

*Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano:  
antecedentes y régimen jurídico del reconocimiento de la  
relación materno filial en la sucesión intestada*



*Aurora López Güeto*

Imagen de portada: Diosa *Tellus* amamantando a un niño.

**Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano:  
Antecedentes y régimen jurídico del reconocimiento de la relación  
materno filial en la sucesión intestada.**

**Aurora López Güeto**



## ÍNDICE

Tabla de abreviaturas .....	9
Capítulo I. Relaciones de parentesco y sucesión intestada romana.....	11
I. La sucesión arcaica: el triunfo de la agnación .....	13
1. <i>Hereditas, familia, sacra</i> .....	13
2. La Ley de las XII Tablas: el orden de llamamientos a la sucesión intestada en las <i>tabulae</i> 5, 4 y 5, 5 .....	31
3. <i>Consortium ercto non cito</i> .....	39
4. Herencia y tutela en el texto decemviral .....	46
II. Evolución histórica de la capacidad sucesoria <i>abintestato</i> de la mujer romana .....	49
1. Los obstáculos jurídicos, morales y religiosos para la sucesión intestada de las mujeres en época arcaica .....	49
2. El supuesto régimen paritario de la sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas .....	60
3. <i>Ratione Voconiana</i> : La influencia de la <i>lex Voconia</i> en la capacidad sucesoria de las mujeres.....	63
4. La regulación del <i>ius angustiae</i> .....	69
5. <i>Centumviri</i> , los custodios de la <i>pietas</i> : el caso de Urbina .....	69
6. La concepción de la familia bajo la dinastía Antonina y su plasmación en el ordenamiento jurídico .....	81
6.1. <i>Pietas patris, pietas filii</i> .....	81
6.2. <i>Pietas viri, pietas uxoris</i> .....	92
Capítulo II. Fundamentos y principios rectores del senadoconsulto Tertuliano .....	103
I. El senadoconsulto como fuente del derecho .....	105
II. Razones históricas, políticas y jurídicas para la consideración de la madre como heredera civil del hijo fallecido intestado.....	110
1. El tiempo de Adriano .....	110
2. Las relaciones materno filiales y el derecho .....	120
III. El senadoconsulto Tertuliano en las fuentes y la doctrina .....	129
1. El senadoconsulto Tertuliano en las fuentes .....	132
1. 1. <i>Corpus Iuris Civilis</i> .....	132
1. 2. <i>Tituli ex corpore Ulpiani</i> .....	137
1. 3. Código Teodosiano .....	138
1. 4. Sentencias de Paulo.....	138
1. 5. Disposiciones posteriores al senadoconsulto Tertuliano .....	138
1. 5. 1. El decreto de Antonino Pío.....	138
1. 5. 2. El rescripto de Septimio Severo.....	141
2. <i>Status quaestionis</i> .....	142
2. 1. Goutelle .....	142
2. 2. Sanfilippo.....	145
2. 3. La Pira .....	148
2. 4. Vaccaro-Delogu .....	150
2. 5. Meinhart .....	151
2. 6. Voci .....	155
2. 7. Yaron .....	156
2. 8. Samper.....	160
2. 9. Lavaggi .....	161
2.10 Fernández Vizcaíno .....	163

Capítulo III. La regulación de la herencia intestada por el Senadoconsulto Tertuliano .....	165
I. El fallecido en la regulación del senadoconsulto Tertuliano .....	167
1. <i>Status familiae</i> . El caso del <i>vulgo quaesitum</i> .....	167
2. <i>Status libertatis</i> .....	175
3. El parentesco de cognación entre madre e hijo. Casos dudosos .....	177
II. Las condiciones requeridas por el senadoconsulto Tertuliano a la madre para ser heredera legítima del hijo fallecido intestado .....	187
1. El <i>ius liberorum</i> y su relación con el <i>matrimonium iustum</i> .....	187
2. La admisión de la mujer latina como heredera de sus hijos fallecidos sin testamento .....	195
3. Las expectativas hereditarias de la <i>mulier famosa</i> .....	197
III. El sistema de prelación entre los distintos parientes del fallecido .....	209
1. La preferencia de los descendientes del fallecido sobre la madre .....	209
1.1. El llamamiento a los <i>sui heredes</i> y <i>bonorum possessores unde liberi</i> .....	209
1.2. El llamamiento a los hijos adoptados y luego emancipados .....	213
1.3. Los supuestos de suspensión de las expectativas sucesorias de la madre del fallecido .....	217
2. La preferencia del <i>pater naturalis</i> del fallecido sobre la madre .....	226
2.1. La delimitación del concepto <i>pater</i> para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano .....	228
2.2. El supuesto del <i>pater naturalis</i> que no fuera <i>parens manumissor</i> .....	231
2.3. La frase de cierre de D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 <i>ad Sabinum</i> ): <i>Sed nec ad bonorum possessionem contra eum tabulas admitti, pater cum pater esse desierit</i> .....	235
3. Los hermanos del fallecido como competidores de la madre .....	237
Capítulo IV. Fundamentos y principios rectores del senadoconsulto Orficiano .....	251
I. Fundamentos históricos, políticos y jurídicos del reconocimiento de los hijos como herederos civiles de la madre .....	253
1. Marco Aurelio: el tiempo del emperador filósofo .....	253
2. El patrimonio de la mujer romana: los <i>bona materna</i> .....	262
2.1. Bienes procedentes de disposiciones <i>mortis causa</i> a favor de la mujer. El legado <i>de parata</i> y el legado de dote .....	264
2.2. La dote .....	271
2.3. Las donaciones a favor de la mujer casada .....	274
2.4. Los bienes <i>extra dotem</i> .....	278
2.5. El peculio de la mujer casada .....	282
2.6. Otros bienes integrantes del patrimonio de la mujer: los rendimientos de actividades laborales y profesionales .....	286
2.7. Regulación postclásica de los <i>bona materna</i> .....	288
II. El senadoconsulto Orficiano en las fuentes y en la doctrina .....	291
1. El senadoconsulto Orficiano en las fuentes .....	291
1.1. <i>Corpus Iuris Civilis</i> .....	291
1.2. Código Teodosiano .....	294
1.3. <i>Tituli ex corpore Ulpiani</i> .....	294
1.4. Sentencias de Paulo .....	295
2. <i>Status quaestionis</i> .....	295
2.1. Moscatelli .....	295
2.2. La Pira .....	298
2.3. Lavaggi .....	299
2.4. Sanfilippo .....	301
2.5. Volterra .....	303
2.6. Meinhart .....	306

2. 7. Voci.....	308
2. 8. Samper .....	309
2. 9. Varela .....	311
2. 10. Fernández Vizcaíno .....	314
Capítulo V. La regulación por el senadoconsulto Orficiano de la sucesión intestada en la herencia de la madre .....	317
I. La mujer fallecida en la regulación del senadoconsulto Orficiano .....	319
1. <i>Status familiae</i> .....	319
2. <i>Status libertatis</i> .....	330
2. 1. La herencia intestada de la liberta .....	330
2. 1. 1. Las expectativas sucesorias del patrono en los bienes de la liberta fallecida sin testamento ...	335
2. 1. 2. Las expectativas sucesorias de la patrona en los bienes de la liberta fallecida sin testamento.	337
2. 1. 3. La posible equiparación de la herencia de la liberta con el tratamiento de la herencia intestada de la <i>filia</i> emancipada .....	339
3. <i>Status civitatis</i> .....	341
II. Las condiciones requeridas por el senadoconsulto Orficiano a los hijos para ser herederos legítimos de la madre fallecida intestada .....	342
1. El reconocimiento de los hijos legítimos y <i>vulgo quaesiti</i> como herederos.....	342
2. El parentesco cognaticio entre madres e hijos .....	345
2. 1. El llamamiento a la herencia de la madre de los hijos <i>in potestate</i> .....	345
2. 2. El supuesto de los hijos nacidos en cautiverio.....	349
2. 3. Las expectativas sucesoria del hijo <i>exsectus</i> .....	353
3. Excepciones al llamamiento intestado a los hijos de la fallecida. La prohibición de suceder al hijo luchador con fieras y al <i>rei capitalis damnatus</i> .....	356
III. El sistema de prelación entre los distintos parientes de la fallecida .....	359
1. El nuevo orden intestado en la sucesión de la madre .....	359
2. La concurrencia con los instituidos en el testamento materno inoficioso .....	363
Capítulo VI. La necesaria coordinación entre las disposiciones de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano y los principios del <i>ius vetus</i> .....	373
I. La sucesión en la delación y el retorno al <i>ius vetus</i> en el senadoconsulto Tertuliano .....	375
1.D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 <i>ad Sabinum</i> ): Las repercusiones de la <i>abstentio</i> de los <i>sui heredes</i> en las expectativas sucesorias de la madre del fallecido .....	375
2. D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 <i>ad Sabinum</i> ): La <i>restitutio in integrum</i> del <i>missus in possessionem</i> .....	388
3. D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 <i>ad Sabinum</i> ). La sucesión en la delación por repudiar la herencia la madre del fallecido .....	392
4. D. 38, 17, 2, 5 (Ulpiano, 13 <i>ad Sabinum</i> ): el llamamiento a la madre a la herencia del impúber .....	393
5. Algunos casos excepcionales .....	393
5. 1. La difícil interpretación de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 <i>ad Sabinum</i> ) .....	393
5. 2. D. 38, 17, 2, 23 (Ulpiano, 13 <i>ad Sabinum</i> ): La retirada de derechos sucesorios a la madre del fallecido impúber por no haberle solicitado tutor .....	403
II. Exégesis de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 <i>ad Sabinum</i> ) .....	405
1. La sucesión en la delación en el senadoconsulto Orficiano .....	406
2. El derecho de acrecimiento en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano .....	409
3. La sucesión de la liberta .....	416
Capítulo VII. Conclusiones .....	423
I. Las claves de la sucesión entre madre e hijos en las disposiciones de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano .....	425

II. La necesaria coordinación entre las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano y Orficiano y los principios del <i>ius antiquum</i> .....	439
III. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano como instrumentos de <i>pietas</i> en la sucesión <i>abintestato</i> civil y pretoria .....	443
Índice de fuentes .....	449
Índice de autores .....	467



## **TABLA DE ABREVIATURAS**

<i>AHDE</i>	= <i>Anuario de Historia del Derecho español</i> (Madrid).
<i>BIDR</i>	= <i>Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"</i> (Roma).
<i>C.</i>	= <i>Codex Iustinianus</i> .
<i>C.TH.</i>	= <i>Codex Theodosianus</i> .
<i>C. I. L.</i>	= <i>Corpus Inscriptionum Latinarum</i> .
<i>D.</i>	= <i>Digesta</i> .
<i>FIRA.</i>	= <i>Fontes Iuris Romani Anteiustiniani</i> .
<i>F. V.</i>	= <i>Fragmenta Vaticana, Mosaicorum et romanorum legum collatio</i> (Berlin, 1890).
<i>Gai.</i>	= <i>Gai institutionum commentarii quattuor</i> .
<i>I. J.</i>	= <i>Institutiones Iustiniani</i> .
<i>INDEX.</i>	= <i>Index. Quaderni camerti di studi romanistici</i> (Napoli).
<i>IVRA.</i>	= <i>Iura. Rivista di diritto romano e antico</i> (Napoli).
<i>LABEO</i>	= <i>Labeo. Rassegna di diritto romano</i> (Napoli).
<i>NOV.</i>	= <i>Novellae Iustiniani</i> .
<i>NNDI.</i>	= <i>Novissimo Digesto Italiano</i> (Torino).
<i>PS.</i>	= <i>Pauli Sententiae</i> .
<i>PWRE.</i>	= <i>Paulys Real-encyclopädie Der Klassischen Altertumswissenschaft</i> .
<i>RDP.</i>	= <i>Revista de Derecho Privado</i> (Madrid).
<i>RIDA.</i>	= <i>Revue Internationale des Droits de l'Antiquité</i> (Bruxelles).
<i>SCDR.</i>	= <i>Seminarios Complutenses de Derecho Romano</i> (Madrid).
<i>SDHI</i>	= <i>Studia et documenta historiae et iuris</i> (Roma).
<i>TI.</i>	= <i>Tidjschrift voor Rechtsgeschiedenis-Revue d'histoire du droit</i> (Gröningen, Djakarta, Bruxelles, La Haya).
<i>VIR.</i>	= <i>Vocabularium Iurisprudentiae Romanae</i> .
<i>ZSS.</i>	= <i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung</i> (Bohlau-Verlag-Wien-Köln-Weimar).



# Capítulo I

## Relaciones de parentesco y sucesión intestada romana.

### I. La sucesión arcaica: el triunfo de la agnación.

1. *Hereditas, familia, sacra.*
2. La Ley de las XII Tablas: el orden de llamamientos a la sucesión intestada en las *tabulae* 5, 4 y 5, 5.
3. *Consortium ercto non cito.*
4. Herencia y tutela en el texto decemviral.

### II. Evolución histórica de la capacidad sucesoria *abintestato* de la mujer romana.

1. Los obstáculos jurídicos, morales y religiosos para la sucesión intestada de las mujeres en época arcaica.
2. El supuesto régimen paritario de la sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas.
3. *Ratione Voconiana*: La *lex Voconia* y su influencia en la capacidad sucesoria de las mujeres.
4. La regulación el *ius angustiae*.
5. *Centumviri*, los custodios de la *pietas*: el caso de Urbina.
6. La concepción de la familia bajo la dinastía Antonina y su plasmación en el ordenamiento jurídico.
  6. 1 *Pietas patris, pietas filii.*
  6. 2 *Pietas viri, pietas uxoris.*



## I. La sucesión arcaica: el triunfo de la agnación.

### 1. *Hereditas, familia, sacra*<sup>1</sup>.

El marcado carácter familiar de la sucesión romana arcaica es un presupuesto aceptado por la doctrina, si bien desde que enunciara MAINE<sup>2</sup> su teoría patriarcal, uno de los grandes temas de discusión por los romanistas ha sido la existencia de una originaria libertad de disposición *mortis causa* del *paterfamilias*. Su tesis, acabaría siendo aceptada en lo sustancial por BONFANTE<sup>3</sup>, pese al distanciamiento apreciable en sus primeros escritos, al considerar el relevante papel de la familia nuclear en la evolución de la sociedad arcaica.

MAINE<sup>4</sup> describía la originaria familia patriarcal como una agregación de personas que se situaba en la base del proceso evolutivo de la sociedad civil al Estado, así como en la misma génesis del derecho primitivo. La familia arcaica constaba de personas unidas por vínculos de

---

<sup>1</sup> VOCI (1967) 3-86; (1963) 3-142; (1985) 71 ss.; LA PIRA (1930) 84-94; 114-154; 163-179; KASER (1971) 91 ss., 668 y 695-697; RIBAS ALBA (1998) 1-23; (2015) 63 ss.; CASTRO SÁENZ (2002) 29-44; 115-141; 353-358; FRANCIOSI (2003) b 21 ss.; 73 ss.; 93 ss.; LÓPEZ RENDO (2000) 533-568; MONACO (2000) 31 ss.; CASTÁN (2013) 205-287; FUSTEL DE COULANGES (1984) 78-88; SERRAO (1987) 63 ss.; (1988) 85 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO (2004) 50 ss.; PARICIO-FERNÁNDEZ BARRERIRO (2011) 373 ss.; RIBAS ALBA-SERRANO VICENTE (2013) 61 ss. y 178 ss.

<sup>2</sup> MAINE (1861) 126-155.

<sup>3</sup> CAPOGROSSI COLOGNESI (1994) 43-98; 165-278.

<sup>4</sup> CAPOGROSSI (1994) 43 ss. En 1861 publica MAINE *Ancient Law*, apreciada por la ciencia jurídica junto a *Primitive Marriage* de McLennan como obras que revolucionan el estudio de las Ciencias Sociales, a las que aplican un método comparativo y evolutivo como respuesta contra las corrientes iluministas y el modelo racionalista. Sin duda, se trata de una obra generalista, pues se refiere al derecho antiguo de las sociedades indoeuropeas y su mérito radica en recuperar una temática que venía siendo monopolizada por la Filosofía en vez de por la Historia: las antiguas formas organizativas de la Humanidad. MAINE pretende, mediante la comparación de formas organizativas primitivas y su supervivencia, llegar a conocer las leyes generales de los pueblos indoeuropeos, Grecia, Roma, arios e hindúes, precisamente en un momento en que se habían descubierto las Leyes de Manu de los antiguos hindúes. Muy celebrada es la distinción entre sociedades progresivas y sociedades estacionarias, llegando en el primer caso a la civilización, aunque, en sus propias palabras *the stationary condition of the human race is the rule the progressive is the exception*. La nación civilizada crea un código legislativo, es el momento crucial de ruptura con la organización primitiva y después viene la costumbre que se basa en la aceptación por toda la comunidad de esas leyes, abstractas y generales, aunque la aristocracia trate de apropiarse de la costumbre lo que hace que, en ocasiones, la evolución de las normas de derecho no camine en paralelo a la de la sociedad. En esta situación, el derecho bloquea el crecimiento de la sociedad. Como paradigma de sociedad progresiva, recurre MAINE a la sociedad romana y a su Derecho, en el que interactúan los principios del pasado con la labor creativa jurisprudencial y los instrumentos de producción del derecho. Es por ello que, tras su obra, en Inglaterra se estudia desde otra perspectiva la Historia de la ciencia jurídica, pues hasta hacía poco tiempo se abordaba el Derecho Romano con mentalidad racionalizadora y sistematizadora. Posiblemente la mayor objeción que se le puede hacer a MAINE es la excesiva ambigüedad de sus conclusiones, pues, sin poner en duda su vasta cultura clásica adquirida de sus años en Cambridge, no acaba de dar respuesta concretas sobre los resultados concretos de las leyes generales que pretende definir, a la vez que queda sin aclaración el interrogante de por qué otros pueblos (China por ejemplo) tuvieron leyes tan diferentes.

sangre así como de otras personas agregadas mediante adopción, absolutamente asimiladas por una ficción a los parientes naturales. Por encima de todos ellos, destacaba la figura del jefe familiar, cuya autoridad mantenía la propia unidad familiar de forma que si algún miembro se sustraía a su poder, la consecuencia inmediata era su separación del grupo, en un proceso opuesto al de la adopción. Por tanto, el padre concedía en ocasiones el parentesco a extraños, y, asimismo, podía retirarlo a un consanguíneo, como muestra del absorbente poder doméstico que llegaba a manifestarse, no ya en el ejercicio de un amplio elenco de facultades disciplinarias, sino, en casos extremos, en la privación de la vida merced al *ius vitae et necis*.

Dos principios, la ficción de los lazos de sangre y el carácter político del cabeza de familia, distinguen a la familia arcaica. La presunción del parentesco hacía crecer a las familias pues, lejos de ser una suma de individuos, eran una estructura preexistente a éstos dado que una cepa común, si no real figurada, daba origen a la comunidad política. Todo ello explicaría la deriva hacia un modelo de sociedad aristocrática en una fase ulterior, puesto que sólo quienes descendían de un antepasado común legendario verían legitimada la detentación del poder político.

En sus referencias al jefe familiar, el autor inglés pretende trasponer la figura del *paterfamilias*, que Gayo había siempre declarado peculiar de los romanos, a otras sociedades indoeuropeas. Su omnímodo poder, la *patria potestas*, se concretaba sobre la familia y sobre los siervos, si bien la homogeneidad de ambas manifestaciones se fue atenuando a lo largo de la Historia romana, igualmente debilitado este poder por la emancipación femenina en distintas sociedades, incluida la romana.

