testamentum ruptum*, *testamentum irritum*. El propio Gayo reconoce (Gai. *Inst.* 2.146) que se emplean estos términos indistintamente, y por ello indica el sentido 'propio' en que deben entenderse: *non iure fieri ab initio; iure facta rumpi; iure facta irrita*. También Ulpiano distingue entre *irritum*, *ruptum* e *inofficiosum* (Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.2.8.12). Estamos ante un testamento *nullius momenti* cuando en él se ha producido la preterición de un *suus* (Pap. 1 *def.* D. 28.3.1; Ulp. 3 *ad Sab.* D. 28.3.3; Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.1). Con la expresión *testamentum ruptum* se alude al testamento revocado, bien por el nacimiento de un póstumo *per virilem sexum*, que no ha sido desheredado *nominatim* como corresponde a un *suus* (Ulp. 3 *ad Sab.* D. 28.3 pr. y D. 28.3.3; Ulp. 11 *ad Sab.* D. 28.3.8), bien por la realización de otro testamento posterior. Un testamento se hace *irritum* por la *capitis deminutio* del testador: Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.5 (*si civitatem amittat, per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad acum gerendum pretiumve participandum*); Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.6 (*capite damnatus vel ad bestias vel ad gladium vel alia poena quae vitam adimit*); Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.11 (*testamenta quorum memoria post mortem damnata est, ut puta ex causa maiestatis vel ex alia tali causa*). Resulta interesante observar que objeto de discusión jurisprudencial fueron los efectos que podían reconocerse a un testamento inválido. Tenemos constancia, gracias a Gayo, de que sabinianos y proculeyanos discutieron acerca del momento en que debía considerarse nulo el testamento que adolecía de un defecto en la institución de herederos (*non constitit institutio*). La escuela sabiniana afirmaba que en estos casos de institución inválida *inutiliter testabitur ab initio*, mientras que *diversae scholae auctores* reconocían validez al testamento que omitía a un *suus*, si éste moría antes que el padre y, por tanto, antes de abrir la sucesión testamentaria (Gai. *Inst.* 2.123). Y, a través del libro primero del Comentario a Sabino de Paulo, sabemos que Pomponio se hace eco de esta discusión en un supuesto en el que un segundo testamento no había contemplado al hijo *in potestate* en la institución de heredero. En este caso Pomponio considera que el hecho de que el hijo premuera al padre no hace que el testamento deje de ser inválido y, por tanto, no le reconoce efecto sobre el testamento anterior (Pomp. 3 *ad Sab.* D. 28.2.7 y D. 28.6.16.1).

<sup>72</sup> No puede, sin embargo, rechazarse la posibilidad de que los parientes hubieran tramitado su reclamación de los bienes hereditarios mediante una *bonorum possessio sine tabulis*; éste sería, sin duda, un contexto en el que el cambio de voluntad del difunto habría renido una mayor acogida, y en el que el primer testamento habría podido tener alguna fisura en su integridad. Si el proceso hubiera sido instado por el heredero *ex primo testamento*, los parientes también podrían haberle acusado de *non habere voluntatem testatoris* utilizando una *exceptio doli*.



### 5. *La amicitia: una apelación a la aequitas*

No es casual que el declamador comience menospreciando el peso que debe otorgarse en el caso al parentesco familiar, ya que es sobre éste sobre el que los *propinqui* fundamentan moralmente su derecho a la herencia *ab intestato*: *Nihil est ergo quod nos onerare temptent nomine isto propinquitatis, iactatione sanguinis et naturae homines binis iam tabulis exheredati* (3). En aplicación de las reglas retóricas, el declamador utiliza el exordio para restar importancia a la intervención contraria previa<sup>73</sup>, pero el menosprecio de los vínculos cognaticios frente al valor de la amistad vuelve a ser utilizado en el texto como un argumento basado en la *aequitas*, que se añade a los anteriores *ex iure*: al mero parentesco, que responde únicamente al *casus*, debe anteponerse la amistad, que se construye sobre la *voluntas* (de nuevo la *voluntas*, clave en la noción de testamento). Se trata de un argumento que se construye a partir de la confrontación de las relaciones personales típicas entre parientes y amigos<sup>74</sup>.