Por supuesto, la importancia del parentesco agnaticio no pasa desapercibida y sus apreciaciones se proyectaron sobre la romanística posterior<sup>5</sup>. En realidad, otorgar un papel relevante a la agnación conllevaba superar ciertos aspectos de la teoría patriarcal, pues se estaba produciendo ya una selección entre las personas con vínculo de sangre, y para MAINE, era un reto responder a esta diatriba.

El parentesco agnaticio subsiste entre aquéllos que están, estuvieron o podrían estar sometidos a un mismo *paterfamilias*, en una concepción elástica del parentesco, que puede expandirse si se incluyen en la familia extraños mediante la adopción, o contraerse al excluir a los descendientes por línea femenina, a los emancipados o a las hijas que contraen matrimonio *cum manu*.

---

<sup>5</sup> CAPOGROSSI (1994) 253. Recuerda la obra de JHERING por su vivacidad y originalidad.

La familia, pues, es el núcleo social elemental de la sociedad primitiva y se basa en la figura poderosa del patriarca. A través de las generaciones se perpetúa ese poder cuya estructura es previa a la sociedad civil, y a la experiencia jurídica. El proceso, por tanto, de crecimiento del grupo hacia la *gens* o la tribu parte de la familia natural y su capacidad de reproducción, si bien en ocasiones, la imposibilidad del crecimiento natural ponía en riesgo la subsistencia del grupo. Puede definirse la *gens* como la agrupación de familias, y la tribu como la agrupación de gentes: cuando las tribus se unen, nace la comunidad política. La clave de la supervivencia es superar las tentativas de disgregación para lo que la idea legendaria de descendencia de un mismo jefe ayuda a conservar unido un grupo que ha crecido.

Nos interesa especialmente concluir este acercamiento a la tesis de MAINE refiriendo su postura sobre la sucesión a la muerte del jefe de la familia, a la que dedica unos capítulos. La sucesión universal viene a confirmar la naturaleza no individualista de la sociedad primitiva, al ir encaminada a la conservación de la integridad familiar. A su parecer, el testamento sería previo a la sucesión intestada, como vehículo de decisión de ese traspaso de poderes, pues sólo una persona podía ocupar esa posición soberana. Por tanto, la sucesión demostraría el carácter político de la familia patriarcal: la conservación del grupo mediante la *successio in universum ius* precisa de la individualización de un heredero por el *paterfamilias*<sup>6</sup> quien no distribuiría su poder. Normalmente, lo traspasaría a su primogénito.

BONFANTE pretende seguir una línea autónoma y original de investigación en relación a la teoría patriarcal asociada a FUSTEL DE COULANGES y MAINE<sup>7</sup>, si bien algunas de sus ideas coinciden con el trabajo de estos autores<sup>8</sup>. Desde su trabajo inicial *Res Mancipi e res nec Mancipi* del año 1888<sup>9</sup>, reeditado y revisado en 1926 bajo el título *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* (“*Res Mancipi e res nec Mancipi*”)<sup>10</sup>, concibe una interpretación en términos políticos del sistema familiar arcaico romano y sistematiza una serie de hipótesis sobre los problemas terminológicos del poder anterior al *dominium* o sobre la naturaleza de las funciones de la familia romana arcaica y del mismo *paterfamilias* ya en el seno de la *familia proprio iure*. No olvidemos que la historia de la familia romana primitiva se venía estudiando hasta entonces desde dos realidades: la horda como unidad amplia, nacional, y la familia agnaticia, como unidad más reducida.

---

<sup>6</sup> MAINE (1861) 339 ss. Asimismo dedica el autor sus reflexiones a la propiedad que cree debió ser colectiva hasta que la evolución histórica de la familia agnaticia y su disolución llevaron a la concepción de la propiedad individual. En otro orden de cosas, se refiere al derecho penal que habría partido de la venganza privada para acabar siendo juzgado por *quaestiones* estables.

<sup>7</sup> CAPOGROSSI (1994) 268, sin olvidar la aportación de VOIGT o JHERING.

<sup>8</sup> CAPOGROSSI (1994) 247 ss.

<sup>9</sup> En 1888, BONFANTE publica la primera parte de *Res Mancipi e res nec Mancipi*, y en 1889 la segunda.

<sup>10</sup> BONFANTE (1926) b 1-326.

La asunción como punto de partida de la teoría patriarcal se inserta, a su vez, en una consideración evolucionista del entero organismo familiar romano que concluye en una forma política. El Estado mismo otorga una función política al *paterfamilias* precisamente en detrimento de la *gens* y de la familia agnaticia. Según CAPOGROSSI<sup>11</sup>, la originalidad de la tesis de BONFANTE se manifiesta en la definición de la familia agnaticia como un eco en la *familia proprio iure* donde la potente figura del *paterfamilias* ejercía su señorío, el *mancipium*, ya sobre los bienes, ya sobre las personas. Como consecuencia inmediata de lo anterior, se construye la familia arcaica sobre el concepto de parentela en un sentido semi-político bajo la autoridad omnipotente del *pater*, punto en el que coincide con MAINE<sup>12</sup> pues los vínculos de sangre, verdaderos o presuntos, descienden del vínculo político, razón de ser última del grupo familiar<sup>13</sup>. Pero, por encima de todo, el valor de la teoría bonfantiana es la puesta en relación de la teoría patriarcal con las dos formas de propiedad, *res Mancipi* y *res nec Mancipi* que no habían sido estudiadas más que desde el punto de vista de los medios de adquisición de la propiedad. En etapas primitivas habrían coexistido la propiedad colectiva y la propiedad individual, correspondiendo la primera sobre las *res Mancipi* a una organización amplia<sup>14</sup> y, consecuentemente, la propiedad individual que se concretaba sobre las *res nec Mancipi*<sup>15</sup> a la familia agnaticia.

El organismo familiar originario era, por tanto, una estructura política pero inmersa en un amplio proceso evolutivo concibiendo la sociedad desde una concepción orgánica que constaba de diversos grupos de diferentes dimensiones y funciones. El carácter articulado,

---

<sup>11</sup> CAPOGROSSI (1994) 270. El autor se refiere a la influencia de MEYER al considerar un proceso evolutivo más amplio que la familia, superando límites de la teoría patriarcal.

<sup>12</sup> MAINE (1861) 126 ss. Aunque lo cita, no es exactamente un seguidor pues MAINE generaliza en exceso sobre unas leyes evolutivas y BONFANTE busca ser más preciso para localizar los resultados de esas leyes. Además, MAINE no era propiamente romanista y su valor es aplicar a las Ciencias Sociales el método evolutivo. FUSTEL DE COULANGES (2006) 88-95.

<sup>13</sup> CAPOGROSSI (1994) 217. El autor se refiere a la influencia de MEYER al considerar un proceso evolutivo más amplio que la familia, superando límites de la teoría patriarcal.

<sup>14</sup> BONFANTE (1926) b 190 ss. La horda es la forma organizativa primitiva, en la que se dan comportamientos sexuales promiscuos, y cuya actividad económica principal son la caza y la pesca. Cuando se alcanza un cierto desarrollo productivo los bienes pasan a ser de propiedad individual, aunque está presente el embrión de la propiedad social sobre la tierra. Por tanto, desde ese momento, conviven la propiedad colectiva y la individual. En una siguiente fase evolutiva, los organismos sociales se vuelven más complejos, la economía se vuelve agraria y se produce el tránsito a la civilización, naciendo vínculos sociales y relaciones y deberes comunes y la sujeción a un mismo poder soberano del que descienden todos: la *gens*, la tribu, la familia. Asimismo, se produce la prevalencia de la propiedad colectiva lo que hace casi olvidar la propiedad individual. MAINE, sin embargo, entendía que de las personas unidas por lazos de sangre (o la ficción de que existía ese ligamen), se había llegado a grupos más grandes. BONFANTE cree que ambos tipos de organizaciones convivieron en Roma y en el resto de pueblos indoeuropeos, pues la *gens* sería el grupo anterior a la civilización. Por su parte, la familia agnaticia estaba a cargo de un jefe soberano: es la *familia communi iure*.

<sup>15</sup> BONFANTE (1926) b 294-303. En la reedición de su trabajo de 1888-89, sin embargo, otorga a la *gens* un papel relevante.



precisamente, hizo evolucionar<sup>16</sup> al grupo social. En particular, el sistema sucesorio romano, observado desde la óptica orgánica, se caracteriza por su artificiosidad, pues nunca se cancelaron principios y construcciones antiguos pese a los cambios sociales operados, lo que hizo necesaria la creación de nuevas funciones que acabaron por transformar y consumir completamente al sistema<sup>17</sup>.

En la fase previa al nacimiento de la *civitas*, los bienes pertenecieron a la *familia communi iure (res Mancipi)* y el jefe de la familia funcionaba como un gestor de los bienes de la casa con el supremo objetivo vital de la supervivencia del grupo parental. Por ello, la enajenación de bienes y la disgregación se percibieron como operaciones contrarias a ese fin.

Pero, cuando la ciudad toma el control para después cederlo a cada *paterfamilias*, éste se convierte en soberano en la *familia proprio iure* en detrimento de la familia agnada. Esta pequeña autonomía no resultaba peligrosa ni amenazante para el Estado, a diferencia de lo que ocurriera con las gentes y la *familia communi iure* y el conjunto de poderes que recibe el jefe de la familia habría comprendido la propiedad sobre las *res Mancipi* y otros derechos y obligaciones, dejando de ser un mero gestor: ahora puede disponer sobre los bienes individuales, las *res nec Mancipi*, y sobre los bienes comunes, las *res Mancipi*. Precisamente ese reforzamiento de la propiedad individual pone el acento sobre el carácter político de la sucesión a la muerte del *paterfamilias*<sup>18</sup> mucho más que una mera sucesión patrimonial. Puesto que sólo uno puede ser soberano, la sucesión testada sería anterior a la sucesión intestada, eligiendo el jefe político libremente a su sucesor<sup>19</sup>.

Por tanto, en la etapa precívica un sujeto sucedía a otro como soberano por designación, aunque con la sanción del grupo, una elección que no pasaba necesariamente por los lazos familiares, pues el *paterfamilias* debía encontrar un sucesor en la *familia proprio iure* pero sin estar obligado a optar por los lazos naturales. BONFANTE<sup>20</sup> aboga por la elección de un *heres* entre los familiares como régimen sucesorio originario en contra del llamamiento solidario a todos los *heredes sui* que opera a partir de la Ley de las XII Tablas.

En definitiva, la teoría patriarcal reconoce la libertad de disposición originaria del testador que habría sido limitada, en un primer momento, por la imposición al *de cuius* de la

---

<sup>16</sup>CAPOGROSSI (1994) 217 ss. El método naturalístico considera a la sociedad como un organismo de la naturaleza, y, en el campo jurídico, se manifiesta en que cada instituto tiene su función siendo la historia de cada institución, en definitiva, una cuestión de supervivencia.

<sup>17</sup>BONFANTE (1926) b 190 ss.

<sup>18</sup>BONFANTE en 1888-89 ya había dedicado un análisis al principio *nemo pro parte testatus*. Su teoría sobre la sucesión en la soberanía doméstica se desarrolla en BONFANTE (1926) a 102 ss.; (1963) 49-90.

<sup>19</sup>BONFANTE (1974) 77 ss. señala las diferencias entre el ordenamiento griego o germano y el romano, mientras que halla cierto paralelismo con la herencia en el derecho japonés (1916) 145 ss.; (1925) 12 ss.

<sup>20</sup>BONFANTE (1926) a 110 ss.

*exhereditio* expresa de los *sui heredes*. Posteriormente, se habrían establecido límites a dicha libertad al reconocer un derecho a suceder a ciertos parientes, la llamada sucesión legítima material, fundamentalmente desarrollada en la praxis del Colegio Centumviral y que cristalizaría en la declaración de inoficiosidad del testamento que excluyera u olvidara sin causa justa a los parientes cercanos<sup>21</sup>.

Por el contrario, autores como RIBAS ALBA<sup>22</sup> niegan la existencia de esa libertad originaria del *paterfamilias* para disponer *mortis causa* atendiendo a la existencia de límites de orden jurídico, social, y religioso<sup>23</sup>, tal y como ocurriera en el derecho penal. Esos límites explicarían la necesidad de someter al control de los conciudadanos o del Colegio Pontifical la *adrogatio*<sup>24</sup> y las dos primitivas formas de testamento: el *testamentum calatis comitiis*, y, con carácter previo a la batalla, el *testamentum in procinctu*.

Gai., 2, 101:

*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri*<sup>25</sup>.

En la Roma precívica, la familia era un ente obviamente sometido a la autoridad del *paterfamilias* quien llevaba a sus espaldas todo el peso de la tradición y el culto a los antepasados, puesto que él mismo sería un dios a su muerte<sup>26</sup>. Ahora bien: el modelo que regía la vida familiar distaba de ser una réplica del modelo público, que estaba orientado a la defensa frente a amenazas externas, pero, puertas adentro de la *domus*, el día a día estaba marcado por el culto familiar y el trabajo de la tierra en busca de la perduración de la familia través del tiempo.

---

<sup>21</sup> CASTRO SÁENZ (2002) 47 ss.

<sup>22</sup> RIBAS ALBA (1998) 5 ss.; (2015) 28 ss.; 66 ss.; 93-98.

<sup>23</sup> RIBAS ALBA-SERRANO VICENTE (2012) 43. Rómulo habría aprobado algunas leyes y Numa reguló los ritos solemnes, el calendario o cultos, así como la organización política o la represión criminal. Servio dicta las *leges* relativas al derecho privado. Parece que se conservaron en libros de *Sexto Papirio*, el llamado *ius civile Papirianum*, aunque es asunto discutido por la doctrina. El *ius Quiritum* reuniría los *mores maiorum* y las *leges regiae*. SANTALUCIA (1998) 21 ss.; SERRAO (1988) 85 ss.; CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 40.

<sup>24</sup> ARÉVALO (2011) 157 ss. La arrogación se realizaba ante los *comitia curiata* –*adrogatio per populum*– presididos por el *pontifex maximus*, quien después de haber realizado un interrogatorio al arrogante y al arrogado se dirigía a los comicios presentándoles una *rogatio* en la que solicitaba la aprobación de las treinta curias para que el *adrogandus* fuese declarado hijo legítimo del *adrogator*. En época republicana, se sustituyeron los comicios por treinta *lictors* aunque la *adrogatio per populum* continuó conservando los mismos efectos jurídicos que poseía hasta la época de Diocleciano.

<sup>25</sup> Gelio, 15, 27, 3.

<sup>26</sup> CASTRO SÁENZ (2002) 29 ss.; 351 ss.

La religión primitiva romana rendía culto a los muertos que nunca abandonaban la vida doméstica. Entre vivos y muertos existía un intercambio perpetuo de oficios, recibiendo el antepasado de sus descendientes comidas fúnebres, sacrificios y ceremonias de culto. A cambio, los vivos esperaban de los difuntos la ayuda y fuerza para superar las dificultades diarias, gozar de buena salud y obtener fértiles cosechas. Los antepasados, independientemente de su trayectoria vital, eran considerados seres buenos y dioses en cuyo mundo subterráneo seguían necesitando de comida y bebida que debía proveerles su familia. Los sepulcros que cada familia honraba eran templos situados en la misma propiedad familiar, a la vez que la morada del antepasado: próximos a la puerta, facilitaban que vivos y muertos convivieran en un sentido más allá de lo espiritual. Invisibles, pero siempre presentes, los antepasados servían de apoyo y guía a los que continuaban sobre la tierra, aunque en ocasiones atemorizaban a sus familiares por su incumplimiento de sus deberes hacia ellos enviándoles asimismo todo tipo de calamidades. Por ello, en caso de haberlos ofendido o agraviado, los vivos realizaban ceremonias purificadoras en busca de clemencia.

En cada hogar romano ardía el fuego sagrado tan ligado al culto de los muertos, el cual no debía apagarse pues supondría el perecimiento de una divinidad. El fuego cocía el pan y presidía comidas familiares y ceremonias como la *confarreatio*, por la que se conducía a la esposa a la casa del marido, momento en el que se la iniciaba en el culto de su nueva familia, habiendo abandonado el de sus consanguíneos<sup>27</sup>.

Los ritos propios de cada familia no podían abrirse a los extraños<sup>28</sup>, pues la religión se circunscribía a la casa y el padre de familia se erigía como sacerdote doméstico, divinizado al morir, cuando el hijo varón seguiría honrando a sus ancestros. El sacerdocio en el culto familiar fue siempre transmitido de varón en varón, aun cuando las mujeres de la casa participaran en ciertos actos religiosos.

En definitiva, el *Lar Familiaris* era una divinidad protectora de la familia de carácter funerario, cuyo culto el *paterfamilias* como ministro sagrado estaba obligado a conservar y transmitir a sus hijos, a salvo de los extraños. Mantener el fuego sagrado, proceder en los días señalados a realizar las ofrendas agrarias o suntuarias, recitar los himnos y fórmulas de oración, eran tareas propias del padre. Por su parte, los *Penates* eran espíritus de signo amable que tutelaban los víveres de reserva de la familia, mientras que los tan temidos *Manes*, las almas en pena, siempre provocaron zozobra a los romanos como perturbadores del orden doméstico, encaminando ciertos ritos a tranquilizarlos y ahuyentarlos. Pero, sin duda, la más sugerente

---

<sup>27</sup> PEPPE (1997) 123 ss.

<sup>28</sup> FUSTEL DE COULANGES (1984) 36 ss.; RIBAS ALBA (2012) 48 ss.; (2015) 145-152.

divinidad familiar es el *Genius*<sup>29</sup>, que asumía los rasgos de la persona desde el nacimiento hasta su muerte, la propia *anima* de la persona<sup>30</sup>, celebrando especialmente el *dies natalis* del *Genius* del *paterfamilias*. La *pietas*, que etimológicamente deriva de *pius*, puro, preside la vida de la familia arcaica, pues en la religión doméstica romana, particular comunidad de vivos y muertos, encontramos sus primeros agentes<sup>31</sup>, *Lares*, *Penates* y *Genius*. Igualmente, la religión oficial romana representada por los dioses del Panteón<sup>32</sup> beberá de estas fuentes de *pietas* para superar su carácter superficial y mecánico, tan alejado de la intimista y sincera religión de la *domus*.

Pero la *pietas* trasciende el ámbito religioso<sup>33</sup> y extiende su influencia por casi todos los ámbitos de la vida romana.

Valerio Máximo, 5, 5, 6.

*Artissimis sanguinis vinculis pietatis satis fecit: restat nunc ut patriae exhibeatur. Cuius maiestati etiam illa, quae deorum numinibus aequatur, auctoritas parentium vires suas subicit, fraterna quoque caritas animo aequo ac libenter cedit, summa quidem cum ratione, quia eversa domo integer rei publicae status manere potest, urbis ruina penates omnium secum trahat necesse est. Verum quid adinet verbis ista complecti, quorum tanta vis est, ut alii ea salutis suae impendio testati sint?*

*Officium*<sup>34</sup> es, en definitiva, el comportamiento adecuado y típico que se espera del romano en las diversas facetas vitales, y un término que suele presentarse acompañado de un adjetivo, posesivo o genitivo: *officium patrum*, *officium pietatis*, *officium matronarum*. Asimismo, se trata de un concepto que presenta dos aspectos, interno y externo, inseparables entre sí: *ser* y *parecer*.

Para el romano, actuar conforme al *officium* suponía la integración en la comunidad, la aceptación social, la buena fama, y, pragmático por naturaleza, la oportunidad de ascender en la carrera política. La *mutatio officiorum* consistía en la reciprocidad de prestaciones entre familiares o ciudadanos, incluso entre hombres y dioses, ensalzando el término *bonus vir* dicha actividad y la virtud al ejercerla, como el reflejo de la calidad humana de quien vivía conforme

<sup>29</sup> RIBAS ALBA (2012) 19 ss.; (2015) 74 ss.

<sup>30</sup> RIBAS ALBA (2012) 40-43; (2015) 75-80.

<sup>31</sup> RIBAS ALBA (2012) 48 ss.; 116 ss., 128 ss.

<sup>32</sup> RIBAS ALBA (2012) 5-15.

<sup>33</sup> CLEMENTE FERNÁNDEZ (2013) 234 ss.; TURCHI (1939) 214 ss.; TORRENT (2005) 903; SANTI (2004) 17 ss.; WISSOWA (1971) 20 ss.; RIBAS ALBA (2012); BACCARI (2007) a 250-262.

<sup>34</sup> CREMADES (1998) 12 ss. Etimológicamente, *officium* podría derivar de *efficio*, *obfacio*, *opificum* (*opifex*).

a los *mores maiorum*<sup>35</sup>. A los niños y jóvenes romanos se les inculcaban valores tales como el gusto por el trabajo, la laboriosidad, la frugalidad, la austeridad y la pericia técnica en busca de la perfección. No deja de ser llamativa la confluencia de valores éticos con los técnicos, de manera que, para ser un buen agricultor, soldado, artesano, orador o senador, incluso para ser *princeps*, debía buscarse la excelencia en la ejecución de las tareas encomendadas. Por supuesto, también para ser un buen padre, hijo o esposo.

Catón el Censor<sup>36</sup>, en *De agri cultura*, describe al *bonus vir* como el romano excelente dedicado a la tierra cuyos valores contraponen a los de los comerciantes expuestos a la especulación y la ruina en sus negocios. En una sociedad tradicional y agraria, los *boni viri* habían impulsado el crecimiento de la *urbs*, pues su esfuerzo y constancia en el cumplimiento disciplinado de los deberes hacia la familia, hacia la comunidad y hacia los dioses, dotaron al pueblo romano de sus *mores*, que los hicieron grandes e invencibles frente a otras culturas.

La personalidad de Catón y su protagonismo en la vida pública romana se explican por su tradicionalismo y apego a las costumbres, combatiendo actitudes y disposiciones legales que, en su opinión, contrariaban el espíritu nacional, las señas de identidad de la República. No obstante, en *De agri cultura*, aprecia CASTRESANA<sup>37</sup> otros rasgos de la personalidad de Catón, tales como el pragmatismo y la visión comercial que participan en la construcción del modelo de buen agricultor y *paterfamilias*. En efecto, a la definición de propietario-agricultor acudiendo a su propia experiencia y por medio de consejos prácticos, incorpora una larga lista de deberes como *paterfamilias*, determinando cada uno de ellos una regla de conducta para alcanzar la perfección. Pero, en otras ocasiones, su tono es imperativo e inflexible, estableciendo los deberes del buen agricultor, siendo los primeros los deberes religiosos, ofrendas y ritos a cargo del dueño de la granja. El buen agricultor es una especie de sacerdote doméstico, pues la familia romana se aglutina en torno al *paterfamilias* para practicar su culto<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> CREMADES (1998) 54 ss.

<sup>36</sup> Catón el Censor, 234 a. C.- 149 a. C., había nacido en una granja en Túsculo cerca de la actual Frascati, en Italia, y estaba plenamente integrado en la vida sencilla de los terratenientes romanos de la República. Se dedicó al cultivo de sus tierras y al ejercicio de la abogacía hasta entrar en la carrera política. Enemigo de la cultura griega en su juventud por considerar que debilitaba a los romanos, en el año 184 a. C. alcanzó el cargo de censor. Luchó contra la inmoralidad y la lujuria de la vida romana, y tras visitar en el año 157 a. C. África para arbitrar entre los miembros de las tribus cartaginesas y númeritas, se obsesionó con los lujos de Cartago y hasta su muerte, finalizó todos sus discursos con las palabras: *Delenda est Carthago*. El año de su fallecimiento, en gran parte debido a su influencia, comenzó la tercera Guerra Púnica entre Roma y Cartago, tres años después arrasada. *De agri cultura*, su tratado sobre agricultura, es la primera obra completa de prosa en latín. BALLESTRI FUMAGALLI (2008) 25 ss.; CASTRESANA (2009) 19 ss.; CREMADES (1998) 50 ss.; HERRMANN (1964) 80 ss.

<sup>37</sup> CASTRESANA (2009) 19 ss.

<sup>38</sup> CASTRESANA (2009) 37-39.

y a los dioses se encomienda que regulen las lluvias, fertilicen la tierra y alejen de la casa y la tierra enfermedades y plagas.

Desde una óptica más técnica, el arte de la agricultura requiere ciertas habilidades que Catón se afana en describir, y la rigidez de su modelo supone que el apartarse de esas reglas de conducta, la única opción correcta, implicaría frustrar las expectativas económicas y dañar la reputación del agricultor. El propietario del fundo debe ser un ciudadano ejemplar; un alto contenido ideológico impregna esta obra al manejar conceptos como los *officia* y su valoración ética, mereciendo la agricultura y el comercio una calificación positiva, mientras que la especulación y la concesión de préstamos a interés son definidas como actividades poco honorables. El ejercicio de unas u otras actividades inciden sobre la personalidad del hombre, llegando a decir que la agricultura produce los hombres más valientes y esforzados, a la par que los menos mal pensados y expuestos a la animadversión. Al fin y al cabo, lo que se pretende es la educación integral del romano.

Las reglas de Catón se dirigen a agricultores que poseen grandes extensiones de tierras, superado ya el autoabastecimiento puesto que, gracias al trabajo de los esclavos, puede producirse para el comercio. En el nacimiento de la oligarquía romana, queda atrás el modelo del agricultor modesto que cultivaba él mismo sus tierras<sup>39</sup>. El buen agricultor es un hombre de negocios, pragmático e innovador, que dirige racionalmente una gran explotación y comercializa sus productos, pues el buen gobierno de la granja pasa por fijar objetivos y necesidades, siendo el objetivo primordial alcanzar la máxima rentabilidad mediante la organización de los cultivos, del trabajo de los esclavos y operarios, la venta de productos de la explotación y proveer de todo lo necesario para la tareas agrícolas (utensilios, maquinaria, animales)<sup>40</sup>. Hasta tal punto de detalle llega Catón en su definición del buen agricultor, que incluye recetas de cocina para la correcta alimentación de los trabajadores y remedios curativos para enfermedades. No puede ser de otra manera, pues del correcto aprovechamiento de los recursos depende alcanzar los objetivos económicos<sup>41</sup>.

Cicerón<sup>42</sup>, inspirado en la obra de Panecio de Rodas<sup>43</sup>, define en su *De officiis* el *officium perfectum*, propio del sabio, y el *officium medium* situado en la esfera del hombre corriente. El Arpinate, gran conocedor de la naturaleza de sus compatriotas, les ofrece un caleidoscopio de ejemplos de prestación del *officium*, cuyo ejercicio siempre estuvo dirigido a

---

<sup>39</sup> CASTRESANA (2009) 32.

<sup>40</sup> Catón el Censor, *De agri cultura*, 3, 5-6; CASTRESANA (2009) 41 ss.

<sup>41</sup> CASTRESANA (2009) 40-41.

<sup>42</sup> CASTRO SÁENZ (2010) 107 ss. ; 389 ss.

<sup>43</sup> RIBAS ALBA (2012) 193-214; CREMADES (1998) 56 ss.; CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 67 ss.

alcanzar la más alta valoración social en términos de fidelidad y lealtad. A la vez, tamizará por el filtro de la romanidad los principios estoicos, virando de una concepción del *officium* como intercambio universal de servicios hacia la *mutatio officiorum* cimentada sobre la *amicitia*, el parentesco y la vecindad, en el entendimiento que la comunicación indiscriminada de dichos servicios llevaría inexorablemente al caos<sup>44</sup>.

La *mutacione officiorum*<sup>45</sup> creaba en el seno del característico entramado de relaciones vecinales y familiares una serie de pactos no formales, como si los romanos llevaran una contabilidad mental de los servicios prestados y recibidos<sup>46</sup> incluso entre hombres y divinidades. Al fin y al cabo, la *pax deorum*<sup>47</sup> era un pacto de observancia de ritos, ofrendas y preceptos a cambio de protección y de la concesión de paz y prosperidad a los ciudadanos devotos<sup>48</sup>.

Cicerón, *De natura deorum* 1, 4:

*Pietate adversus deos sublata, fides etiam, et societatis humani generis, et, excellentissima virtus, iusticia tollitur. (...) Officia debentur diis immortalibus, secunda patriae, tertia parentibus, deinceps gratatim reliquis.*

En definitiva, el incumplimiento del *officium pietatis* acarrea siempre, según la gravedad de la vulneración, diversas sanciones morales y, aunque no siempre el *ius* obligaba a actuar conforme a esas normas, en muchas ocasiones, se plantearían conflictos de deberes que sí originaron controversias jurídicas. La observancia o desprecio del *officium pietatis* era recompensada o castigada por los *mores maiorum*, pues las demostraciones de *pietas* hacia los vivos atraían la benevolencia de los dioses y antepasados. La *pietas*, igualmente, acarrea consecuencias en otros ámbitos de la vida, y penetró desde tiempos remotos en la esfera del *ius* de forma que la vulneración del *officium* siempre hubo de ser sancionada por la comunidad y el ordenamiento jurídico.

La mayor manifestación de la impiedad era el *parricidium*, auténtica obsesión para los romanos y que recibió la consideración del más horrendo de todos los crímenes<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> CASTRO SÁENZ (2010). 29-40; 46-50; 87 ss.; 389 ss.

<sup>45</sup> Cicerón, *De officiis* 1, 7, 22; 1, 26, 90; Cicerón, *De Republica* 1, 34.

<sup>46</sup> CREMADES (1998) 60 ss.

<sup>47</sup> GUIZI (2007) 424 ss.

<sup>48</sup> CREMADES (1998) 35. Acerca de la festividad de los *Compitalia*, Dionisio de Halicarnaso, 4, 14; Cicerón, *De legibus* 3, 7; Cicerón, *De officiis* 3, 29, 108.

<sup>49</sup> SANTALUCIA (1998) 15 ss., cuya primera edición está traducida al español por J. Paricio y C. Velasco (Madrid, 1990); FALCÓN (2013) 191-274.

Festo s. v. *Parricidi quaestores* (Lindsay 247):

*Parricidi quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem indemnatum. Ita fuisse indicat lex Numa Pompili regis his composita verbis: "Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto".*

El origen del término *parricidium* es bastante oscuro, y podría derivar de *pater* y *cidium* (*caedere*) o, incluso, de *parens* y *cidium*, si bien muchos autores se inclinan por su origen en *par* y *cidium*, la muerte del igual. Para algunos autores, se podría estar haciendo referencia a una fórmula para legitimar la venganza, significando *paricidas esto* “que haya un pariente vengador”. En definitiva, parricidio era el acto de causar voluntariamente a otro hombre la muerte, y la legislación primitiva romana lo emplea para describir el homicidio voluntario<sup>50</sup>.

Los elementos religiosos y mágicos no son ajenos al derecho aplicable al parricida: dado que el *homo sacer* se había consagrado a los dioses y era de su propiedad, no gozaba de la protección humana de manera que quien acabara con su vida no haría más que ejecutor la voluntad de las divinidades. Pero esos elementos conviven con la declaración por los *quaestores parricidii* de un *status, paricidas*, que situaba al criminal en la situación de ser matado por cualquier hombre.

Una correcta interpretación de la primitiva disposición romana sobre el parricidio requiere acudir además de la disposición que la tradición atribuye al rey Numa Pompilio otorgando impunidad a quien ocasionara la muerte al *homo sacer*, a otra norma dictada por el rey para los supuestos de homicidio involuntario.

La doctrina interpreta la expresión *paricidas esto* en relación a la muerte del *homo sacer* como la legitimación de la venganza, de forma análoga a la expresión *talio esto* de la Ley de las XII Tablas, pues la justicia primitiva consideraba que aplacar la ira divina pasaba por la venganza por los parientes de las ofensas cometidas, en una época en la que la compensación pecuniaria no se admitía para saldar un deber sacro:

*Tabula 8, 2:*

*Si membrorum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*

---

<sup>50</sup> MOMMSEN (1955) 437; 489; 527 ss., 612 ss.; 643 ss.; 923; 1008; 85 ss.



Festo, s. v. *Sacer mons* (Lindsay, 424):

*At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur; nam lege tribunicia prima cavetur, "si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit". Ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet".*

La *tabula* 8, 2 menciona el acuerdo como posible forma de evitar la venganza privada, *talio esto*, pues los agnados podían convenir una contraprestación económica con el homicida que solía consistir en un múltiplo del daño sufrido fijado por los pontífices. Sin embargo, la pérdida de la vida humana, aun involuntaria, no podía ser objeto de pacto, y el sacrificio del carnero se imponía por los pontífices para limitar una reacción desproporcionada de los parientes del fallecido

Virgilio, *Geórgicas* 3, 387:

*Aries sit candidus ipse bene ipse addidit, quasi qui aut dominus gregis est, aut qui antea pro dominio capital dari consueverat: nam apud maiores homicidii poenam noxius arietis damno luebat: quod in regum legibus legitur.*

Por tanto, el homicidio involuntario de un *homo liber* debía ser reparado frente a sus parientes *arietem offerre*, y realizando ese sacrificio el alma del difunto encontraba la paz necesaria que no perturbaría su descanso eterno, lo que evitaba sus manifestaciones de ira frente al homicida y a sus propios parientes. Por tanto, la entrega del carnero no deja de tener un significado religioso:

Festo, s. v. *Humanum* (Lindsay, 91):

*Humanum sacrificium dicebant, quod mortui causa fiebat.*

El sacrificio del animal se dedicaba al difunto, pero también se consideraba una satisfacción económica a sus parientes. Las creencias en el mundo subterráneo y la suerte del hombre tras su muerte, obligaban a facilitar el tránsito a la vida del más allá: caso de demorarse, las *larvae* o *lemures*, almas en pena, aterrorizarían a los parientes trayendo todo tipo de males<sup>51</sup>. La reparación de la muerte causada involuntariamente a un *homo liber* mediante el

---

<sup>51</sup> RIBAS ALBA (2012) 119 ss.; 128 ss. Tras la muerte, el *genius* se transforma en un lemur: si es bueno, se convierte en un *lar*, si malo en *larva*, y si se encuentra en una condición incierta en *manes*. Los espectros volvían a

sacrificio del carnero, animal unido al dios ligado al mundo de los fallecidos, Jano, era suficiente para calmar al fallecido

Regresando al homicidio doloso, al parricidio, ha de indicarse que la venganza privada producía igualmente dos efectos simultáneos: la satisfacción a los dioses ofendidos y la restauración de la pérdida a la *gens* o la *familia*. La fractura de la *pax deorum* quedaría salvada tras la comisión del homicidio voluntario, *dolo sciens*, con la *sacratio* del homicida, pues si en otras ocasiones las ofensas de los hombres que vulneraban la *amicitia* con las divinidades se expiaban mediante el sacrificio (*piaculum*) y la oración, la gravedad del acto era de tal calibre que la reparación debía ser contundente, tal y como sucedía en el *perduellio*.

Cicerón menciona la introducción por los *mores maiorum* de la pena del saco, *culleus*, que se aplicaba a los reos de este delito, y que estaba cargada de simbolismo. El castigo consistía en lo siguiente: se introducía al parricida en un saco de cuero cosido después de ser apaleado y calzado con unos zuecos de madera para impedir su huida. Para agravar el castigo, le acompañaban en el saco diferentes animales como una mona, un perro, un gallo y una serpiente, y se le producía la muerte por ahogamiento con la creencia de que el agua tenía una cualidad purificadora. Es posible, incluso, interpretar el término *parcidas* como derivado de *parix*, saco, de forma que *parici datus esto* significara “sea dado al saco”. Además, al parricida había que privarle de sepultura, para que de esta forma purgara la ofensa cometida contra la comunidad, que quería a toda costa garantizar la seguridad del *paterfamilias*. No en vano el deber de actuar conforme a la *pietas* venía referido fundamentalmente al *paterfamilias*, si bien el *officium pietatis* le obligaba a dispensar un trato moderado y paciente a sus hijos<sup>52</sup>.

El parricida, por tanto, había matado deliberadamente a un *homo liber*, aquel que no pertenecía a los dioses ni a otro hombre (en contraposición a quien matara a un *homo sacer* voluntaria o involuntariamente). El *homo liber* representaba una categoría de derecho público, pues eran sujetos sometidos a la autoridad de la *civitas*, incluso aquéllos *in mancipio* o los *nexi*. Por ello, y aunque algunos autores entienden que sólo la vida del *paterfamilias* quedaba

---

la tierra durante los días 9, 11 y 13 de mayo, debiendo aplacarlos el *paterfamilias* mediante ritos nocturnos para evitar enfermedades y desgracias a los vivos. Las otras ocasiones en las que se abría el *mundus* eran el día 25 de agosto, 5 de octubre, 8 de noviembre y 23 de diciembre, día de los *Larentalia*. Por otra parte, entre el 13 y el 21 de febrero se celebran los *Parentalia*, festividad alegre a la luz del día, rito de carácter más privado y familiar, (sólo era *fastus* el último día, *Feralia*), evocando a Eneas como referente de *pietas* hacia los antepasados. FALCON (2013) 255 ss. La palabra *lemures* podía provenir de *remures*, pues derivaría de la muerte violenta de Remo, tras la cual Rómulo había instaurado los *Lemuria*, recogidos en el calendario como festividad pública.

<sup>52</sup> Cicerón, *Pro Roscio Amerino* 69-70; VOCI (1953) 52- 60; FIORI (1996) 494 ss.; SANTALUCIA (1998) 17 ss.; CANTARELLA (1996) 245 ss. FALCON (2013) 194 ss.

oamparada por la protección del *ius*<sup>53</sup>, puede admitirse que se sancionara la muerte de cualquier ser humano no sometido a la autoridad divina, el *homo sacer*, o de otro hombre, el *servus*, si bien la esclavitud era aún poco relevante en la etapa arcaica.

A fines de la República, la *lex Pompeia de parricidiis*<sup>54</sup> del año 55 a. C. utilizaría la fórmula *paricidas esto* de manera diferente, pues se consideraba sujeto de dicho delito a quien matase a un ascendiente en cualquier grado; a un descendiente con exclusión de aquellos *in potestate*; a hermanos y hermanas; a tíos y tías; a primos y primas; a cónyuges, suegros, yernos y nueras; a padrastros e hijastros; al patrón y a la patrona. Por tanto, se empieza a designar como *parricidium* la muerte de los parientes hasta el cuarto grado, diferenciando los juristas entre el *parricidium proprium*, la muerte de ascendientes y descendientes, y el *parricidium improprium*, la muerte del resto de familiares. Por cierto que esta ley derogaría la pena del saco sustituyéndola por el destierro, si bien Augusto volvió a instaurarla como también haría Adriano.

Es interesante recordar que la relación entre locura e impiedad fue un tópico recurrente en las tragedias griegas, y el propio Cicerón describía al parricida como dominado por la *Furia* hasta tales extremos que le atormentaba por su crimen haciéndole caer en la locura, estableciendo una conexión entre *furor*, impiedad y parricidio. El Arpinate<sup>55</sup> reflexiona sobre la diferencia entre *insania* y *furor*, acudiendo a los protagonistas de las tragedias griegas. Si la Ley de las XII Tablas se refería a los actos cometidos en accesos de cólera con la consiguiente pérdida total del raciocinio, lo que implicaban graves consecuencias en el ámbito jurídico, por su parte, la *insania* era la falta de estabilidad, de sensatez, opuesta a la *fortitudo* que significaba conducirse de forma firme ante las adversidades<sup>56</sup>.