A un lado encontramos al heredero, un *amicus extraneus*; al otro se sitúan los parientes, aspirantes a suceder *ab intestato*; dos antagonistas que son, precisamente, expresión de la oposición entre dos importantes valores de la cultura romana. Se presentan éstos en posición explícita de contraste:

*In comparatione summa non recusabo quo minus vel propinquos istos amicitiae conferatis.*  
[20] <DECLAMATIO> *Per se mihi vel sanctius nomen amici videtur. Hoc enim proficiscitur ab animo, hoc proficiscitur a proposito; istud dat casus, condicio nascendi et quae non sponte nostra eliguntur*<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Quintiliano recomienda el uso del exordio para refutar o restar fuerza a lo que es esgrimido por el adversario y resulta dañoso o perjudicial (Quint. *inst.* 4.1.27). Si el juez había ya escuchado a la otra parte era conveniente destruir en lo posible el ánimo favorable que hubiera conseguido imprimir sobre éste, por lo que una buena estrategia era, ya desde el inicio del discurso, en el *exordium* o *principium*, menospreciar o quitar importancia a los argumentos del contrincante. Además, comenzar el discurso a partir del de la parte contraria daba una apariencia de naturalidad y espontaneidad que favorecía la buena disposición de los jueces (Quint. *inst.* 4.1.54.38).

<sup>74</sup> Otros ejemplos son las controversias entre padres e hijos, o entre hermanos. Más de dos tercios de los temas que los maestros de retórica proponían a sus alumnos abordaban conflictos familiares: Lentano, *Un nome più grande di qualsiasi legge* cit., p. 561; R. Raccanelli, *Parenti e amici a confronto. Per un sistema degli affetti nelle declamazioni latine* (Ps. Quint. *Decl. mai* 9 e 16; *decl. min.* 321), «BStudLat» 30 (2000), pp. 106 ss. Las declamaciones, como ejercicio escolástico, son más eficaces en la medida en la que estén lo más próximo posible a los valores de mayor legitimidad cultural. Por ello, constituyen un espacio en el que apreciar cómo se polemiza sobre algunos puntos del código cultural romano, que se aborda bajo el planteamiento de situaciones problemáticas. Lentano, *Un nome più grande di qualsiasi legge* cit., p. 585; Y. Thomas, *Paura dei padri e violenza dei figli: immagini retoriche e norme di diritto*, en Pellizer-Zorzetti (eds.), *La Paura dei padri nella società antica e medievale*, Roma-Bari 1983, p. 125.

<sup>75</sup> La familia, los vínculos de sangre, la identidad de grupo así construida, formaba parte de esos principios esenciales del pueblo romano, aún más presente, quizás, en los grupos de las *élites*. Sobre la construcción de la identidad personal de un sujeto por medio de la familia (pertenencia-exclusión), L. Beltrami, *Il sangue degli antenati. Stirpe, adulterio e figli senza padre nella cultura romana*, Bari 1998.

En verdad, el tema de «si es o no justo anteponer los amigos a los parientes» (*sitne aequum amicos cognatis anteferre*, Cic. *part. orat.* 19.66)<sup>76</sup> fue una cuestión general (*thesis*)<sup>77</sup> abordada con cierta frecuencia en los discursos, al igual que otras, del tipo de «si debe quererse a los padres», «si un hombre debe casarse», «si debe tener hijos»<sup>78</sup>. El tópico de la amistad es desarrollado, por ejemplo, por Cicerón en su defensa de Lelio y también en su libro Sobre los deberes<sup>79</sup>. Se presenta al amigo como el ejemplo más sublime del afecto entre los hombres, ese amigo que es un *alter ego*<sup>80</sup>, una imagen de nuestra propia alma. La amistad es expresión de un amor desinteresado, tiene sentido por sí misma, al igual que la virtud<sup>81</sup>, se fortalece en la adversidad y tiene su fundamento en la voluntad<sup>82</sup>. A diferencia del parentesco, que es un hecho fortuito, a la amistad se llega sólo por una intención y deseo firme de dos amigos<sup>83</sup>. Así la presenta Valerio Máximo, en una comparación con los lazos de

<sup>76</sup> Cic. *top.* 79-81.

<sup>77</sup> En ocasiones se introducían en el engranaje del propio discurso argumentos generales, abstractos, que, sin hacer referencia al caso concreto tratado en la causa, tenían alguna relación con ella. A este tipo de argumentos generales se le llamaban *thesis* (Arist. *Top.* 1,11; Cic. *top.* 79; Cic. *orat.* 46) o también *quaestiones infinitae* (Quint. *inst.* 10.5.11; 3.5.5) y eran desarrollados en las escuelas como primeros ejercicios con el profesor de retórica, junto con el aprendizaje de los lugares comunes principales y su uso más adecuado. Séneca hace también referencia a la práctica común de insertar en las controversias temas generales para enriquecer la discusión. Estos temas generales podían estar presentes en todo tipo de controversia (Sen. *contr.* 1 *praef.* 23). Un ejemplo puede apreciarse en el *Pro Murena* de Cicerón, en el que se plantea si es mayor el mérito del jurisperito o el del oficial de un ejército (Quint. *inst.* 2.4.24 y Cic. *Mur.* 10.23-11 y 11.24-25).