En los juicios para declarar la inoficiosidad de los testamentos también se recurría en ocasiones a relacionar locura e impiedad, como tendremos ocasión de ver a lo largo de estas páginas, pues nos interesa en particular abordar la vulneración del *officium pietatis*. El comportamiento contrario a la *pietas* del testador podía llegar a suponer la anulación judicial de la institución de heredero en un testamento que, si bien había respetado las formalidades exigidas por el *ius civile*, incumplía sus principios, también jurídicos, presentes desde tiempos arcaicos.

---

<sup>53</sup> FALCON (2013) 212, quien expone la opinión de DE FRANCISCI en este sentido, entiende que cualquier ciudadano que es asesinado por otro es sujeto de *parricidium* y corresponde al derecho público castigarlo, sin que entre en escena la potestad del tribunal doméstico, VOLTERRA (1991) 132.

<sup>54</sup> GARDNER (2000) 83 ss.; RICCOBONO (1949) 6-82; ROTONDI (1990) 406. Paulo, *Sententiae*, 5, 24.

<sup>55</sup> Cicerón, *Tusculanae disputationes* 3, 4, 8-9; 3, 4, 11; 3, 5, 11.

<sup>56</sup> DI OTTAVIO (2012) 48 ss.; DILIBERTO (1988) 193 ss.; GUARINO (1989) 79 ss.

Por tanto, la vida del *cives* romano tenía que ser acorde a los postulados de la *pietas* en sus diversas facetas: religiosa, familiar, ciudadana, lo que influye notoriamente en el terreno de la sucesión *mortis causa* y el derecho penal, principales receptores de la *pietas romana*: en un primer momento, a través de la actividad de los pontífices<sup>57</sup> y del Colegio Centumviral, y, siglos después, por la actividad de los pretores y las disposiciones imperiales.

Todo ello nos lleva a considerar muy improbable que en la herencia arcaica se traspasaran los límites del círculo familiar, pues el mismo ordenamiento buscaría los remedios necesarios en los supuestos de ausencia de herederos. En este sentido, la *adrogatio* o, más tarde, la *adoptio*<sup>58</sup> sirvieron para proveer de un heredero al *paterfamilias* privado del mismo por la naturaleza.

Por tanto, y desde el convencimiento de que las instituciones jurídicas han de estudiarse en relación con el contexto histórico, económico y vital de una sociedad, debieron existir ciertas limitaciones, absolutamente jurídicas, impuestas al *paterfamilias* en el desempeño de su potestad<sup>59</sup>. Así, el *ius sepulchri* reconocido en su primera configuración como los *sepulchra familiaria*, destinados al fundador de la familia y sus descendientes, derecho que no era susceptible de perderse aun mediando la desheredación, privilegio del que no gozaron los *sepulchra hereditaria* a favor del heredero, pues nacieron en un momento posterior como consecuencia de la libertad de testar y la admisión como herederos de extraños a la familia. El *paterfamilias* veía igualmente limitada su capacidad de disponer si fuera pródigo, pese a no estar aquejado de patología mental alguna. Ciertamente, se puede considerar un cierto paralelismo entre el pródigo y el testador que hubiera preterido o desheredado a un pariente injustamente, denotando sus comportamientos un carácter anómalo, contrario al *officium pietatis*. Frente a ambos, adoptaría el *ius* medidas tales como el nombramiento de un curador o la invalidación de la institución de heredero respectivamente, que favorecerían a sus familiares los destinatarios por excelencia de la *pietas*.

---

<sup>58</sup> RUIZ PINO (2011) 5 ss.; ARÉVALO (2011) 160 ss.; DALLA (2007) 683-690. Gai. 1, 99: *Imperio magistratus adoptamus eos qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis*. La transmisión directa de la *patria potestas* no era posible en Derecho romano por lo que, previamente debía emanciparse al hijo; posteriormente, el *paterfamilias* adoptante, que tenía in *mancipium* al hijo, solicitaba al pretor una *reivindicatio filii*; el padre, que había vendido por tres veces al hijo, no se oponía y a través de la *in iure cessio* se le transmitía la *patria potestas* al que pretendía adoptar. Habitualmente, el extraño tras las tres mancipaciones realizaba la remancipación a favor del padre natural. Gai. 1, 134: Las formalidades se simplificaron posteriormente, y se realizaba ante el magistrado, mediante la redacción de una escritura que debía ser ratificada por las partes.

<sup>59</sup> RIBAS ALBA (1998) 10 ss.

En definitiva, entendemos que, en los siglos previos a la Ley de las XII Tablas, la sucesión *mortis causa* romana pivotaba en torno a la familia *proprio iure*, mientras que la libertad de disponer del *paterfamilias* debió recaer únicamente sobre los bienes personales (*res sua*).

D. 50, 16, 120 (Pomponio, 6 *ad Quinto Mucius*):

*Verbis legis duodecim tabularum his: "uti legassit suae rei, ita ius esto", latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendo, et legata et libertates dandi, et tutelae quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate constituentium*<sup>60</sup>.

La primera *interpretatio* en torno a la posibilidad de disponer el cabeza de familia de la herencia debió ser obra de los pontífices, custodios de los rituales de los actos negociales y procesales desde la época monárquica. Inspiradas en los *mores maiorum* y posteriormente reconocidas por la ley, son obra pontifical<sup>61</sup> instituciones como la *in iure cessio*, la *stipulatio*, la *emancipatio* y la *adoptio*, todas ellas buscando una respuesta a las demandas de la nueva sociedad romana que vivirá en el siglo IV a. C. un definitivo punto de inflexión<sup>62</sup>.

Para nuestra línea de investigación, es fundamental mencionar el nuevo matiz de la figura del heredero que cristaliza en el *testamentum per aes et libram*<sup>63</sup> superando las limitaciones de sus predecesores, el *testamentum calatis comitiis*<sup>64</sup> y el *testamentum in procinctu*. Ciertamente, la novedosa modalidad testamentaria sigue la senda abierta hacia la libertad de disposición *mortis causa* por la *mancipatio familiae*<sup>65</sup>, mediante la cual el *pater* hacía entrega de su patrimonio a un adquirente de su confianza, *emptor familiae*, obligado a ejecutar la voluntad del *de cuius*. Como es bien sabido, en la edad clásica, la *mancipatio* quedaría reducida a una mera formalidad, pasando el *emptor* a ser un testigo cualificado que se añadía a los que ya se necesitaba para la *mancipatio* pues el elemento clave del testamento sería la declaración o *nuncupatio* oral con la designación de heredero. El acto oral era imprescindible aunque se fijara dicha declaración en *tabulae* que facilitaban su prueba, lo que conducía en muchas ocasiones a la mera lectura de lo redactado. El derecho pretorio concedería al *heres*

---

<sup>60</sup> Gai., 2, 220; VOCI (1967) 5 ss.; RIBAS ALBA (1998) 115 ss. Sin embargo, otros autores como DI LELLA (1972) 2 ss., interpretan dichas fuentes para justificar la libertad de testar.

<sup>61</sup> CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 92 ss.; ARANGIO-RUIZ (1980) 148-162.

<sup>62</sup> CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 45-57; ARANGIO-RUIZ (1980) 222 ss.

<sup>63</sup> TERRANOVA (2010) 27-61, 415 ss.; BIONDI (1960) 42.

<sup>64</sup> RIBAS ALBA (2009) 125-145.

<sup>65</sup> Gai., 2, 103.

*scriptus* la posesión, recayendo la carga de la prueba de la falsedad del testamento en quien la alegaba. Antonino Pío otorgaría validez al testamento escrito con independencia que se hubieran observado los viejos formalismos del *ius civile*, a la vez que la posesión del *heres scriptus* pasaba a ser *cum re* y se consideraba dolosa la impugnación de un testamento por no haber realizado las formalidades<sup>66</sup>. En cualquier caso, y no obstante la consagración de la libertad de disposición *mortis causa*, la *interpretatio* introduciría la exigencia de *exhereditio* expresa de los *heredes sui*<sup>67</sup> como requisitos formales que solventaban aquellas situaciones de una mal entendida y excesiva libertad del testador perjudicial para los derechos familiares y de los acreedores.

Por todo lo expuesto hasta este momento, deducimos que en la Ley de las XII Tablas ya se presentaba la sucesión *mortis causa* como un fenómeno jurídico patrimonial, pero resuelto en el ámbito familiar si bien los cambios sociales y económicos de los siglos IV y III a. C. impondrán grandes reformas en la concepción de la sucesión *mortis causa* romana<sup>68</sup>, situando al testamento como la forma negocial ordinaria para regular la sucesión, y dando cabida (limitada) a personas ajenas a la familia.

En los siglos II y I a. C., la intervención del pretor en materia sucesoria, y muy en particular en lo relativo a la sucesión intestada, supuso un importante giro en los principios del derecho sucesorio. Aún de forma tímida, se incorporan las transformaciones sociales y familiares, pero se mantiene el orden civil recogido por la Ley de las XII Tablas con el consiguiente predominio del parentesco agnaticio. Para CASTRO<sup>69</sup>, el resquebrajamiento de la visión religiosa de la familia y de la sucesión *mortis causa* en un mundo mercantilizado y desacralizado requería limitaciones aún más coactivas. Y es aquí donde deja su huella, desde finales de la República, el derecho pretorio al introducir la *bonorum possessio contra tabulas* como reacción a las vulneraciones de la *pietas* contra las que por cierto llevaban siglos sentenciando los *centumviri*. Todos estos nuevos principios marcarán las líneas maestras de un derecho común aplicable en materia de sucesión *mortis causa*: un sistema que se impondrá definitivamente al *ius civile* siglo después tras la reforma justiniana.

---

<sup>66</sup> BIONDI (1960) 54 ss.

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO (2011) 394 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO (2004) 50 ss.; GIUFFRÈ (2006) 192 ss.; CASTRO SÁENZ (2002) 151 ss.; RIBAS ALBA (1998) 140 ss.; IGLESIAS (2004) 652 ss.

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO (2011) 373 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO (2004) 50 ss.; CASTRO SÁENZ (2002) 90 ss.; RIBAS ALBA (1998) 134 ss.; IGLESIAS (2004) 613 ss.; BIONDI (1960) 42 ss.

<sup>69</sup> CASTRO SÁENZ (2002) 77 ss. La imposición de unos límites jurídicos más allá de la sucesión legítima formal, probarían la primacía del testamento en época arcaica.

2. La Ley de las XII Tablas: el orden de llamamientos a la sucesión intestada en las *tabulae* 5, 4 y 5, 5.

La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas, recogida en las *tabulae* 5, 4 y 5, 5 es el reflejo de un derecho consuetudinario basado en el parentesco agnaticio como medio de pertenencia a la familia, comunidad doméstica y económica. El texto decemviral otorga una regulación explícita a la que debía ser la modalidad más frecuente de sucesión *mortis causa* en el s. V a. C., sobre todo teniendo en cuenta que las dos formas arcaicas de testamento, *testamentum calatis comitiis* y *testamentum in procinctu*<sup>70</sup>, realmente estaban dirigidas a los patricios.

D. 38, 16, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*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.*

La versión jurídica de la Ley de las XII Tablas, recogida en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 1 contemplaría tres órdenes de llamamientos a la sucesión intestada: los *sui heredes*, los agnados y los gentiles:

*tabula* 5, 4:

*Si intestato moritur, cui suus heres nec scit, adgnatus proximus familiam habeto.*

*tabula* 5, 5:

*Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento .*

Sin embargo, las fuentes literarias nos proporcionan otra versión, lo que ha ocasionado el posicionamiento doctrinal a favor de la mayor fidelidad de una u otra redacción. La diferencia radica en la no mención en las fuentes retóricas a los *sui heredes* como primeros llamados a suceder:

Cicerón, *de inventione* 2, 50, 148 (= *Rhetorica ad Herennium* 1, 13, 24):

*Familia pecuniaque eius adgnatus ..... esto.*

---

<sup>70</sup> CASTÁN (2013) 211; RIBAS ALBA (2009) 125-146.

LÓPEZ RENDO<sup>71</sup> realiza un esclarecedor análisis sobre la sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas, diferenciando las diversas aportaciones de las dos corrientes doctrinales. En su opinión, dada la abundancia de textos jurídicos que incluyen como primeros llamados a los *sui heredes*<sup>72</sup>, los textos retóricos en realidad habrían servido como exposición del caso de Malleolo<sup>73</sup>, condenado a la pena del saco por matricida, para decidir si se legitimaba al agnado o *frater minor* frente a otros agnados que reclamaban sobre el testamento del condenado camino de la ejecución. Erróneamente, se habría extrapolado el contenido del texto retórico a la herencia intestada en general, proclamándolo el auténtico derecho decemviral, lo que llevaría a diversos autores<sup>74</sup> a otorgar a la versión jurídica carácter postclásico. Para esta corriente doctrinal, el término *sui heredes* se habría utilizado en las escuelas de derecho de los siglos II y III d. C. para señalar a aquellos *liberi* sometidos a la potestad del *paterfamilias* que, a la vez, mantenían con éste un parentesco de agnación. En la etapa arcaica, la base del sistema social eran los dos grandes grupos humanos que precedieron a la *civitas*, el grupo agnaticio y las gentes, de forma que a la muerte del *paterfamilias*, los elementos humanos y materiales que configuraban la herencia se traspasarían a los agnados, quienes a su vez obtenían la calificación de ciudadanos *sui iuris* con poder sobre los esclavos y las personas aún sujetas a la *potestas* del fallecido. Por otra parte, aunque no menos importante, correspondería a los agnados la tutela sobre impúberes y mujeres. Los gentiles, sucederían en ausencia de agnados, y, en opinión de LEPRI, sólo les alcanzaría la *pecunia*: casa, campo, ganado o aperos de labranza, pero no los elementos espirituales de la herencia.

En la Ley de las XII Tablas se reconoce la existencia de ambos tipos de sucesiones<sup>75</sup> para evitar en la medida de lo posible la disgregación del patrimonio a la muerte del

<sup>71</sup> LÓPEZ-RENDO (2000) 535-552. Los autores que conceden mayor fidelidad de la versión retórica al texto original serían SOLAZZI y ALBANESE entre otros.

<sup>72</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 1; Gai. 3, 1; 3, 9; 3, 15; 3, 17; Paulo, *Sententiae* 4, 8, 3 y 4, 8, 12. LÓPEZ RENDO (2000) 540, nt. 6 sobre otras fuentes del Digesto.

<sup>73</sup> DI OTTAVIO (2012) 48 ss.; DILIBERTO (1988) 182; GUARINO (1989) 79 ss.

<sup>74</sup> LEPRI (1949) 299-300. En este sentido, LÓPEZ RENDO (2000) 533-552 expone las teorías de otros autores como CARCATERA y LEVY-BRUHL. D. 28, 2, 9 (Paulo, 1 *ad Sabinum*); D. 50, 16, 145, 1 (Ulpiano, 10 *ad legem Iuliam et Papiam*); FERNÁNDEZ BARREIRO (2004) 50 ss.

<sup>75</sup> RIBAS ALBA (1998) 1- 23; Cicerón, *De domo*, 13, 34 ss.; Gelio, 5, 19, 9-10; Gai. 1, 99; Instituciones 1, 11, 1; *Tituli ex corpore Ulpiani*, 8, 3 y 8, 5-6. CASTÁN (2013) 205 ss. Según la *tabula* 5, 4: *si intestato moritur, cui suus heres nec scit, adgnatus proximus familiam habeto* se admite la posibilidad de disponer el *paterfamilias* en testamento aunque las únicas modalidades voluntarias arcaicas fueron el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu* y, tras la Ley de las XII Tablas, la *mancipatio familiae* en caso de peligro de muerte). Pero, más que como verdaderos testamentos, pueden definirse como actos para designar *sui heredes* que heredaran los bienes de la familia y mantuvieran la continuidad del *nomen* y los *sacra*. El *testamentum calatis comitiis* era oral y público, ante el pueblo reunido en asamblea. Precisamente por este carácter, más allá de lo puramente patrimonial, la mujer carecía de una capacidad originaria para suceder, en cuanto que no cabía la *adrogatio* de la misma al no formar parte de la asamblea y puesto que las hijas solían dejar la familia de origen por matrimonio a temprana edad se las excluía de garantizar la continuidad de la familia o del *nomen*. Por ello, el *arrogatus* debía ser *homo sui iuris* y el *pater adrogans* absorbía bajo su potestad a la *familia* del primero que perdía su culto



*paterfamilias*, conservar el culto familiar, los sepulcros y las relaciones de patronato. Sin embargo, no se hallan preceptos acerca del heredero testamentario<sup>76</sup> ni del *suus heres* ni, sobre todo, de la prevalencia de uno u otro o las relaciones entre ambos. La autora española apuesta por la mayor concordancia de la versión jurídica de las *tabulae* 5, 4 y 5, 5 y cree que la Ley de las XII Tablas no contenía mención a los *sui heredes* por considerarla innecesaria dada la fuerza de la familia en la sucesión *mortis causa*. Muy probablemente, los retóricos, que carecían de conocimientos profundos de técnica jurídica, habrían suprimido cualquier referencia a los *sui heredes*, aquellos parientes que, a la muerte del *paterfamilias*, se colocarían en su posición como continuadores de los *sacra* con la tarea de mantener unida la familia y el patrimonio.

Existen diversas interpretaciones<sup>77</sup> de los términos *suus heres* y *adgnatus proximus*: CARCATERRA<sup>78</sup> defiende la teoría de la primogenitura de forma que el *suus heres* era el primogénito varón y el resto de hijos serían *agnati proximi*, llamados sólo en defecto del primero, mientras que GUARINO<sup>79</sup> considera que el término *adgnatus* designa a los colaterales y los *sui heredes* eran los descendientes en potestad del *paterfamilias*<sup>80</sup>. Por su

---

religioso por medio de la *detestatio sacrorum*. Socialmente no era admisible que, habiendo hijos, se introdujera un extraño como *suus* en la familia, pero podría ser necesario si los *sui* fueran todos impúberes o mujeres. En el primero de los supuestos, se podía designar un *suus* condicionado al supuesto de que los descendientes naturales no hubiesen alcanzado la pubertad al tiempo de morir. Y, si bien el repudio de la mujer para poder contraer matrimonio en la búsqueda de herederos varones estaba admitido desde la época romúlea, el primer divorcio cuya causa fuera la infertilidad de la esposa del que hay constancia sucede a mediados de la República, habiendo levantado reacciones adversas del pueblo y los censores. En definitiva, en la etapa arcaica los *mores maiorum* impulsieron la adopción y la *adrogatio* en caso de ausencia de herederos. Siendo tal calado las implicaciones familiares, religiosas y ciudadanas de la arrogación, se necesitaba la conformidad de la comunidad. Por su parte, el *testamentum in procinctu* era la declaración oral ante el pueblo armado (*exercitus*) en aquellos momentos en que el ciudadano tuviese próximo el instante de entrar en combate, aunque no puede afirmarse con rotundidad que se tratara de verdadero testamento que sirvieran para designar o crear un heredero, sino que cumplía funciones distintas, tal vez ordenando únicamente la transmisión de algunos bienes muebles personales y las armas o, como indica Cicerón, disponiendo una tutela para los hijos impúberes del miles en previsión de una posible muerte en combate. De haber sido así, no habría tenido desde luego la misma importancia jurídica que el *testamentum calatis comitiis*, que mediante la fórmula de una *adrogatio* incorporaba una institución de heredero. Así pues, las formas testamentarias arcaicas, *testamentum in procinctu* y *calatis comitiis*, no habrían sido verdaderos testamentos, sino herramientas para que *paterfamilias* sin herederos creara artificialmente un *suus*. BIONDI (1960) 39 ss. La *mancipatio familiae*, germen del *testamentum per aes et libram* se impuso sobre el *testamentum calatis comitiis*. Se trataba de la venta de la familia a un amigo, a través de la *mancipatio*, con el ruego de que a su muerte la repartiese de una forma determinada. En torno al siglo IV a. C. la jurisprudencia pontifical idearía sobre ese instituto la forma del *testamentum per aes et libram*, en el que se realizaba una verdadera designación de un *heres* libremente por el *paterfamilias*. Y, desde ese momento, el heredero puede ser persona extraña a la familia de manera que el testamento puede *modificar el orden legal de la sucesión y mejorar la posición de unos sobre otros, o desheredarlos*. Acerca de la *detestatio*, RIBAS ALBA (2009) 138 ss.; 291-307.

<sup>76</sup> LÓPEZ RENDO (2000) 533 ss.

<sup>77</sup> LÓPEZ RENDO (2000) 540 ss..

<sup>78</sup> CARCATERRA (1939) 263 ss.

<sup>79</sup> GUARINO (1949) 204 ss. considera que *heres* no coincide con sucesor, hasta que se patrimonialice la herencia, pues el agnado (menos el gentil) no era considerado *heres* sino quien recibía los bienes, una diferenciación que se borrará después. Gelio, 3, 34-37; 3, 85-87 sobre la invalidez de la *in iure cessio* si hay testamento.

<sup>80</sup> GUARINO (1989) 182: En la *tabula* 5, 7, para el caso del *furiosus*, no se otorga a sus descendientes *in potestate* el poder sobre aquel, sino a los agnados (colaterales, por tanto) y, en su defecto, a la *gens*. También Cicerón

parte, LEPRI<sup>81</sup> considera que agnados eran los *nacidos después del paterfamilias*, mientras que los *sui* eran los más próximos a él<sup>82</sup>. Por ello, en la época arcaica cuando el *paterfamilias* no había designado al que sería el jefe del grupo a su muerte, le sucedería el *consortium ercto non cito* o *inter fratres*, y en la época clásica la escisión en varias familias a la muerte del *pater* llevaba a la ficción jurisprudencial de la *familia communi iure* para evitar la total desvinculación entre los parientes. Puesto que los anteriormente dependientes del *paterfamilias* eran ellos mismos cabezas de familia, el término agnados se aplicaría a los parientes que se remontaban a un antepasado común por línea masculina<sup>83</sup>. SOLAZZI<sup>84</sup> defiende un concepto tradicional de *suus heres* como descendiente del fallecido, mientras que los agnados serían aquellos con un *paterfamilias* común ya fallecido, *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 1, posiblemente el texto que mejor reflejaba el contenido de las *tabulae* 5, 4 y 5, 5. Finalmente, y en el mismo sentido, ALBANESE entiende que la jurisprudencia no interpretaría la Ley de las XII Tablas alterando el texto en una materia crucial, inventando un nuevo grupo entre los parientes, y manteniendo a los gentiles que ya estaban en desuso en la época de Gayo, Ulpiano y Paulo.

Por tanto, habrían sido los retóricos los que habrían manipulado el texto decemviral<sup>85</sup>. Los *sui heredes*, serían aquellas personas que, tras fallecer el *pater*, pasaban a ser *sui iuris*, es decir, los descendientes naturales o adoptivos<sup>86</sup>, los nietos y nietas nacidas (o adoptados) por el hijo varón<sup>87</sup>, llamados a suceder en sustitución de su padre fallecido o emancipado por la *successio in locum*<sup>88</sup> como expone D. 50, 16, 195, 2 (Ulpiano, *ad edictum*) y la esposa *in manu*

---

consideraba agnados a los colaterales, precisamente un *frater minor* era quien reclama la herencia en el caso de *Rhetorica ad Herennium*.

<sup>81</sup> LEPRI (1942) 56 ss. entiende que gentiles son los colaterales del *paterfamilias* y más adelante se diferenciará entre los *sui heredes* o descendientes y *agnati proximi* (los colaterales) y los gentiles. Una vez que las gentes no juegan un papel relevante, se habla de *familia proprio iure* y *familia communi iure* y se diferencian entre los agnados *sui heredes*, cognados y consanguíneos.

<sup>82</sup> D. 38, 10, 10 (Paulo, 4 *libro singulari de gradibus et adfinitatibus et nominibus eorum*); D. 38, 7, 5 (Modestino, 3 *pandectarum*); Instituciones 3, 5, 4: los cognados serían los llamados agnados por el texto decemviral, superada la *familia communi iure* y desaparecida la *gens*.

<sup>83</sup> D. 28, 3, 13 (Gayo, 2 *institutionum*). En este fragmento, el hijo es al *pater* el *agnatus proximus*, pero si el hijo muere o es emancipado, pasan a ser los agnados más próximos los nietos (o bisnietos, adoptivos o naturales pero siempre *ex filio*) del *paterfamilias* que siguen bajo su potestad, y ostentan una doble condición como *sui heredes* y agnados que se colocan por delante de otros agnados a la hora de suceder

<sup>84</sup> SOLAZZI (1972) 261 ss.

<sup>85</sup> ALBANESE (1949) 278 ss.

<sup>86</sup> Gelio, 3, 7. Precisamente en esta prevalencia de los *sui heredes* sobre los *agnati* se manifiesta el triunfo de la *familia proprio iure*, no absorbida por la *familia communi iure*.

<sup>87</sup> RODRÍGUEZ MONTERO (2005) 667-677.

<sup>88</sup> BIONDI (1960) 114 ss. Sobre los *postumi*: D. 38, 16, 3, 9 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*); D. 38, 16, 3, 10 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*).

(también la *nurus in manu* cuando siguiera en potestad del fallecido, siendo viuda del hijo o por haber salido éste de la familia)<sup>89</sup>.

Como es bien sabido, los juristas optaron por reconocer como herederos civiles a los hijos pero dejando fuera a los emancipados, ya permanecieran como *sui iuris* o fueran adoptados por un tercero, así como a las hijas casadas *cum manu*, pues todos ellos habían salido de la familia y no debían ser los destinatarios de los bienes del grupo familiar al igual que no podían ser los continuadores de los *sacra*<sup>90</sup>.

En cuanto a si el *postumus* tenía el derecho de suceder a su padre muerto como *heres suus*, parece difícil justificar que su derecho a la herencia fuera previsto inicialmente en la Ley, aunque hay juristas clásicos que los incluyen<sup>91</sup>.

CUENA BOY<sup>92</sup> explica que, puesto que la *tabula* 5, 4 consideraba legítimo al hijo nacido dentro de los diez meses posteriores a la muerte del padre casado en *iustae nuptiae* con la madre, podría admitirse su inclusión como *heres suus* por el *ius civile* si llegara a nacer dentro del plazo señalado. CASTÁN<sup>93</sup>, por su parte, afirma que la llamada a los *postumi* para suceder a su causante premuerto habría tenido lugar antes en la *vocatio ab intestato* que en la testamentaria<sup>94</sup>.

La Ley de las XII Tablas admite que el cabeza de familia elija a su sucesor por medio del testamento, pero parece más conforme a los principios morales, religiosos y jurídicos de la

---

<sup>89</sup> Gai. 3, 7-8 y 3, 16; *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 2; Instituciones, 3, 1, 2; D. 38, 16, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). VOICI (1963) 5 ss.; LA PIRA (1930) 72 y 165. Los descendientes de segundo grado, los nietos, eran *sui* cuando, al abrirse la sucesión, su progenitor (*sui* del causante) no hubiese llegado a heredar al causante, ya por premoriencia, ya por emancipación. De este derecho se beneficiaban exclusivamente los nietos *ex filio*, pero nunca los *ex filia*, puesto que estos últimos pertenecían a otra familia, la de su padre. Gayo y una larga línea jurisprudencial piensa que heredaban en lugar de su padre (*successio in locum, successio in stirpes*), SOLAZZI (1972) 264, como *heredes sui*, pero, si tuvieran la cualidad de *adgnati* no llegarían a heredar puesto que serían excluidos por los hijos del causante como grado más próximo (heredaban *per stirpes* y no *per capita* para no perjudicar los derechos de los *sui* originarios). ASTOLFI (2002) 377 ss., sobre la esposa y la nuera *in manu*. RODRÍGUEZ MONTERO (2005) 667-677. Los atributos femeninos más utilizados en el ámbito jurídico son *infirmitas*, que consiste en la ausencia de *firmitas*, es decir, la falta de fuerza o debilidad física que impide a la mujer llevar a cabo determinadas tareas; *imbecilitas* que puede conducir a la degeneración moral; *impotentia* por la incapacidad de moderar las propias pasiones; *impatientia*, de nuevo por la falta de autocontrol o de voluntad y *levitas animi*, incoherencia o inestabilidad.

<sup>90</sup> LÓPEZ-RENDO (2000) 535 ss. Sólo el varón tenía *sui heredes*; la mujer no tiene la potestad sobre los hijos: D. 38, 16, 13 (Gayo, 10 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>91</sup> Gai. 3, 4; D. 5, 4, 3 (Paulo, 17 *ad Plautium*); D. 38, 16, 3, 9 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*); D. 38, 16, 6 (Juliano, 59 *digestorum*); *Tituli ex corpore Ulpiani*, 22, 15; LAMBERTI (1996) 55 ss.

<sup>92</sup> CUENA BOY (2006) a 195 ss.

<sup>93</sup> Gai. 3, 1-4.

<sup>94</sup> CASTÁN (2013) 267 ss.; LAMBERTI (1996) 65-110; (2001) 37 ss.; 69 ss.; 93 ss.; 137 ss.; 163 ss.; RIBAS ALBA (2002) 250 ss.

sociedad arcaica que prevaleciera la sucesión legítima del *suus heres* sobre el heredero testamentario, pues incluso los comicios no aprobaban la *adrogatio* en el caso que hubiese un *suus*<sup>95</sup>. El heredero no podría rechazar la sucesión, tal y como el *paterfamilias* no podía excluirlo, pero, además, no es menos cierto que los *sui heredes* continuaban contribuyendo a mantener la unidad familiar y patrimonial, sin romper del todo los lazos con los parientes agnados, la familia *communi iure*.

En ausencia de *sui heredes*, se llamaba a los agnados, encargados de la tutela de los impúberes, de las mujeres o la curatela del *furiosus* (tareas que no podrían desarrollar las agnadas aunque la frase *adgnatus proximus familiam habeto*<sup>96</sup>, en principio, parece no discriminar por razón de sexo). La diferente consideración de *suus* y *adgnatus* lleva a BONFANTE<sup>97</sup> a afirmar que ni agnados ni gentiles son herederos, al haberse extinguido la casa familiar en la que no hubo *sui heredes*, de forma que la sucesión de agnados o gentiles es meramente patrimonial. Las fuentes, como Instituciones 2, 9, 17<sup>98</sup>, se dirigen a ellos como *extranei*<sup>99</sup>. Se trataba de un pariente de grado próximo, natural o a consecuencia de un acto jurídico (adopción, arrogación o *conventio in manu*), el cual estuvo alguna vez sometido al mismo *paterfamilias* que el difunto, tal como el hermano, el tío o el sobrino<sup>100</sup>. Puesto que la Ley de las XII Tablas otorgaba ese derecho tan sólo al *adgnatus proximus*, quedaba prohibida la *successio graduum* a favor de un pariente de grado ulterior para el caso que ese agnado muriera

---

<sup>95</sup>CASTÁN (2013) 205 ss. comparando diversos ordenamientos jurídicos anteriores a Roma, la sucesión intestada era la única tanto entre los pueblos orientales como en el derecho germánico. Incluso la primitiva institución de la adopción en el derecho antiguo era un instrumento que otros pueblos ponían en manos de todos aquellos varones que en edad adulta carecían de descendencia. La sucesión intestada buscaba desde el principio la transmisión de los bienes dentro del propio grupo familiar fijándose especialmente en el grupo de los descendientes. El Derecho romano no privilegiaría la primogenitura, a diferencia de otros ordenamientos.

<sup>96</sup> VOCI (1963) 8 ss.

<sup>97</sup> BONFANTE (1974) 49-75 realiza una crítica de la concepción dominante según la cual la persona del fallecido continuaba en el heredero, en lo personal y patrimonial. VOCI (1967) 143-166 habla de la sucesión como institución que suponía la continuación en las relaciones jurídicas del fallecido. SOLAZZI (1972) 265 ss. diferencia entre *familiam habere* y *heres esse*.

<sup>98</sup> LÓPEZ RENDO (2000) 558, nt. 62, recoge las teorías de KASER, WLASSAK, WIEACKER, BIONDI o VOCI sobre la continuidad de la familia y precisamente considera un rasgo de prevalencia de la sucesión intestada sobre la testada la mayor naturalidad de la sucesión en el ámbito doméstico a favor de los descendientes. En la expresión *suus heres*, el sustantivo es *suus*, pues, cuando no se había determinado en testamento, sucedía el heredero doméstico que pertenecía a la casa como si hubiera sido dueño del patrimonio aun en vida del *paterfamilias* continuando la personalidad del señor de la casa. Gai. 1, 156; Instituciones, 1, 15, 1; 2, 19, 2; 3, 2, 1; D. 28, 2, 11 (Paulo, 2 *ad Sabinum*); D. 38, 10, 3 (Paulo, *libro singulari de gradibus et adfinitatibus*.); D. 50, 16, 196, 1 (Gayo, 16 *ad edictum provinciale*); Gelio, 2, 157.

<sup>99</sup>BONFANTE (1974) 97 ss. Aun aceptando que los *sui heredes* eran los herederos normales del *paterfamilias*, insiste en que el padre podía elegir entre ellos o incluso a un extraño previa desheredación de los *sui* en vida del *paterfamilias*.

<sup>100</sup> Gelio 3, 10; Gai. 1, 156. LÓPEZ RENDO (2000) nt. 78.

antes de aceptar o rechazar la herencia<sup>101</sup>. En cuanto a la posible *successio ordinum*, cabe la duda de si se procedía al llamamiento a los gentiles muriendo el agnado antes de aceptar o rechazar la herencia, dado que la vocación a los gentiles propiamente estaba dirigida a la ausencia de agnados a la muerte del causante<sup>102</sup>. A mediados del siglo V a. C. las organizaciones gentilicias mantenían un papel importante en la vida romana<sup>103</sup>, si bien se trataba de una llamada conjunta e indiferenciada, a efectos prácticos debería recaer en un número limitado de *gentiles*.

Gai. 3, 12:

*Nec in eo ire successio est. ideoque si adgnatus proximus hereditatem omiserit vel, antequam adierit decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.*

Gai. 3, 22:

*Item proximo adgnato non adeunte hereditatem nihilo magis sequens iure legitimo admittitur.*

También enuncia Ulpiano, *in legitimis hereditatibus successio non est*<sup>104</sup> lo que suponía que, en caso de muerte del agnado próximo, o se llamaba a los gentiles<sup>105</sup> o se dejaba la herencia vacante, caso en el que, como *res nullius*, podía ser objeto de *occupatio*<sup>106</sup> por cualquiera. Este extremo parece contradecir el espíritu del derecho sucesorio, tan ligado a la familia, siendo más lógico que accedieran a la herencia los pariente vivos del difunto.

---

<sup>101</sup>KASER (1971) 82 ss.; 91 ss.

<sup>102</sup>YARON (1957) 385 ss. CASTÁN (2013) 271 ss.: Si bien no existía un acto formal de aceptación de la herencia en la época de la Ley de las XII Tablas, puede pensarse que tal vez los *adgnati* heredaran automáticamente como los *sui* y sólo se llamaba a los gentiles si no existieran *adgnati*, algo muy excepcional, o cuando el *adgnatus proximus* muriera sin haber podido recibir la herencia, pues aun en presencia de *adgnati* de grado posterior, la prohibición de la *successio graduum* implicaba la llamada al tercer grupo de sucesores. En su opinión “*siendo la gens una institución eminentemente patricia, para los plebeyos la sucesión intestada sólo tenía dos órdenes de llamamientos y ese tercer llamamiento suponía una mayor protección de los intereses patricios, de sus riquezas y patrimonios. La Ley de las XII Tablas constituye una etapa en el proceso de conquistas democráticas tras las luchas sociales patricio-plebeyas, siendo uno de los pilares de las reformas constitucionales y del posterior desarrollo de las instituciones jurídicas romanas, cumpliendo el carácter sintético y no analítico de sus preceptos con la necesidad primaria de proporcionar seguridad jurídica especialmente a los plebeyos*”.

<sup>103</sup>CASTÁN (2013) 274 ss.; RIBAS ALBA (2009) 125- 146.

<sup>104</sup>*Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 5.

<sup>105</sup>Cicerón, *De oratore* 1, 39, 176 ; Gai. 3, 17; y *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 1.

<sup>106</sup>CASTRO SÁENZ (2002) 144-145; 180 ss.; 199-200; 317 ss.; 343 ss.

YARON<sup>107</sup> manifiesta una opinión que matiza ese principio, pues entiende que, a diferencia del tratamiento con los gentiles, los *agnati* no se tomaban como una clase pues no existía el derecho de representación entre ellos. Falleciendo una persona sin *sui heredes* y dejando un hermano vivo, su *adgnatus proximus*, en el supuesto que hubiera tenido otro hermano que falleció dejando descendencia, le sucedería sólo el primero, y no los hijos del segundo hermano, porque si bien el texto decemviral no recogía ni negaba la *successio graduum*, los juristas resolvían en esa dirección. La reforma pretoria, con su apertura hacia el parentesco de cognación habría moldeado el concepto de *adgnatus proximus* de forma restrictiva, de forma que rechazando o muriendo antes de la aceptación, no se llamaría a otro pariente y los cognados podrían pedir la *bonorum possessio* por la tercera clase, en la que, por cierto, también estaban incluidos los agnados que tuvieran parentesco de sangre<sup>108</sup>. Por ello, la regla que negaba la *successio graduum* pudo ser posterior a la Ley de las XII Tablas, pero, una vez que el ordenamiento había negado, contra la opinión de algunos juristas, la aplicación de la sucesión en la delación a la clase *unde legitimi*, formalmente aún debieron pasar siglos hasta que Justiniano<sup>109</sup> equiparara el tratamiento civil con el pretorio, admitiendo la sucesión en la delación lo que, por cierto, se ha venido interpretando como un giro curiosamente beneficioso para los agnados en un momento en que la tendencia era favorecer la *cognatio*<sup>110</sup>.

Una vez delimitado el concepto de agnado, nos encontramos con los llamados *consanguinei*, de nuevo un concepto de elaboración jurisprudencial, que se concretaba en los hermanos, el primer grupo entre los agnados:

*Tituli ex corpore Ulpiani* 11, 4:

*Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes eiusdem familia, veluti patruum, filii patris, patruelas.*

---

<sup>107</sup> YARON (1957) 385 ss. A veces pasan por ser propias de la ley decemviral cuestiones que trata la jurisprudencia, como Gai. 3, 23: *Item feminae agnatae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent*, una restricción republicana de la capacidad de suceder *abintestato* las mujeres agnadas, pero Gayo parece asumir que procede de la Ley de las XII Tablas.

<sup>108</sup> Paulo, *Sententiae*, 4, 8, 20; Instituciones 3, 2, 3 a.

<sup>109</sup> Instituciones 3, 2, 7. El agnado es tutor legítimo, a falta de designación en testamento de dicho cargo, y también heredero del impúber sin padre. Si el tutor muriera antes de alcanzar el pupilo la pubertad, debería ser sustituido por el *adgnatus proximus*, de nuevo hipotético heredero del menor. En definitiva, si bien es cierto que no estamos ante la sucesión del menor, que está vivo, por primera vez una norma recoge expresamente la *successio graduum* de los agnados

<sup>110</sup> YARON (1957) 385 ss. Fue abolido en el año 543 d. C. cuando se reorganiza la sucesión intestada.