<sup>78</sup> Sobre la presencia de la filosofía en la declamación Bonner, *Roman Declamation in the Late Republic and Early Empire* cit., pp. 6 ss.; recientemente, L. Pasetti, *Filosofia e retorica di scuola nelle Declamazioni Maggiori pseudoquintilianee*, en F. Gasti - E. Romano (a c. di), *Retorica ed educazione delle élites nell'antica Roma*, Pavia 2008, pp. 113-147 y, particularmente, pp. 125-130.

<sup>79</sup> Cic. *Lael.* 19; Cic. *off.* 1.50.

<sup>80</sup> Esa parece ser la máxima pitagórica a la que hace referencia Cicerón en *leg.* 1.33.

<sup>81</sup> Cic. *leg.* 1.49.

<sup>82</sup> Pasetti subraya el interés particular de Cicerón por el tema de la amistad como un reflejo de su interés por la filosofía estoica y su idea sobre la *oikeiosis*. Según Pasetti, esta filosofía propia del estoicismo supone una ruptura con la mentalidad enraizada en el pensamiento de la antigüedad que otorga a los vínculos familiares un valor prioritario como modelo de la solidaridad humana. Particularmente supone una ruptura con la mentalidad corriente en Roma donde «el vínculo de sangre contribuye en gran medida a la definición de la identidad individual y donde el Derecho está fuertemente orientado a la tutela de la autoridad paterna». Aunque es un lugar común en los retóricos el rechazo de los filósofos, a los que critican por sus quehaceres inútiles y pretenciosos (Gell. 18.7.3), lo cierto es que la clase social privilegiada romana no fue impermeable a las enseñanzas filosóficas, entre las que se encuentran las de la Estoa. Quintiliano reconoce junto con Cicerón que es indispensable para el orador contar con una formación filosófica, aunque algunas veces, el estudio de la filosofía pudo quedarse en un mero barniz superficial. Vd. Pasetti, *Filosofia e retorica di scuola nelle Declamazioni Maggiori pseudoquintilianee* cit., pp. 125-126; M. Pohlenz, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, tr. O. De Gregorio, Milano 2005, pp. 232 y 907.

<sup>83</sup> La amistad, subraya Cremades, «lejos de consistir en un movimiento pasional, estriba en una cierta constancia de ánimo y de acciones». Compara la amistad con un *foedus* e ilustra lo riguroso del vínculo de

sangre que parece especular a la de nuestra declamación<sup>84</sup>. Así habla de ella Cicerón, subrayando el elemento racional y volitivo<sup>85</sup>, y así se presenta también en muchas otras declamaciones, como, por ejemplo, 264.2 (*Iactent ut volent sanguinis coniunctionem*)<sup>86</sup>.

La revalorización que hace el declamador de la amistad frente al parentesco se basa en la *aequitas* y tiene como finalidad contrarrestar el hecho de que los parientes, en la defensa de sus derechos sucesorios *ab intestato*, habían hecho valer la importancia de los lazos de la sangre, también, como argumento *ex aequitate*. Efectivamente, los familiares debieron recurrir a una *laudatio* de la ley *intestatorum sine liberis mortuorum bona proximi teneant* haciendo valer la importancia de los vínculos cognaticios y haciendo exaltación del valor de la naturaleza (*iactatione sanguinis et naturae*). El declamador critica este elogio de la ley porque es la vía utilizada por su contrincante para argumentar que es conforme a la equidad que sean ellos, los parientes, los que accedan a los bienes del difunto<sup>87</sup>. El profesor, al contrario, afirma que lo que es conforme con la equidad es que sea el «amigo elegido», frente a los «parientes rechazados», el que suceda al difunto, ya que es expresión de

---

amistad con la definición del *de verborum significatione* del Digesto justiniano (Paul. 2 *sent.* D. 50.16.223.1: *Amicos appellare debemus non levi notitia conductos, sed quibus fuerint in iura cum patre familias honestis familiaritatis quaesita rationibus*). I. Cremades, *El officium en el Derecho privado romano. Notas para su estudio*, Salamanca 1988, p. 56.

<sup>84</sup> Val. Max. 4.7 (*Contemplemur nunc amicitiae vinculum potens et praevaleidum neque ulla ex parte sanguinis viribus inferius, hoc etiam certius et exploratius, quod illud nascendi sors, fortuitum opus, hoc unius cuiusque solido indicio inchoata voluntas contrahit*). Cabría, incluso, imaginar que, de haber sido nuestra *declamatio* una *oratio* completa, el discurso habría invocado a un Gayo Blosio de Cumas o un Tiberio Graco, *exempla* de auténtica amistad incondicional al decir de Valerio Máximo. Los *exempla* eran propios de la *elocutio* y no solían estar presentes en la *inventio* o *dispositio* (*Rhet. Her.* 4.49).