En conclusión, el *ius civile* arcaico estuvo obsesionado con la continuidad de la familia y el culto religioso, lo que casaba mal con la existencia de una libertad absoluta de disponer por testamento que podría traer consigo la disgregación del patrimonio familiar e incluso su traslado fuera del círculo agnaticio<sup>111</sup>.

Las *tabulae* 5, 4 y 5,5 conformaron la sucesión *mortis causa* en base a los *mores maiorum*, situándose en el centro de este sistema que regulaba el destino de los bienes del grupo familiar el elemento religioso, inseparable en esos siglos del *ius*, y el parentesco agnaticio: no en vano, *familia* era el término que calificaba el objeto patrimonial de la sucesión a la muerte del *paterfamilias*. Es evidente que la Ley de las XII Tablas hizo prevalecer al testamento sobre la sucesión intestada pero debió ser menos frecuente en épocas más remotas cuando mayoritariamente la sucesión era intestada. Siglos después, superadas ciertas circunstancias religiosas y sociales, se consagraría el predominio del *testamentum per aes et libram*<sup>112</sup> ya en época republicana, la máxima expresión de la voluntad del *civis*<sup>113</sup> y el negocio privado por excelencia, tan apreciado por los romanos.

### 3. *Consortium ercto non cito*<sup>114</sup>.

Con el término *consortium ercto non cito* o *consortium inter fratres* se denomina a la comunidad de bienes constituida automáticamente a la muerte del *paterfamilias*<sup>115</sup> entre los *heredes sui* quienes ostentarían una cotitularidad solidaria sobre la *res familiaris*. Pese a la oscuridad y escasez de fuentes sobre el instituto, la doctrina ha tratado de esclarecer la propia denominación, naturaleza, objeto y la previsible organización interna de este particular tipo de comunidad.

Los fragmentos descubiertos en Egipto y conocidos como Gayo Antinoense, se refieren a esta institución, no suficientemente valorada y con repercusiones en el ámbito de los derechos reales, las obligaciones, el derecho de familia y la sucesión *mortis causa*. Esta versión es más extensa que la del Gayo veronés, a la vez que más lógica desde un punto de vista gramatical, lo que induce a pensar que los fragmentos egipcios son anteriores.

---

<sup>111</sup> Gai. 2, 156.

<sup>112</sup> VARELA (1978) 535 ss., 545, nt. 33; KASER (1971) 668 ss. y 695-697; RIBAS ALBA (1998) 13 ss.; CASTÁN (2013) 205 ss.

<sup>113</sup> CASTRO SÁENZ (2002) 129-141; 177 ss.; 362 ss.

<sup>114</sup> KASER (1971) 95 ss.; VOICI (1967) 59-64.

Gai. 3, 154 a:

*Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur *ercto non cito*, id est domino non diviso: *erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: iere autem dividere est: unde caedere et secare et dividere dicimus.**

La mención que del consorcio *ercto non cito est dominio non diviso*<sup>116</sup> hace Gayo como instituto original de los romanos, *est autem aliud genus societatis proprium Romanorum*, permite contraponerlo a la *societas* de carácter voluntario, a la vez que nos pone sobre aviso acerca de sus tres rasgos definitorios: la pertenencia al mismo de los *sui heredes* del fallecido, el carácter automático de su constitución, independiente de la voluntad de los consortes, y, finalmente, su originaria indivisibilidad.

El consorcio es definido como una comunidad porque concurren varios titulares dominicales coetáneamente sobre unos mismos bienes. No obstante su carácter temporal, la suma de factores espirituales y familiares mantendría a los consortes unidos hasta que se manifestara su voluntad en contra del condominio, pudiendo abandonarlo.

La pertenencia al consorcio venía determinada por el parentesco entre los copropietarios, una manifestación del interés de las normas sucesorias en perpetuar la familia y su patrimonio a la muerte del *paterfamilias*. El carácter parental no obstaba a la generación durante la vida del consorcio de derechos y obligaciones entre los comuneros y, en ocasiones, también frente a terceros, por lo que ha sido considerado el antecedente de la sociedad universal.

Tal y como hemos expuesto al reflexionar sobre la sociedad romana arcaica y la importancia de la familia como organismo social, el destacado papel del *paterfamilias*, si bien superada ya la visión del mismo como jefe político, otorgaba estabilidad al grupo. Para GUTIÉRREZ-MASSON<sup>117</sup>, en esos tiempos resultaría más correcto hablar de posesión que de propiedad, en tanto situación fáctica de relación entre los hombres y los bienes que necesitaban para sobrevivir. Mientras que los bienes muebles habrían sido objeto de posesión individual, la

---

<sup>116</sup> GUTIÉRREZ MASSON (1994) 66-69 sobre la etimología del término, *erctum* vendría a ser “dividido” y *citum* “provocado”, por lo que una traducción aproximada sería consorcio originado por la división no provocada por ninguno de los consortes. ARICÒ ANSELMO (2001) 149-192.

<sup>117</sup> GUTIÉRREZ MASSON (1994) 23; ARICÒ ANSELMO (2001) 150 ss.



tierra debió comenzar siendo poseída por las *gentes*, después por la familia *communi iure*, hasta acabar en manos del individuo.

La *gens*<sup>118</sup> era el grupo humano amplio cuyos miembros eran capaces de remontarse a un antepasado común, real o legendario, y otorgaba el *nomen gentilicium* transmitido a los varones<sup>119</sup>. Su carácter previo al Estado se demuestra por la existencia de los *sacra gentilicia*, diferenciados de los *sacra publica*, así como por los derechos hereditarios que recoge la Ley de las XII Tablas en el caso que el *paterfamilias* falleciera intestado sin *heredes sui* o agnados para sucederle (*tabula* 5, 4). El mismo Cicerón<sup>120</sup> nos recuerda que los derechos de los gentiles pervivieron durante la época clásica, aún como vestigio del pasado.

La tierra y el ganado, *pecus*, eran bienes imprescindibles para la vida económica de la familia. El ganado menor, los útiles para la caza y pesca, las joyas y adornos, el mobiliario o la ropa, escapaban de la posesión colectiva y pronto se diferenció entre la tierra y estos bienes muebles. Las *res Mancipi* (tierras, pastos, bosques<sup>121</sup>) eran de propiedad colectiva en la sociedad arcaica, pero ya la Ley de las XII Tablas mencionaba la apropiación individual<sup>122</sup>. puede que la primera manifestación de la propiedad fundiaria individual fuera la entrega a cada *paterfamilias* de *dos yugadas de tierra, donde se erigían casa, establos y un pequeño vergel o huerto*, transmitido de generación en generación, tomando el nombre de *heredium*. Los plebeyos no habrían participado en el reparto de tierras, y carecían de medios suficientes para subsistir, debiendo tomar dinero a préstamo de los patricios con la consiguiente sujeción física a los prestamistas, *nexum*, abolida por las *lex Poetelia Papiria* en el año 326 a. C.<sup>123</sup>.

El *heredium* era mucho más que una parcela de terreno: irresolublemente unido al culto doméstico, su valor extrapatrimonial le concedía un carácter sagrado y debía ser transmitido a las generaciones venideras. El consorcio *inter fratres* puede incardinarse en ese momento previo al nacimiento del Estado en el que aún la *familia communi iure* convive con la *gens* ejerciendo el modelo de familia en sentido amplio un papel de puente entre la propiedad gentilicia y la propiedad individual, que se manifiesta en la escisión en la *familia proprio iure*.

Al igual que los *sacra*, el consorcio estuvo especialmente arraigado en un contexto local y temporal determinado, es decir, las zonas rurales en una época en la que el sentimiento religioso obligaba a la perpetuación de la familia y era el eje en torno al que giraba la vida

---

<sup>118</sup> ARANGIO-RUIZ (1974) 519 ss.

<sup>119</sup> RIBAS ALBA (2012) 81-90.

<sup>120</sup> Cicerón, *In Verrem* 2, 1, 116; Cicerón, *De oratore* 1, 35, 176.

<sup>121</sup> SERRAO (1987) 59. Esa propiedad colectiva coexistiría con la individual sobre pequeños lotes de tierras.

<sup>122</sup> GUTIÉRREZ-MASSON (1994) 48 acerca de la identificación del *ager publicus* de la Monarquía con el *ager gentilicius*, así como la concesión a la *gens Claudia* de un territorio.

<sup>123</sup> GUTIÉRREZ-MASSON (1994) 49.

doméstica. Precisamente en estas coordenadas se entiende su constitución espontánea, por el mero hecho del parentesco, tras el hecho natural de la muerte del *paterfamilias*, naciendo el consorcio sin dilación y sin necesidad de actos formales<sup>124</sup>. Sin duda esta comunidad familiar obligatoria viene a apoyar la tesis de la prevalencia de la sucesión intestada en la época arcaica. Y precisamente esa constitución automática tras el deceso del *paterfamilias* viene a constituir la principal diferencia entre el *consortium erecto non cito* y la *societas ad exemplum fratrum suorum* constituida sobre la base de un acuerdo, como certeramente explica Gai. 3, 154 a.

Las dos cuestiones más relevantes que han tratado diversos estudiosos sobre el consorcio serían, por una parte, la definición de quiénes fueran los *fratres* integrantes del mismo, y, seguidamente, el objeto material sobre el que se constituía la comunidad.

Acerca de la primera cuestión, con el término *sui heredes* se designa a los parientes que alcanzarían el carácter de personas *sui iuris* al morir el *pater*, como los hijos naturales y adoptivos, la esposa *in manu* del fallecido y los descendientes de hijos premuertos o que salieron de la familia quedando *in potestate* de su abuelo (asimismo, la *nurus in manu* en esos casos). Tal y como vimos, la existencia de dos versiones diferentes de la *tabula 5, 4* se muestra como un obstáculo importante al tratar de definir quiénes fueran los *fratres*, puesto que el modelo retórico obvia referirse a los *sui heredes*. Lo anterior repercute, además, en el objeto del consorcio, pues Cicerón, *De inventione*, 2, 50, 148 (= *Rhetorica ad Herennium* 1, 13, 24) menciona que los agnados y los gentiles sucederían en la *familia pecuniaque*, expresión presente en la fórmula de la *mancipatio familiae*.

La difícil equiparación entre los *fratres* y los *sui heredes* lleva a MONACO<sup>125</sup> a pensar en una sucesión colectiva, de agnados y gentiles, como si la Ley de las XII Tablas se encontrara

---

<sup>124</sup>GUTIÉRREZ MASSON (1994) 81-82: Gai. 3, 154 a y b recoge, junto al *consortium erecto non cito*, el *consortium ad exemplum fratrum suorum* de carácter voluntario, en el que podían participar personas que no fueran parientes entre sí mediante petición ante el pretor con una *legis actio*. MONACO (2000) 35 ss. Algunos autores han llegado a la consideración de los hijos, en vida del *paterfamilias*, *quodammodo* propietarios del patrimonio familiar, como avalaría D. 28, 2, 11 (Paulo, 2 *ad Sabinum*) pues el hecho de que debiera el *paterfamilias* destinarlos a un fin común y no individual originaba esa ficción de que pertenecían a todos por igual. No obstante, jurídicamente no era así y la finalidad del *consortium erecto non cito* no era otra que evitar la disgregación del patrimonio familiar a la muerte del *de cuius* cuando aquellos parientes, antes sometidos al *paterfamilias*, devienen *sui iuris*.

<sup>125</sup>MONACO (2000) 44. Si los agnados son los *fratres*, el término iría más allá del hermano de sangre abarcando una serie de personas como los primos, a los que con el tiempo se llamarán *patruelis* o *consobrinus* una vez restringido al hermano el término *frater* o *frater germanus*. Cicerón, *Ad Atticum* 1, 5, 1; Catón el Censor, *De agri cultura*, 6, 2. Entre los *fratres* estaban los *sui heredes*, como agnados más próximos, pues el *consortium* habría sido un eslabón intermedio entre una sucesión intestada arcaica de marcado carácter colectivo y la sucesión que tiende a lo individual. Desde otra óptica, expone MONACO (2000) 47, nt. 58 la opinión de VOCI que defiende una originaria capacidad sucesoria de la mujer, considera el consorcio como un conjunto de agnados que conviven bajo el mismo techo. En base a un espíritu de concordia los adultos actuarían en nombre de los impúberes, los hombres en nombre de las mujeres, los presentes o los ausentes, y todos ellos con plenos poderes.

con esta estructura de comunidad arcaica referida a los parientes más cercanos hasta los sobrinos, siendo el consorcio la plasmación de ese orden que se prolongó un tiempo después del texto decemviral. Si acaso, la inclusión de un medio procesal para romper la comunidad, la *actio familia erciscundae*, lo habría convertido en voluntario y reducido sólo a los parientes verdaderamente próximos. Para aceptar esta tesis, debe admitirse la prevalencia de la versión retórica de la Ley de las XII Tablas y que la categoría de los *sui heredes* fuera una elaboración jurisprudencial que podía salvarse por el *pater* mediante la *exhereditio*<sup>126</sup>, pero, como expusimos anteriormente, existen argumentos para considerar válida y ajustada al original la versión jurídica ulpiana.

En relación al objeto del consorcio, institución que pudo ser frecuente en época monárquica y comienzos de la República, la *tabula* 5, 4 indica que se extendía a la *familia*, es decir, a los bienes que componían la riqueza colectiva de la comunidad familiar (*res Mancipi*) que son muchas veces contrapuestos a *pecunia*. En efecto, se reserva este término a los bienes de disfrute individual y sobre los que el *paterfamilias* tenía poder de disposición individual (*res nec Mancipi*)<sup>127</sup>, por lo cual el consorcio se creaba para que las tierras, esclavos y animales de tiro y carga estuvieran bajo el poder comunitario de los *fratres*. No obstante, debe aceptarse con reservas esta división, pues muchos de los bienes que no se incluyen en la *familia* pueden alcanzar un gran valor económico, como el ganado menor (*pecus*), el mobiliario o las joyas de los que el padre de familia podía desprenderse libremente en vida y a su muerte, lo que puede de nuevo conducirnos a avalar como la más apegada al *ius vetus* la versión jurídica de la *tabula* 5, 4 que no mencionaba, a diferencia de la versión retórica, la dicotomía *familia pecuniaque*.

Por tanto, podría reconsiderarse la anterior clasificación de bienes, de forma que *pecunia* acogiera todo tipo de ganado, mayor y menor, y que la referencia a la *familia* fuera en realidad una forma de acoger dos realidades: una personal, como los individuos sometidos al *paterfamilias* (primeros los libres y luego también la mano de obra esclava) unidos por el mismo culto doméstico, y otra realidad de tipo patrimonial que estaría haciendo referencia a los bienes pertenecientes a ese grupo de personas como forma de propiedad colectiva<sup>128</sup>. Precisamente éste último significado podría relacionarse con lo expuesto en la *tabula* 5, 5 sobre la *actio familia erciscundae*, acción que permitía a los consortes salir de la comunidad espontánea que se había constituido al morir el cabeza de familia. En definitiva, *familia* equivaldría a *patrimonium* y sería el objeto del *consortium erecto non cito*, pues, en palabras de

---

<sup>126</sup> MONACO (2000) 45 ss.

<sup>127</sup> Cicerón, *De inventione* 2, 50, 148; BONFANTE (1926) b 64 ss. y 263 ss.

<sup>128</sup> KASER (1971) 45 ss.

VOCI, entre *familia* y *pecunia* no hay contraposición, pues la *pecunia* forma parte de la familia, y por eso la Ley de las XII Tablas indica el objeto de la sucesión con la voz familia<sup>129</sup>.

Las reglas internas de funcionamiento del consorcio, coherentemente con el grado de desarrollo de la sociedad en que se desenvuelve, no pudieron ser minuciosamente detalladas. Así, entiende GUTIÉRREZ MASSON<sup>130</sup> que los *mores maiorum* guiaron a los consortes en sus relaciones y actuaciones, y que utilizarían su poder en beneficio del grupo familiar, conduciéndose cada uno de ellos como propietario. Ciertamente, parece del todo ajeno a la mentalidad romana arcaica la consideración del consorcio como suma de cuotas de los partícipes.

La finalidad del consorcio era la conservación y perpetuación del patrimonio familiar: los *fratres* serían iguales en derechos y podrían tomar decisiones de contenido económico sobre los bienes objeto del consorcio tales como transmisiones, uso y disfrute o adquisiciones corriendo el consorcio con los gastos que pudieran ocasionarse. En definitiva, el *consortium* supondría la reafirmación de un grupo familiar más reducido evitando la apropiación por los gentiles de la herencia, quedando vedada hasta la Ley de las XII Tablas la posibilidad de división de dicha sociedad. Es posible que, al plantearse serios problemas en el ejercicio de la potestad, se optara por un ejercicio colectivo o por turnos<sup>131</sup>, y, si las actuaciones de alguno de los comuneros perjudicaran el interés general, los otros tendrían en su mano el *ius prohibendi* como solución previa a la petición de división del *consortium*.

En conclusión, el *consortium erecto non cito* habría nacido sustentado en factores religiosos, éticos, económicos y sociales, con las miras puestas en la conservación de la unidad familiar que rendía culto a las mismas divinidades y conservaba los sepulcros familiares. Siendo el grupo familiar una comunidad de vivos y muertos, a la muerte del *paterfamilias* lo aconsejable era que los *sui heredes* mantuvieran unido el patrimonio familiar y evitaran cualquier resquebrajamiento, puesto que la sociedad romana arcaica se basaba en el sentido de pertenencia al grupo. Todo ello inducía a los *sui* a permanecer unidos y a considerar como odiosa la disgregación, aunque también motivos económicos aconsejaban aunar esfuerzos en una economía de subsistencia para lograr el autoabastecimiento. A la muerte del *paterfamilias*,

---

<sup>129</sup> VOCI (1967) 23 ss. Cicerón, en su versión de la *tabula* 5, 4, habría pretendido señalar que la *pecunia* también formaba parte de la sucesión, en un tiempo en que se habría pasado de una economía ganadera y agrícola al comercio. Para GUTIÉRREZ MASSON (1994) 93, también Gai. 2,104 se refiere a ambas modalidades patrimoniales.

<sup>130</sup> GUTIÉRREZ MASSON (1994) 95.

<sup>131</sup> MONACO (2000) 39, menciona a SOLAZZI quien entiende que uno de los consortes fuera elegido como administrador.

de nuevo se percibía como antieconómica la división, pues la segregación de recursos los haría insuficientes para las nuevas unidades familiares.

No obstante lo anterior, y aunque los *mores maiorum* impulsaban la indivisibilidad, no llegaron a imponerla y, en ocasiones, los *fratres* decidieron optar por la separación. Verdaderamente, la Ley de las XII Tablas fue innovadora al establecer un mecanismo procesal para lograr la división del consorcio. Así :

*tabula 5, 5:*

*Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ageretur lex iussisset lex XII Tabularum...Item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit.*

Posiblemente, las situaciones de crisis precedentes debieron resolverse mediante el arbitrio, caso de no alcanzarse un acuerdo, pues la situación natural sería que los consortes amistosamente alcanzaran un acuerdo para romper su comunidad.

En otro orden de cosas, la disgregación conllevaba no sólo la disminución del patrimonio declarado, sino en ocasiones, el descenso a una clase censitaria con menos protagonismo político, aparte de los efectos en el culto familiar<sup>132</sup>. Tras las guerras con Cartago, Roma se hace dueña del Mediterráneo y llegan tiempos de abundancia que conllevan el despunte de la propiedad individual y del comercio, así como las consiguientes transformaciones sociales que determinaron el declive del *consortium erecto non cito*, tan ligado a los principios de la sociedad arcaica tradicional.