<sup>85</sup> Cic. *Lael.* 19 (*namque hoc praestat amicitia propinquitati, quod ex propinquitate benevolentia tolli potest, ex amicitia non potest; sublata enim benevolentia amicitiae nomen tollitur, propinquitatis manet*). No faltan, sin embargo, manifestaciones en el sentido contrario: en *De legibus*, Cicerón hace una especie de gradación de lealtades, de mayor a menor, respecto a la patria, los padres, los hermanos, los parientes y los amigos (Cic. *leg.* 1.54); y también Escipión el Africano, al parecer, antepuso los intereses de su hermano a los de un amigo íntimo (Val. Max. 5.5).

<sup>86</sup> Un caso de amistad llevado hasta consecuencias extremas es, por ejemplo, Ps.-Quint. *decl. mai.* 9 que trata de un *pauperis filius* que rescata a su amigo del lanista al que había sido vendido ofreciéndose él mismo como vicario y suicidándose finalmente para evitar el deshonor de convertirse en gladiador. Se trata éste de un relato de *amicitia* ejemplar, comparable al arquetipo mítico de Orestes y Píades: G. Brescia, *Gladiatori per 'caso': modelli antropologici in [Quintiliano], Declamazioni maggiori, IX, «Rhetorica» 27* (2009), pp. 294-311. Sobre el tema de la amistad en la retórica clásica, especialmente latina, vd. G. Krapinger: [Quintilian], *Der Gladiator (Grössere Deklamationen, 9)*, Cassino 2007, pp. 19-22.

<sup>87</sup> Nótese que el propio declamador ha utilizado antes la *laudatio legis* al justificar la primacía del testamento, una ley que él mismo presenta como avalada por las más antiguas costumbres (*Et in more civitatis et in legibus positum est ut, quotiens fieri potuerit, defunctorum testamento stetur, idque non mediocri ratione...*). Mantovani, *I giuristi, il retore e le api* cit., pp. 248 y 249 nt. 129.

una libre elección del difunto y una manifestación de un valor superior como es el de la amistad.

Con este argumento se habrían añadido, a las razones que se apoyan sobre el Derecho, las que se apoyan en la equidad<sup>88</sup>. Pero el final del discurso parece aludir, de nuevo, a las 'razones' jurídicas.

#### 6. In fine, a favor del testamento

No hay que olvidar, los *sermones* dan buena prueba de ello, que el autor de la declamación tiene siempre presentes dos niveles distintos de auditorio. Por un lado se dirige al órgano juzgador que ha de decidir sobre la controversia (aunque sea idealmente); por otro, teniendo en cuenta la finalidad eminentemente didáctica que está desempeñando, indica también a sus alumnos cómo argumentar en este supuesto. En los *sermones*, por su propia naturaleza de evocación y anticipación sintética del argumento a desarrollar a continuación, pueden apreciarse, aún más claramente, aquellos conceptos, ideas, valores, que se comparten. En ellos se hace referencia a conceptos, ideas o valores de cierto consenso (por ello, basta con indicarlos de forma somera). Teniendo esto en cuenta cabría preguntarse qué sentido tiene para esta audiencia de discentes la remisión al argumento *pro omnibus testamentis*; qué conocían previamente y, por tanto, qué idea anticipaban a partir de esta indicación del profesor; más cuando se hace referencia a ella como un lugar común: *Iam communia pro omnibus testamentis*.

El argumento a favor del testamento en el seno del discurso declamatorio, *dispu-esto* como broche final del mismo, se explica si se analiza a la luz de todo el *iter* argumentativo desarrollado hasta este punto. Si es cierto que la irrevocabilidad del primer testamento sobre razones de naturaleza formal encontraba un apoyo claro y contundente en el *ius civile*, también lo es que necesitaba un refuerzo ante el hecho innegable de que la voluntad del testador parecía haber cambiado. Por ello, con la alusión a los legados y manumisiones contenidos en el primer testamento se quiere hacer valer que aplicando éste se protege en mayor medida la voluntad del difunto, que quiso disponer libremente de sus bienes rechazando la sucesión intestada. Con la referencia al *favor testamenti* se consigue que la alusión del discurso a las antiguas reglas del *ius civile* se justifique también sobre la *aequitas (voluntas)*. De nuevo emerge aquí la idea del testamento como hito fundamental de la vida por su proyección para después de la muerte; por ello se defiende como preferible a la sucesión intestada, y se presenta a los parientes como invasores de un patrimonio cuyo destino había sido ya determinado por su dueño en el testamento: *bona tamquam relicta, tamquam deserta invadatis* (22).

<sup>88</sup> Cic. *Caecin.* 104.