La doctrina, igualmente, ha prestado especial atención a los poderes de sus integrantes así como la necesidad o no de un acto formal constitutivo<sup>133</sup>. Pese a que los cambios sociales y económicos a partir del siglo IV a. C. erosionaron la propiedad colectiva y los principios familiares, en la República pudo mantenerse esta institución seguramente por la pervivencia del culto doméstico y porque la tierra y el ganado seguían siendo el principal medio de riqueza,

---

<sup>132</sup> CASTÁN (2013) 215 ss. acerca de los medios de salida del consorcio previos a la legislación decemviral, se refiere a la actuación de los pontífices o a la mediación de un tercero que actuara como *arbiter*. Si bien autores como GIOFFREDI, proponen que existiera la *actio familiae erciscundae* con anterioridad a la Ley de las XII Tablas.

<sup>133</sup> MONACO (2000) 36, nt. 3 enumera las aportaciones doctrinales sobre el consorcio, distinguiendo entre aquellos que, como FRANCIOSI, entendían que la *actio familiae erciscundae* supuso un cambio en su naturaleza al poderse abandonar dicha comunidad, mientras que otros autores como LEVY, o BETTI consideran que la norma decemviral en realidad ya reconocía el ejercicio de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y que siempre existió la posibilidad de romper la comunidad.

encontrando en el *consortium* un adecuado vehículo de administración y gestión del patrimonio que evitaría el empobrecimiento y el recurso a prestamistas.

En cuanto a su desaparición de la vida romana, una vez más, hemos de referirnos a la patrimonialización de la herencia en un entorno económico y social en el que el testamento se había impuesto a la sucesión *abintestato*. Pues, tal y como dice CASTÁN<sup>134</sup>, el *consortium* no se entendía cuando se designaba un único heredero testamentario, por lo que pudo ser en tiempos remotos una limitación al poder decisorio del *paterfamilias*, sometido a cortapisas de orden religioso, moral y jurídico, para evitar un ejercicio abusivo de la *patria potestas*<sup>135</sup>.

#### 4. *Hereditas* y tutela en el texto decemviral<sup>136</sup>.

En la etapa arcaica, el instituto de la tutela se encuentra irremediadamente unido a la sucesión *mortis causa* dado que su ejercicio sobre impúberes y mujeres correspondía a los parientes agnados de los mismos si el *pater* no hubiera designado un tutor en el testamento:

*tabula 5, 3:*

*uti legassit (super pecunia tutelave) suae rei, ita ius esto*<sup>137</sup>.

Una vez más, se hace necesario recordar las dificultades de reconstrucción del texto que, en cuanto a la *tabula 5, 3* supone interpretar la posibilidad del testador de nombrar tutor tan sólo a los impúberes, estando encomendada siempre la tutela sobre las mujeres a los agnados. MONACO<sup>138</sup> no lo cree verosímil, sino más bien producto de una mutilación de los compiladores.

La tutela arcaica, potestativa, era en realidad un instituto muy similar a la *patria potestas*, teniendo en cuenta que la doctrina predominante aísla la *tutela impuberum* de la *tutela mulierum*, pues no las considera funcionalmente asimilables. En efecto, la primera se inspiraba en la inmadurez física y psíquica del menor que no había llegado a la pubertad, mientras que la otra figura de tutela era imposible de justificar según esos criterios, y respondía más bien al interés por facultar a los parientes cercanos, amparándose en una serie de prejuicios sociales

---

<sup>134</sup> BONFANTE (1974) 409 ss.

<sup>135</sup> RIBAS ALBA (1998) 111 ss.; RABELLO (1979) 15 ss.

<sup>136</sup> LA PIRA (1930) 121- 130; 155-159.

<sup>137</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 11, 14.

<sup>138</sup> MONACO (2000) 82. Precisamente Gai. 1, 165 así como D. 26, 2, 20,1 (Paulo, 38 *ad edictum*) siguen esta interpretación.

sobre la *levedad de ánimo*<sup>139</sup> de las mujeres, a fin de impedir un posible despilfarro del patrimonio. Precisamente estas diferencias llevarían a la paulatina desaparición de la *tutela mulierum* al incrementarse el papel de las mismas en la vida económica aunque la *tutela impuberum* se mantuvo a lo largo de los siglos<sup>140</sup>.

Gayo mencionaba ambas formas de tutela<sup>141</sup> pero se refería a la tutela legítima como recogida por la Ley de las XII Tablas<sup>142</sup>, omitiendo la tutela testamentaria para las mujeres<sup>143</sup>. Esta posición se revela incoherente con la posibilidad del nombramiento por el testamento de un tutor para los impúberes fuera del círculo familiar si en ambos casos se buscaba salvaguardar las expectativas de los *adgnati*, próximos en la línea de sucesión tanto del impúber como de las mujeres de la casa<sup>144</sup>, por lo que no se entiende que se privara al *paterfamilias* de elegir tutor sólo para su hija.

Al no ser pacífico el contenido de la *tabula* 5, 3 como vimos anteriormente, y con el apoyo de textos como D. 50, 16, 120 (Pomponio, 5 *ad Quintum Mucium*) hay autores que entienden que la tutela testamentaria de las mujeres sería una creación jurisprudencial en un intento de los prudentes por aliviar el carácter potestativo de la institución. Sin embargo, en relación a la tutela testamentaria, hallamos noticia en Livio<sup>145</sup> del nombramiento de Tarquinio Prisco por testamento como tutor de los hijos de *Anco Marcio*. En el episodio de las vírgenes de Ardea<sup>146</sup>, acaecido en el siglo V a. C., se hablaba de esta posibilidad igualmente<sup>147</sup>.

Lo que parece aceptar la doctrina es que las formas más antiguas de la tutela legítima<sup>148</sup> y testamentaria estuvieron inexorablemente ligadas a la figura del heredero, como indican:

---

<sup>139</sup> ZANNINNI (1967) 293-367; VIPARELLI (2007) 5843 ss.; RODRÍGUEZ MONTERO (2013) 205 ss.

<sup>140</sup> MONACO (2000) 74 ss. Aunque las fuentes clásicas se refieren a ese poder ejercido sobre impúberes sin *pater* o mujeres no sometidas al *pater* o al marido (o suegro) como *tutela*, para MONACO no es tan obvio que en la época arcaica ese término se aplicara a dicho poder. Así, cuando la *lex Atilia de tutore dando*, de finales del siglo III a. C. utiliza el término *tutela* ya ha adquirido la institución matices de protección del tutelado. Varron, *De lingua Latina*, 7, 12 hace derivar el término de *tueor*, que por cierto más que significar proteger o custodiar indica mirar, observar. En latín clásico persiste el uso atécnico del término *tutela*. Paulo se refiere genéricamente, como apoyo o ayuda. Gelio, 12, 3, 4 relaciona *tutela* con *tuendo*, con un sentido de custodia.

<sup>141</sup> Gai. 1, 157 y 1, 165. La tutela legítima de los libertos impúberes y las libertas se derivarían implícitamente del texto decemviral al considerar que aquellos que iban a suceder a los libertos (*patronos* y sus descendientes) la ejercerían.

<sup>142</sup> Gai. 1, 164; Instituciones, 1, 16, 7; D. 26, 4, 9 (Gayo, 12 *ad edictum provinciale*); C. 5, 30, 2 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Asclepiodoto. Ad agnatos pupilli iure legitimo sollicitudinem tutelae pertinere, nisi capitis deminutionem sustinuerunt, manifestissimum est. S. Ill non. April. AA. cons. [a. 293]*.

<sup>143</sup> Ciceron, *De inventione*, 2, 50, 148: *paterfamilias uti super familias pecuniaque sua legassit, ita ius esto*.

<sup>144</sup> D. 26, 2, 20, 1 (Paulo, 38 *ad edictum*).

<sup>145</sup> Livio 1, 34, 12.

<sup>146</sup> Livio, 4, 9. CANTARELLA (1997) 37.

<sup>147</sup> Plutarco, Numa 10, 5. Las Vestales, desde la época de Numa, estuvieron exentas de tutela.

<sup>148</sup> Instituciones, 1, 15, 2 y Gai.1, 155.

Livio, 34, 2, 11:

*Maiores nostri nulla, ne privatum quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt, in manu esse parentium, fratrum, virorum.*

D. 50, 17, 73 pr. (*Quinto Mucio libro singulari*):

*Quo tutela redit, eo et hereditas pervenit nisi cum feminae heredes intercedunt.*

BONFANTE<sup>149</sup> cree que existe la coincidencia entre tutor y heredero en la sucesión legítima, donde el título de *heres* absorbía la tutela de los impúberes y de las mujeres. SANZ<sup>150</sup> se refiere a la interpretación que hace SOLAZZI de D. 26, 4, 6 (Paulo, 38 *ad edictum*) en el sentido que los agnados eran llamados a la tutela sólo para la sucesión *abintestato*, pues en presencia de testamento con un heredero instituido, ya éste sería tutor. No faltan autores que niegan que la Ley de las XII Tablas contuvieran una disposición específica sobre la tutela, pues la *potestas* sobre impúberes y mujeres a la que se refiere Paulo podrían considerar el poder sobre impúberes y mujeres entre los conferidos al *heres*. Después de la Ley de las XII Tablas, la jurisprudencia se referiría al *adgnatus proximus* sin identificarlo como heredero, perdiendo la tutela su carácter potestativo tanto para impúberes como para mujeres. Es importante poner el acento en la prohibición de la *abdicatione tutelae* que se imponía al tutor legítimo, en paralelo a lo exigido al *heres necessarius*, pero no al tutor testamentario. Al tiempo de Gayo, el tutor legítimo de la mujer, a diferencia del tutor del impúber, era ya titular de un *onere*<sup>151</sup>.

En la época clásica, la tutela ya se configura como una institución más bien asistencial y con matices de protección, defensa o custodia del tutelado (impúber o *mulier*) tanto por los tutores legítimos como por los testamentarios<sup>152</sup>.

Como consecuencia de la habitualidad de la sucesión intestada, la tutela legítima habría sido más frecuente, pues las fuentes<sup>153</sup> aportan testimonios que indican que en la República no se podía nombrar tutor testamentario a las mujeres con agnados<sup>154</sup>. Por supuesto los tutores estaban muy preocupados en proteger el patrimonio familiar<sup>155</sup> en cuanto herederos potenciales que

---

<sup>149</sup> BONFANTE (1974) 560.

<sup>150</sup> SANZ (2009) 5 ss.

<sup>151</sup> BIONDI (1954) a 52-73; ZANNINNI (1967) 293 ss.; SOLAZZI (1927) 55-60.

<sup>152</sup> Gai., 1, 165 así como D. 26, 2, 20, 1 (Paulo, 38 *ad edictum*) acerca de la *tabula* 5, 3 que nos ha llegado con diferentes versiones, en una de las cuales sólo se permite al testador nombrar tutor a los impúberes, pasando las mujeres a la tutela agnaticia. MONACO (2000) 82 no lo cree verosímil sino más bien una mutilación de los compiladores.

<sup>153</sup> MONACO (2000) 87 ss.; EVAN GRUBBS (2002) 16 ss.; 23 ss. 236 ss.

<sup>154</sup> SANZ (2009) 1-26; (2020) 1-42; BIONDI (1954) a 52-73; SOLAZZI (1927) 55-60.

<sup>155</sup> MONACO (2000) 77 sobre la etimología del término. D. 26, 1, 1 (Paulo, 38 *ad edictum*). MATTIANGELI (2012) 2-28; BACCARI a (2007) 250-262; VOICI (1967) 71 ss.



aspiraban a controlar un patrimonio que sería suyo en el futuro. La preeminencia de la agnación en el nombramiento de tutores podía llegar al absurdo de nombrar tutores de la mujer a sus hijos varones, jurídicamente *adgnati* de ésta. Por contra, la designación de la tutela vía testamento pudo favorecer a las mujeres como anticipo de la posibilidad, que llegaría al cabo de los siglos, de elegir ellas mismas la persona que las tutelara. En contra de esta tesis, y coherentemente con la suya de prevalencia del testamento, BONFANTE<sup>156</sup> considera la tutela testamentaria como anterior a la legítima que sería residual y recaería en los agnados.

## II. Evolución histórica de la capacidad sucesoria *abintestato* de la mujer romana.

1. Los obstáculos jurídicos, morales y religiosos para la sucesión intestada de las mujeres en época arcaica.

Si bien algunos autores se muestran partidarios de una capacidad plena y originaria de las mujeres para suceder en ausencia de testamento, la doctrina mayoritaria considera que su admisión a la sucesión legítima se adquiere sólo tras una larga evolución<sup>157</sup>.

La escasez de referencias a esta cuestión en fuentes previas a la Ley de las XII Tablas dificulta notablemente su esclarecimiento, pues, si está generalmente aceptado que el texto decemviral consagraba la igualdad entre sexos en la sucesión *abintestato*, debido al lastre que supuso la tutela potestativa de los agnados sobre las mujeres, pasarían siglos hasta se alcanzara de *facto* la verdadera equiparación.

Las *leges regiae*, disposiciones normativas atribuidas a los reyes<sup>158</sup>, podrían haberse referido a esta cuestión, y varios sucesos acaecidos<sup>159</sup> en aquellos tiempos, que, por supuesto debemos abordar con cautela al tratarse exclusivamente de fuentes literarias, pueden ilustrarnos sobre la capacidad sucesoria de las mujeres. Por una parte, nos encontramos con las normas atribuidas al rey Tarquinio Prisco sobre la violación del deber de castidad de las Vestales<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> BONFANTE (1926) a 419 ss.

<sup>157</sup> MONACO (2000) 21 ss. sobre las narraciones históricas acerca de la relevancia social de ciertas mujeres en época arcaica. FRANCIOSI (2003) a 36 ss., alude a una posible capacidad en la época de las *leges regiae*, en las disposiciones *mortis causa* atribuidas a Tarquinio Prisco, Numa Pompilio y Rómulo. Casio Dión, 2, 22, 1; 2, 25, 5; 2, 27, 5 acerca de una posible capacidad sucesoria a las mujeres en época de Rómulo, incluyendo la organización de ciertos cultos. CANTARELLA (1991) a 203 ss.; (1997) 77 ss.; 107 ss.; FIORI (1996) 18 y 233; RABELLO (1979) 60 ss.; SANTALUCIA (1998) 2 y 21 ss.; VERDEJO (1192) 77- 122; 123- 138; VOLTERRA (1948) 110 ss.; WATSON (1972) 100 ss.; ZABLOCKI (1991-92) 157- 179.

<sup>158</sup> Sobre las *leges regiae* KASER (1949) 65 ss.; WATSON (1972) 100 ss.; CANTARELLA (1991) b 205 ss.; (1996) 119 ss.; CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 40; FIORI (1996) 182 ss.

<sup>159</sup> MONACO (2000) 22 ss.

<sup>160</sup> CANTARELLA (1991) b 256 ss.; (1997) 63 ss.

Por otra, a la obra de Dionisio de Halicarnaso y Plutarco sobre la regulación de los reyes Rómulo y Numa Pompilio.

En materia de sucesión testamentaria, siempre destacó la especial posición jurídica de las Vírgenes Vestales. Siendo todo un honor para la familia romana contar con una hija o hermana Vestal, estas mujeres desarrollaban un importante papel en la vida política y económica romana que se complementaba con numerosos privilegios en correspondencia a sus obligaciones. Las fuentes se nos muestran generosas en la descripción de numerosos ejemplos sobre las actuaciones de las Vestales, siempre relacionados con eventos políticos y económicos. Entre sus prerrogativas, se encontraba el indulto de los condenados a muerte, la posibilidad de ser testigos en juicios, y sobre todo, la liberación de la *potestas* y de la *tutela mulierum*. La figura de la Vestal, en definitiva, encarnaba en Roma la unión de sociedad, derecho, religión y política<sup>161</sup>.

En otro orden de cosas, Dionisio de Halicarnaso expone que las mujeres disfrutaron de capacidad sucesoria en época de Rómulo de forma que, a la muerte del *paterfamilias* o del marido sin haber dictado testamento, se convertían en sus herederas en concurso con los hijos y, en ausencia de éstos, en solitario, obteniendo todo el patrimonio. Esta idea no resulta discordante con la afirmación de Dionisio de que la mujer casada compartía con el cónyuge el culto sagrado según una disposición de Numa<sup>162</sup>. No obstante, la obra de Dionisio<sup>163</sup> muestra importantes disonancias con la realidad de la sociedad romana arcaica, puesto que se trata de la aproximación de un griego de la época augustea a acontecimientos acaecidos en etapas muy lejanas en el tiempo, que él presenta desde una óptica moderna. Posiblemente influenciado por sus orígenes, el escritor pudo alterar instituciones jurídicas individualmente consideradas, como ocurre en el asunto de la participación de las mujeres en el culto público y familiar, una afirmación que no se sostiene en relación con las numerosas fuentes que se dedican al fenómeno religioso romano<sup>164</sup>. Asimismo, resulta extraña a la mentalidad arcaica el concepto de cuota hereditaria, como tampoco puede aceptarse el principio de la indisolubilidad del matrimonio conociendo la posibilidad, aun socialmente reprobada, del *repudium* (y la *difarreatio* para deshacer la *manus*)<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> MATTIANGELI (2012) 2-28; BACCARI (2007) a 250-262.

<sup>162</sup> Dionisio de Halicarnaso, 2, 22, 1; 2, 25, 2-5; 2, 27, 4-5; 3, 67, 3.

<sup>163</sup> Aunque la Arqueología romana tiene gran valor, para el segundo libro Dionisio debió utilizar escritos de autores de la época de César y Augusto. Hay autores que lo creen inspirado en Cicerón, *De republica* del año 52 a. C. por su carácter filoaugusteo, al dibujar a Augusto como el nuevo Rómulo.

<sup>164</sup> RIBAS ALBA (2012) 128 ss.; WISSOWA (1971) 380; FUSTEL DE COULANGES (1984) 10 ss.; CASTRESANA (2009) 15-147; MONACO (2000) 70 ss. Cicerón, *De natura deorum* 2, 27, 68; Catón, *De agricultura* 143, 2; Cicerón, *De domo*, 41, 109; Cicerón, *De legibus*, 2, 23, 58.

<sup>165</sup> NÚÑEZ PAZ (1988) b 713-724; PEPPE (1987) 123 ss.

En definitiva, el testimonio de Dionisio de Halicarnaso acerca de una supuesta paridad de sexos en la vida familiar arcaica romana<sup>166</sup> no es acorde con el resto de fuentes jurídicas y extrajurídicas, y, por tanto, debemos negar que en aquellos siglos las mujeres pudieran suceder *mortis causa* al *paterfamilias* y al marido<sup>167</sup>.

Plutarco<sup>168</sup>, igualmente, nos ilustra sobre la posición familiar y social de las mujeres de la etapa arcaica con ejemplos referidos a la época de Rómulo. Las esposas no podían abandonar al marido quien sí ostentaba sobre ellas el derecho de repudiarlas por adulterio, envenenamiento del hijo y falsificación de las llaves de la bodega. A la vez, expone casos diversos en los que parte del patrimonio del marido se entregaba a las mujeres o al templo de Deméter.<sup>169</sup> Plutarco<sup>170</sup> es consciente de la total subordinación en la que vivieron las mujeres romanas en la edad arcaica, habiendo prescrito Licurgo<sup>171</sup> y Numa la cesión de la esposa fecunda a otro hombre privado de hijos, dada la finalidad pública del matrimonio. No es menos cierto que este autor también atribuye a Numa diversas regulaciones sobre la condición femenina por las que se otorgaba a las mujeres casadas dignidad y honores<sup>172</sup>, pero no es suficiente para forzar una supuesta capacidad de las mujeres para suceder *mortis causa*. Podríamos aludir de nuevo al desconocimiento de Plutarco de las costumbres romanas, si bien su testimonio se acerca en ocasiones al de Festo<sup>173</sup>.