Cabría preguntarse ahora hasta qué punto la invocación del *favor testamenti* se corresponde o no con el uso que de este criterio interpretativo hizo la jurisprudencia<sup>89</sup>.

a) *Favor testamenti* como mecanismo para proteger la voluntad del testador. – Los juristas fueron consultados sobre la interpretación y la aplicación del testamento en casos dudosos y de especial dificultad, y existen numerosos textos que ponen de manifiesto que, con frecuencia, en estos casos difíciles, los prudentes se mostraron partidarios de favorecer la eficacia del testamento ante comportamientos o manifestaciones del testador que ponían en peligro su validez. Así interpretaron los supuestos en los que no se había dispuesto de la totalidad de la herencia (institución de heredero *pro parte*), que se resolvieron atribuyendo todo el patrimonio al heredero/s instituido/s<sup>90</sup>; o aquellos otros en los que el testador asignaba al heredero una cosa determinada de la herencia (institución *ex re certa*), que se resolvieron ignorando la atribución específica de la cosa<sup>91</sup>; o también, los testamentos con una institución de heredero sometida a término, o condición resolutoria, o condición imposible, elementos accidentales que se consideraron como no introducidos en el negocio<sup>92</sup>. En estos casos, los juristas ignoran la *voluntas defuncti* en aras de proteger la validez del testamento, y esta circunstancia ha sido subrayada por algunos estudiosos para poner de relieve que el criterio del *favor testamenti* era utilizado, precisamente, para justificar una decisión en contra de la voluntad del testador. Suman, por ejemplo, apunta que, lejos de su conexión con la voluntad del difunto, debe verse en este criterio de interpretación una manifestación de la particular concepción romana de la herencia<sup>93</sup>; y como un criterio socioeconómico que tiende a evitar la dispersión de los bienes del patrimonio familiar y la entrega de los mismos a los herederos legítimos, lo entiende también Wieling<sup>94</sup>.

Desde esta perspectiva de análisis, se ha destacado que el *favor testamenti* fue empleado de forma distinta por retóricos y juristas<sup>95</sup>. Los primeros usarían el *topos favor testamenti* como otro argumento más, siempre en beneficio de la finalidad perseguida por el discurso; solían conectarlo con la *voluntas testatoris*, como hacían habitualmente en muchas de sus argumentaciones, incluso en el seno de discursos sos-

<sup>89</sup> La expresión *favor testamenti*, como se sabe, no aparece en las fuentes, sino que ha sido acuñada posteriormente tomando como base otras expresiones análogas que sí recogen los textos (*favor libertatis*, *favor nuptiarum*, etc.).

<sup>90</sup> I. 2.14.5; Ulp. 7 *ad Sab.* D. 28.5.13.3; Pap. 6 *resp.* D. 28.5.79(78).1.

<sup>91</sup> Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.5.1.4; Ulp. 5 *ad Sab.* D. 28.5.9.13.

<sup>92</sup> Pap. 1 *def.* D. 28.5.34. Vd. Suman, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testantium*' cit., pp. 72 ss.

<sup>93</sup> Suman, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testantium*' cit., *passim*. En un caso de institución *pro parte* tratado por Ulpiano (Ulp. 7 *ad Sab.* D. 28.5.13.2) la aplicación del *favor testamenti* se fundamenta en el propio ordenamiento jurídico (*potestate iuris*).

<sup>94</sup> H.J. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972, pp. 8 y 82.

<sup>95</sup> Wieling, *Testamentsauslegung* cit., pp. 22 ss.

tenidos *ex scripto* en los que invocaban la *voluntas* como refuerzo<sup>96</sup>. Los juristas, en cambio, lo utilizarían como criterio para encontrar la solución más adecuada al caso concreto, valorando los intereses que entraban en conflicto y sopesando la oportunidad de considerar otros *topoi*, como el de la *voluntas*, el *scriptum*, el *favor uxoris*, el *favor libertatis*, etc. En esta confrontación de criterios para llegar a la solución más adecuada, el *favor testamenti*, en opinión de Wieling, se opondría al de la *voluntas testatoris*.

No puede negarse que retóricos y juristas utilizaron metodologías distintas y pretendieron finalidades diversas, pero de los textos se desprende que los juristas no aplicaron siempre el *favor testamenti* de espaldas, o por contraposición, a la *voluntas testatoris*. El testamento, ya se ha visto, es para el Derecho romano la expresión formalizada de la *voluntas* y, por ello, en su interpretación se procuró siempre su eficacia más plena. Este es el trasfondo, creo, de algunos fragmentos como Paul. 3 *ad Sab* D. 50.17.12: *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*; o Marc.11 *dig.* D. 34.5.24: *Cum in testamento ambiguitur aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est*. Teniendo todo esto en cuenta, se entiende mejor que en una situación en la que se debe elegir entre ignorar una manifestación de voluntad del difunto (por ejemplo, la designación de heredero de cosa determinada) para proteger la eficacia de su testamento, o bien, tenerla en cuenta y admitir la invalidez del negocio y la apertura de la sucesión intestada, claramente es la primera opción la que consigue mayor aplicación de la *voluntas defuncti*.

b) *Favor testamenti* como medio para dar eficacia a legados y libertades. – Son significativos los casos en los que la existencia de legados y manumisiones justifican la protección concedida al testamento. Por ejemplo, en un supuesto en el que el testamento resulta inválido por preterición de un *suus*, Papiniano ofrece una solución para salvar su eficacia en el caso de que el hijo preterido se abstenga de la herencia de su padre (Pap. 5 *resp.* D. 28.3.17).

*Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit: quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.*

El jurista, por encima del rigor impuesto por las normas jurídicas (invalidez de un testamento que no designa o deshereda a un *suus*), y en atención a la equidad (*ex bono et aequo*), considera que los legados y libertades contenidos en el testamento deben ser tutelados por contener la voluntad del testador.

También la *aequitas* inspira la solución que el pretor y un rescripto de Adriano dieron a un caso en que un póstumo preterido en el testamento moría antes que el

<sup>96</sup> Wieling, *Testamentsauslegung* cit., p. 14; Quint. *inst.* 7.6.9; Cic. *inv.* 2.128 y Ps.-Quint. *decl. min.* 264.12-13.

testador (por encima de la *scrupulositate nimiaque subtilitate iuris*); caso que resolvió concediendo la *bonorum possessio secundum tabulas* (Ulp. 4 *disp.* D. 28.3.12 pr.):

*Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque optinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt, idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.*

Asimismo, Marcelo ofrece un ejemplo de cómo Marco Aurelio optó por la aplicación del *favor testamenti* como interpretación más benigna, y más acorde con la *voluntas testatoris*, en un caso en el que se había tachado la institución de herederos del testamento y se habían dejado intactos legados y manumisiones<sup>97</sup>. El caso suscitó la discusión de los juristas del *consilium* del emperador (año 166 d.C) y aunque la interpretación del fragmento que da cuenta del caso no es sencilla, en él se pone de relieve que la *voluntas testatoris* desempeña un papel importante en la decisión del emperador: al no poder conocerse qué quiso el testador (si apartar de la herencia únicamente a los herederos, o anular todo su testamento<sup>98</sup>), Marco Aurelio opta por favorecer el negocio y dar eficacia a los legados y las libertades, como solución más equitativa y conforme con la voluntad del difunto (Marc. 29 *dig.* D. 28.4.3).

*Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonnullis opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. «Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur». Et advocatis fisci dixit: «Vos habetis iudices vestros». Vibius Zeno dixit: «Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?». Antoninus Caesar dixit: «Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?». Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: «Nomina heredum tantum induxit». Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: «Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet». Priscianus dixit: «Manumisit quosdam et legata dedit». Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et*

<sup>97</sup> Valerio Nepote había realizado un testamento y después de haberlo formalizado, tachó la designación de herederos; el fisco vindicó la totalidad de la herencia y uno de los herederos se opuso haciendo valer que en el testamento había sido también beneficiado con un legado, oposición a la que se suman los demás legatarios del testamento y los manumitidos en el mismo, litigando todos ellos contra el fisco.

<sup>98</sup> Gai. *Inst.* 2.229 (*institutio caput totius testamentis*).

*admitti rursus eodem iussisset, dixit: «Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus nepotem irrita esse voluisse, quae induxit». Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constituit libertatis<sup>99</sup>.*

En el caso que afronta el declamador, los legados y manumisiones del primer testamento podían entenderse revocados con el mero proyecto de testamento posterior, si tenemos en cuenta el contenido de dos fragmentos de las *Respuestas* de Papiniano.

*Veteranus moriens testamentum iure communi tempore militiae factum irritum esse voluit et intestatus esse maluit. heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero petentes exceptione doli mali secundum ius commune summoverti, cuius exceptionis vires ex persona petentis aestimantur: et aliquin potior est in re pari causa possessoris (Pap. 6 resp. D. 29.1.36.3).*

*Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat: eum testator inimicitis gravissimis persecutus, cum testamentum aliud facere instituisset neque perficere potuisset, praeteriit. Hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submovebitur (Pap. 6 resp. D. 34.4.22).*

En los textos puede verse que si el testador realiza un nuevo testamento (aunque sea un mero proyecto de testamento), y no repite los legados contenidos en el precedente, el heredero del primer testamento podrá evitar su cumplimiento haciendo uso de una *exceptio doli*. Quizás por esto el declamador menciona el interés de legatarios y futuros libertos en la *lis*, junto a la determinación del heredero.

## 7. Epílogo

Llega ahora el momento de dar cuenta de los resultados obtenidos tras la lectura de la controversia sucesoria que un día se planteara en la escuela quintiliana. Parece innegable el minucioso conocimiento que docente y discentes (se les presupone, si deben comprender al maestro) demuestran sobre la construcción jurídica del concepto de testamento y su revocación. Con el análisis del texto se constata el tratamiento en la escuela de importantes cuestiones jurídicas; y también que la argumentación y el modo de razonar de los jurisprudentes en lo que se refiere al papel asignado a la sucesión intestada frente al testamento, a los requisitos que debe cumplir este negocio jurídico *mortis causa*, y al enfrentamiento de los problemas planteados por su revocación, se reproducen, a veces literalmente, por el profesor de retórica.

<sup>99</sup> Sobre el texto, recientemente, V. Wankler, 'Appello ad Principem'. *Urteilsstil und Urteiltstechnik in kaiserlichen Berufungenscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München 2009, pp.76 s.



Una última nota podría quizás añadirse. El discurso se construye sobre la base de las normas y principios más tradicionales del *ius civile* y esta es una circunstancia notable, porque, de algún modo, pone en tela de juicio la dicotomía, tan rígidamente sostenida desde el diálogo ciceroniano entre Antonio y Craso, que distancia el modo de actuar de los retóricos y los juristas<sup>100</sup>. A los primeros se les reconocía el dominio y la preferencia por los argumentos basados en la equidad (*voluntas*); a los segundos, el apego por el derecho estricto (*scriptum*). El texto puede ser un ejemplo de que este reparto de papeles no sirve como único modo de explicar dos metodologías de trabajo distintas.

## ANEXO

*Dos testamentos*

Que el último testamento sea válido. Que los parientes tengan los bienes de los que mueren intestados sin hijos. Un hombre instituyó heredero a un amigo en su primer testamento, y a otro (amigo) en un segundo (testamento). El hombre murió. El último testamento fue invalidado. El heredero nombrado en el primer testamento y los parientes litigan por los bienes.

## DECLAMACIÓN

[1] Está establecido, tanto en la costumbre de la ciudad como en las leyes, que, siempre que sea posible, se respete el testamento de los difuntos, y esto por un motivo no desdeñable. Ningún consuelo se ve en la muerte más que el de saber que la voluntad de uno perdura más allá de la misma; De otro modo el patrimonio mismo se ve como una carga, si no tiene una protección completa, como ocurre cuando se nos reconoce todo el derecho sobre éste mientras estamos vivos y se nos niega una vez muertos. [2] Después del testamento ocupan el siguiente puesto los parientes si uno ha muerto intestado y sin hijos: no porque sea justo en todo caso que los bienes del difunto vayan a parar a ellos, sino porque abandonados y, por así decirlo, dejados en medio, parecen corresponder al más cercano. Pero no hay razón para que intenten hacer valer contra nosotros esta regla del valor del parentesco, haciendo exaltación de la sangre y la naturaleza, hombres que han sido desheredados ya dos veces en los dos testamentos. [3] Y, ciertamente, como se trata de una cuestión de derecho cierto, ya resuelta por nuestros antepasados, no es necesario ensalzar leyes de las que ya nos estamos sirviendo y de acuerdo con las cuales vosotros ahora debéis juzgar.

[4] Por lo tanto, toda la cuestión, pienso, consiste en esto, en si mi amigo murió intestado. En este asunto me alegro de que nada se haya hecho tan veladamente ni a escondidas que tuviéramos que demostrarlo. Os pregunto entonces, parientes, si éste que decís que murió intestado escribió alguna vez testamento. [5] Os pregunto si no son la prueba estas tablas que presentamos por nuestra parte. ¿Reconocéis el sello? ¿Soléis rechazar unas tablas confeccionadas conforme a Derecho? [6] Los parientes no reclaman porque no haya hecho testamento, sino que quieren que sea considerado intestado porque no lo hizo sólo una vez. «Escribió», dice, «varias tablas». Es evidente que no

<sup>100</sup> Cic. *de orat.*

quería morir intestado. [7] Y no negaré yo que uno deviene intestado de varios modos: pues es intestado, tanto el que nunca escribió testamento alguno, como el que escribió uno que no podía ser válido. Elegid vosotros quién queréis que sea intestado: si el que no escribió ninguno, no es éste por cuyos bienes litigáis (pues escribió dos); o si queréis que se considere intestado el que escribiera uno defectuoso, en cuyo caso es necesario que admitáis, que un testamento defectuoso se tenga por no escrito. [8] Os pregunto, entonces, si este último testamento es acaso el último. Si admitís que es testamento, entonces no puede considerarse que ha muerto intestado; si no lo es (como no es, pues no se hizo conforme a Derecho), nada puede oponerse al anterior.

[9] Voy ahora a mi regla: «sean válidos los últimos testamentos». Sin duda, si queremos atender sólo a las palabras, esta regla se presta poco a la crítica. Así, ¿qué sucedería si uno escribiera un solo testamento? Podría parecer no ser el último el que denominaríamos más propiamente el primero. Pero como entre muchos testamentos conviene que valga el último, así, la intención de la ley es clara, que sea válido aquel testamento después del cual no hay ningún otro. [10] Y, sin duda, no es extraordinario, incluso, que antes de este testamento en el que yo he sido designado heredero escribiese otros testamentos, cosa que este hombre hace con frecuencia. Así puede considerarse el último tanto si se ha escrito después de otros, como si se escribió el primero, pero puesto que no hay ningún otro que hecho después prevalezca y sea más eficaz, es considerado el último. [11] Dicen que el primer testamento fue anulado por el posterior; y yo no lo niego si este testamento se hace conforme a Derecho, esto es, si se trata de un testamento, más válido y próximo a la voluntad del difunto. [12] Lo que sí niego es que se haya hecho un testamento posterior ¿Qué es pues un testamento? Como sostengo, la voluntad del difunto consignada conforme al derecho y las leyes de la ciudad. No llamaría pues testamento a aquel que le falte el número de firmantes, no llamaría testamento a aquel que no cuente con el *libripens* (el que sostiene la balanza) y el comprador de la familia (*emptor familiae*) y todos los demás requisitos jurídicos: serían quizás tablas y estaban escritas. Y esto, como poco antes os decía, y según vuestra propia confesión no es testamento: pues reconociendo esto, vosotros mismos decís que vuestro pariente ha muerto intestado. [13] Razonemos esto un poco más detalladamente. Pensemos que este testamento que anulasteis fuera el único realizado: ¿habría acaso duda de que los bienes os pertenecerían como intestados, esto es, de que seríais herederos como si aquel no hubiera hecho nunca testamento? Pues si se tiene por no realizado, no puede verse como testamento. Pero figurémonos que fuese el último testamento: ¿en qué momento? [14] Creo que cuando el asunto está en discusión, cuando se debate. No nos importa ya cuál había sido el último, sino cuál lo es ahora. Si ambos testamentos fueran válidos, sería el último el que hubiera sido hecho después; pero anulado aquel, en realidad el que queda se convierte en el último, como en la disputa de una carrera, si el último corredor abandona, el anterior le sucedería en el nombre y en el lugar de aquel. [15] Luego, aunque durante un tiempo mi testamento no fuera el último, ahora sí lo es, y vosotros lo hicisteis tal anulando el que había sido realizado después.

[16] INDICACIÓN

Esto en lo que atañe a las palabras de la ley, ahora lo que se refiere a su intención.

[17] DECLAMACIÓN

¿Qué pensamos que pretende la ley que quiere que sea válido el último testamento? Más de uno no podía valer, y considerando la naturaleza inconstante de la voluntad de los hombres, un pro-

ceso litigioso irresuelto sería lo que dejaríamos en herencia a los herederos. Parecería el mejor el que hiciera valer la voluntad más reciente; pero, anulada ésta, es necesario que dejemos perdurar la única que queda. [18] Mi amigo hizo un legítimo testamento cuando me instituyó heredero. Y ciertamente entonces el juicio le acompañaba. Por eso no me avergüenzo de este cambio de heredero; otro puede leerse en estas tablas que no tienen fuerza de ley, que no fueron realizadas conforme a la ley, que quizás, incluso, fueron anuladas porque el heredero fue considerado indigno.

## [19] INDICACIÓN

No pondré objeción, por ser asunto menor, a que comparéis el parentesco con la amistad.

## [20] DECLAMACIÓN

A mí me parece más sagrado de por sí el nombre de amigo. Éste nace de la voluntad, de la intención; aquel lo produce la casualidad, la condición del nacimiento y lo que no ha sido elegido por nuestra voluntad. Hubo un tiempo en que mi amigo quiso hacerme su heredero (lo que es bastante), a vosotros nunca, ni en el tiempo en que razonaba, ni cuando desvariaba.

## [21] INDICACIÓN

Finalmente la parte general favorable a todos los testamentos.

## [22] DECLAMACIÓN

Este litigio no incumbe sólo al heredero. Quizás hizo legados a alguno de sus amigos, quizás manumitió a alguno de sus esclavos. Vosotros castigáis de algún modo a vuestro pariente si hacéis que muera intestado, si os apoderáis de sus bienes como si estuvieran abandonados o desiertos.

Ana M. Rodríguez González  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
anarodri@der-pr.uc3m.es