---

<sup>166</sup>Dionisio de Halicarnaso, 2, 25, 4; 2, 26, 1. No es compatible siquiera con el segundo libro de su *Arqueología Romana* en el que el propio Dionisio afirmaba que, de acuerdo a la ley romúlea, las mujeres casadas vivían como posesiones del marido o del padre, atribuyendo a Rómulo la primera regulación del *ius vitae ac necis*, la represión del adulterio y la prohibición a las mujeres de beber vino. El castigo era la muerte de la mujer, previa decisión del marido, y una vez reunido el *consilium domesticum*.

<sup>167</sup> VOLTERRA (1991-94) 137 ss.; CANTARELLA (1991) b 205 ss.; (1996) 129 ss.; FIORI (1996) 35 ss.; SANTALUCIA (1998) 5 ss.

<sup>168</sup>CANTARELLA (1991) a 206-208; (1997) 23 ss. Plutarco había relatado la leyenda del rapto de las Sabinas liberadas tras decidir quedarse con sus raptos de todo servicio doméstico salvo la hilatura de lana. Plutarco, *Rómulo* 22, 3; 19, 9. En el mismo sentido, comenta que las mujeres que lo deseaban no realizaban ningún trabajo al vivir casadas, salvo la hilatura de lana.

<sup>169</sup> FIORI (1996) 193 ss.; MONACO (2000) 27 señala un flagrante anacronismo pues el templo de Ceres, correspondencia romana de Deméter, no se inaugura hasta el 493 a. C.

<sup>170</sup> El valor del silencio como virtud femenina se representa en la historia de Tácita Muta, ninfa que hablaba a despropósito, castigada por el dios que le corta la lengua. Conducida al infierno por Mercurio, violada por éste, concibe y da a luz a mellizos, los Lares Compitales, divinidades que protegerán la ciudad. CANTARELLA (1985) 9-18.

<sup>171</sup>Plutarco, *Numa*, 3, 1-2.

<sup>172</sup> Cicerón, *De officiis* 1, 17, 54; Gelio 4, 3, 2; D. 50, 16, 220, 3 (Calístrato, 2 *quaestionum*); *Tituli ex corpore Ulpiani* 3, 3; C. 5, 4, 9 *Imp. Probus A. Fortunato. Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiarum pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.*

<sup>173</sup> Festo, *de verborum significatu*, s.v. *Plorare* (Lindsay, 260); SANTALUCIA (1998) 1-21; RABELLO (1979) 60 ss.

Es bien conocido que, en la etapa arcaica, las mujeres romanas se hallaban fuertemente limitadas por la sujeción al *paterfamilias*<sup>174</sup>, a los agnados que ejercían la tutela sobre ellas en ausencia del anterior, a sus maridos o incluso a sus suegros si entraban *in manu* en la familia del cónyuge *alieni iuris*.

*Tituli ex corpore Ulpiani 22, 14:*

*Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi. sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manus est filii, quem in potestate habemus.*

*Tituli ex corpore Ulpiani 26, 1:*

*Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos qui in potestate sunt ceterosque, qui liberorum loco sunt; si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae.*

La mujer nunca fue *paterfamilias*, y por ello, carecía de *sui heredes* lo que implicaba que sus bienes pasaran a los agnados, sus hermanos y hermanas, tíos y tías o sobrinos y sobrinas en el caso de fallecer sin testamento.

Gai., 1, 156:

*Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrum filius et nepos ex eo. at hi, qui per femini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati. itaque inter avunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et invicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur.*

En cuanto a las expectativas femeninas a la hora de recibir bienes de parientes fallecidos *abintestato*, de nuevo se nos presentan dos posturas doctrinales enfrentadas: la de aquellos autores que, teniendo en cuenta los aspectos extrapatrimoniales tan presentes en la herencia

---

<sup>174</sup>MONACO (2000) 17 ss., destaca entre los poderes del *pater* como matar a la hija tras el estupro. PEPPE (1984) 143 ss.

arcaica, les niegan esa posibilidad originariamente, y la de quienes entienden que desde épocas remotas las mujeres podían ser herederas *abintestato*.

Resulta verdaderamente difícil asumir una capacidad originaria de la mujer en el campo de la sucesión cuando en el resto de materias jurídicas, aún en época tardo republicana, persistían notables diferencias de tratamiento con los varones. Por tanto, concluimos que excluyendo el *ius testamenti faciendi*<sup>175</sup> de que gozaron las Vestales, la mujer romana era considerada incapaz de otorgar testamento y de suceder<sup>176</sup>. En cuanto a la sucesión intestada, los principales obstáculos jurídico-religiosos para aceptar una capacidad de las mujeres previa a la regulación decemviral serían las siguientes: el obligado cumplimiento de los *sacra*, la constitución del *consortium ercto non cito* y la tutela potestativa sobre las mujeres *sui iuris*.

La corriente doctrinal que considera la herencia intestada inalcanzable para las mujeres en los primeros siglos alude a la imposibilidad de otorgar el *nomen*<sup>177</sup> así como a ejercer los *sacra* o el *officium* de tutoras<sup>178</sup>, lo que respondía a una posición en la familia alejada del rol masculino, confinadas en la *domus* y dedicadas a la crianza de los hijos. Si existe un instituto en el que se manifestaría la exclusión de las mujeres a efectos sucesorios es el *consortium ercto non cito*<sup>179</sup>, también llamado *inter fratres*<sup>180</sup>, comunidad de bienes constituida automáticamente entre los *heredes sui* del *paterfamilias* fallecido. Anteriormente vimos que este consorcio suponía una cotitularidad solidaria sobre la *res familiaris*. Algunos autores plantean sus dudas acerca de la participación en el mismo de las mujeres, hijas y *uxor* o *nurus in manu*. En este sentido, MONACO<sup>181</sup> resalta cómo, de entrada, dicho consorcio es adjetivado como *inter fratres* y no también *inter sorores*, aunque pudo deberse a que Gayo diera por hecho que las mujeres estaban incluidas en el término genérico *heredes sui*, en consonancia con el régimen paritario de la Ley de las XII Tablas, siempre y cuando continuara estando *in potestate* o *in manu* con respecto al *de cuius*<sup>182</sup>. Sin embargo, parece poco asumible que en la etapa arcaica

---

<sup>175</sup>Plutarco, *Numa* 10, 5; Gelio, 1, 12, 9-10.

<sup>176</sup>MONACO (2000) 201-208.

<sup>177</sup>CANTARELLA (1997) 63 ss.

<sup>178</sup>MASSIELLO (1979) 3-41; 44-48; RIBAS (2012) 81; MONACO (2000) 70.

<sup>179</sup>GUTIÉRREZ-MASSON (1994) 10 ss.; RIBAS ALBA (1998) 98 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO (2011) 262, 387 y 528; CASTRO SÁENZ (2002) 47-68; 115-147; MONACO (2000) 31 ss.; VOCI (1967) 59 ss.

<sup>180</sup>Cicerón, *De oratore* 1, 56, 237; Gai., 3, 154 a; 154 b; 4, 17 a; Festo, *de verborum significatu*, s. v. *Erctum citumque* (Lindsay, 72).

<sup>181</sup>MONACO (2000) 31 ss. sobre la teoría por la cual a los hijos se les consideraban en cierto modo, *quodammodo*, propietarios del patrimonio familiar: D. 28, 2, 11 (Paulo, 2 *ad Sabinum*). El hecho que el *paterfamilias* debiera destinar los bienes a un fin común y no individual la ficción que el patrimonio pertenecía a todos por igual, pero jurídicamente no era así. GUTIÉRREZ MASSON (1994) 80 ss.; ARICÒ ANSELMO (2001) 155 ss.

<sup>182</sup>AMUNÁTEGUI (2008) 3 ss. Si bien la mayor parte de la doctrina cree que el matrimonio *sine manu* nace en el siglo II a. C. este autor cree que la diferenciación entre *manus* y matrimonio es más antigua, debiendo adelantarse la escisión de los conceptos de *manus* y matrimonio a la época de la Ley de las XII Tablas. Tradicionalmente, para calificar un matrimonio como *cum manu* o *sine manu* se recurría a tres elementos básicos: la mención explícita, las

las mujeres integraran el consorcio, pues no debemos olvidar la máxima recogida por el propio Gayo<sup>183</sup> *feminae liberos in potestate non habent*, fiel reflejo de los valores imperantes en aquella primitiva sociedad.

Parece ajeno a su idiosincrasia consentir la presencia de la mujer en la comunidad, dado su papel restringido al ámbito doméstico<sup>184</sup>. Pero, sobre todo, existen importantes problemas de orden práctico pues la mujer necesitaba la autorización del tutor para cualquier acto de gestión y administración. La tutela de las mujeres, en esa época, habría sido ejercida por los agnados, como refieren las *tabulae* 5, 2 y 5, 6<sup>185</sup> y otros textos como Gai. 2, 47; D. 26, 4, 9 (Gayo, 12 *ad edictum provinciale*) y D. 50, 17, 73 pr. (Quinto Mucio Escévola, *libro singulari opōv*).

Las mujeres de la familia, puesto que no podían ejercitar un poder del que carecían, fueron excluidas del *consortium* que implicaba actos de gestión cotidiana.

Con todo, posiblemente el argumento más potente sobre la incapacidad de las mujeres de suceder *abintestato* en época antigua sea la imposibilidad de dirigir los *sacra*. El mismo Cicerón, *De domo* 13, 35 refiere cómo el culto privado era eminentemente masculino, y el único sacerdocio femenino de la religión oficial lo ejercían en Roma las Vestales<sup>186</sup>, y en menor medida, las *Flaminicae*. Sólo con el transcurso del tiempo, al patrimonializarse la sucesión en una sociedad cada vez menos religiosa, se diluyeron todas esas cargas familiares considerándose afortunado quien adquiriera una herencia *sine sacra*, a la vez que se superaban las imposiciones de los pontífices como guardianes de su cumplimiento. Precisamente entonces, coincidiendo con la apertura de la capacidad de suceder o de usucapir la herencia a

---

facultades que ostentaba el *pater* de la mujer para disolver el matrimonio y la capacidad de divorcio a iniciativa de la *uxor*. La popularización de los matrimonios *sine manu* es bastante más temprana que lo usualmente supuesto por la crítica, pues en tiempos todavía cercanos a la etapa mítica, pero suficientemente históricos como para constituir un testimonio válido, era ampliamente usado. A fines del siglo V y comienzos del siglo IV a. C. existen testimonios sobre el templo de Apolo y la contribución en la guerra gálica donde intervinieron mujeres con sus bienes. Asimismo, fueron hacia principios del siglo III a. C., multadas un alto número de mujeres por adulterio. La Ley de las XII Tablas ya preveía que no se hubiese incorporado al matrimonio el rito de la *conventio in manum*, y que se adquiriera mediante el *usus*, con la posible interrupción de ese proceso por medio de la *usurpatio trinoctii*: *tabula* 6, 5 y Gai. 1, 11 aunque se ha discutido en torno a la antigüedad de esta norma pues bien pudo ser una costumbre que recoge el texto decemviral o realmente una innovación de la ley que abría algo más la familia a esquemas menos rígidos. ASTOLFI (2009) 53-75.

<sup>183</sup> Gai. 2, 261.

<sup>184</sup> CANTARELLA (1991) 205 ss.; SANTALUCIA (1998) 1-21; BRAVO BOSCH (2011) 1-18; VOLTERRA (1951) 27 ss.; (1991) 130 ss.; LÓPEZ HUGUET (2006) 1-29 ss.; NÚÑEZ PAZ (2009) 284-285; BACCARI (2007) a 250 ss.; (2007) b 145 ss.; CID LÓPEZ (2013) 1-30; CASTRESANA (1993) 33 ss.; DIXON (1988) 71 ss.; 104-140; 168 ss.; 237-238; ASTOLFI (2002) 310 ss.; GUERRERO LEBRÓN (2004) 439-443; THOMAS (2009) 136-205; SALLER (1984) 336-355; SALAZAR (2013) 3-30; ZANNINNI (1967) 293 ss.; ASTOLFI (2009) 53-75; MERCOGLIANO (2011) 210-217.

<sup>185</sup> SANZ (2009) 5 ss.; BIONDI (1954) a 52-73; ZANNINNI (1967) 293 ss.; SOLAZZI (1927) 55-60; ASTOLFI (2009) 53-75.

<sup>186</sup> MONACO (2000) 60 ss.; RIBAS ALBA (1998) 49-51; CASTRO SÁENZ (2002) 47 ss.; WISSOWA (1971) 331 ss.; FUSTEL DE COULANGES (1984) 70 ss.; TURCHI (1939) 18 ss.; BACCARI (2007) 250 ss. MATTIANGELI (2012) 5 ss.; BACCARI (2007) 260-262.

sujetos que excedían del ámbito familiar (*usucapio pro herede*<sup>187</sup>), las mujeres de la casa encuentran su lugar en el sistema sucesorio romano *abintestato*.

Mientras el heredero fue considerado el sucesor universal<sup>188</sup>, casi una prolongación del fallecido, su tarea fundamental en época arcaica fue la conservación del culto religioso doméstico<sup>189</sup>, en el centro del cual estaba el culto a los ancestros<sup>190</sup>. La asimilación de los *sacra* a la herencia<sup>191</sup> era de tal calado, que la forma arcaica del *testamentum calatis comitiis* se planteaba por el *paterfamilias* que carecía de heredero masculino, buscando en la arrogación de un extraño *sui iuris* un sucesor en el culto doméstico. No sería hasta el siglo IV a. C. cuando la patrimonialización definitiva de la sucesión y la consagración de la libertad de testar, articuladas a través del *testamentum per aes et libram*, desprendan de la sucesión *mortis causa* esa pátina religiosa y familiar.

Los pontífices, guardianes del cumplimiento de los *sacra*, obligaban a los herederos a su observancia<sup>192</sup>, aunque una sociedad cada vez más alejada del campo fue despegándose de esta obligación<sup>193</sup>. En la época clásica, de los *sacra* se encargaban sólo los herederos<sup>194</sup>, computándolos en el pasivo de la herencia y el culto estaba en profunda crisis en época de Cicerón<sup>195</sup>, un recuerdo histórico al tiempo de Gayo y Festo<sup>196</sup>.

---

<sup>187</sup> CASTRO SÁENZ (2002) 231 ss.; 271 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO (2011) 523; IGLESIAS (2004) 327; 634 ss.; VOICI (1967) 3 ss.

<sup>188</sup> D. 50, 17, 62 (Juliano, 6 *digestorum*): *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.*

<sup>189</sup> Festo, *de verborum significatu*, s. v. *Publica sacra* (Lindsay, 284): *publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt.... at privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt*; Cicerón, *De legibus* 2, 8, 19; 2, 19, 47; Ovidio, *Fastos* 5, 438 describe las *Parentalia* y Lemuria.

<sup>190</sup> RIBAS ALBA (1998) 10 ss.; (2012) 128 ss.; (2015) 93 ss.; GUTIÉRREZ MASSON (1994) 72-80; TURCHI (1939) 13 ss.; FUSTEL DE COULANGES (1984) 12 ss.; MONACO (2000) 60 ss.; BACCARI (2007) 250-262.

<sup>191</sup> RIBAS ALBA (1998) 5 ss.; WISSOWA (1971) 337; VOICI (1967) 42.

<sup>192</sup> MONACO (2000) 60 ss. A mediados del siglo III a. C., en tiempos de Tiberio Coruncanio, se consideraba privados de la cualidad de herederos obligados a los *sacra* a los usucapientes *pro herede* y a los legatarios u otros sujetos que hubieren alcanzado la *maior pars* de la herencia. Por otra parte, en torno al año 133 a. C., siendo pontífice Escévola, serían obligados a cumplir los *sacra*, *si nemo sit qui ullam rem ceperit*, el heredero que hubiera conseguido la herencia a título de legatario, o quien hubiese usucapido el *plurimum*, así como el acreedor que ganase la mayor satisfacción o el deudor que, no habiendo heredero, consiguiese de hecho la liberación de su deuda, todos ellos por su relación con el fallecido, *heredum causa iustissima est*. Escipión Emiliano aceptaría él mismo, para no extinguir los *sacra*, una herencia dañosa.

<sup>193</sup> Festo, *de verborum significatu* s. v. *Sine sacris hereditas* (Lindsay, 370): *sine sacris hereditas in proverbio dici solet... sine ulla incommodi appendice.*

<sup>194</sup> Paulo, *Sententiae* 4, 3, 3.

<sup>195</sup> El Arpinate recrimina a Escévola, pontífice máximo, que ideara subterfugios para liberarse de los *sacra*. Cicerón, *Ad familiam* 7, 29, 1; Cicerón, *Pro Murena* 12, 27; Cicerón, *De legibus* 2, 21, 52.

<sup>196</sup> Gai. 2, 55: *quorum illis temporibus summa observatio fuit*; Festo, sv. *Sine sacris hereditas* (Lindsay, 370): *quod olim sacra non solum publica curiosissime administrare esset necessarium.*

Realmente, siendo el *heres* el encargado de los *sacra privata*<sup>197</sup>, las mujeres<sup>198</sup> no podrían suceder en la época arcaica al *paterfamilias* pues resulta muy difícil imaginar que el manifiesto sometimiento de la mujer a la *patria potestas* del *paterfamilias* o a la *manus* del marido o suegro fuera compatible con la dirección del culto doméstico<sup>199</sup>. No olvidemos que el abandono del culto familiar, la *detestatio sacrorum*<sup>200</sup>, se llevaba a cabo por el sujeto arrogado al entrar en la nueva familia con el *iussum populi*, o al menos, la aprobación de los pontífices<sup>201</sup>.

Un nuevo argumento para reforzar esta teoría es la concepción de la tutela de las mujeres como un instituto potestativo. A diferencia de lo que ocurría con los varones impúberes que salían de la tutela al llegar a la pubertad, la mujer púber aun *sui iuris* quedaba sometida *sine die* a dicha guarda que era ejercida normalmente por los agnados, debiendo requerir la autorización del tutor para disponer de sus bienes<sup>202</sup>. La situación de la mujer no se modificaba a lo largo de su vida sustancialmente, siendo preceptivo el consentimiento del tutor para la realización de negocios jurídicos. En el caso de la mujer soltera, viuda, divorciada o casada no sometida a *manus*<sup>203</sup>, este tutor sería uno de los principales interesados en la gestión del patrimonio femenino, el *adgnatus proximus*<sup>204</sup>, llamado a la sucesión *mortis causa abintestato* a la vez que controlaba la disposición por testamento, tal y como recogen Livio, 34, 2, 11 y *Tituli ex corpore Ulpiani* 11, 1.

En realidad, la *tutela mulieris* funcionaba entonces como un sucedáneo de la *potestas* o *manus*<sup>205</sup> y no extraña que la tutela fuera considerada un *officium* masculino. Tan sólo cuando la mujer empieza a gozar de un rol diferente en la sociedad, sobre todo en cuanto a la educación

---

<sup>197</sup> WISSOWA (1971) 380; FUSTEL DE COULANGES (1984) 16 ss.; RIBAS ALBA (2012) 128 ss.; CASTRESANA (2009) 15-147; Catón, *De agri cultura*, 143, 1 revela este carácter masculino; BACCARI (2007) 250-262.

<sup>198</sup> CANTARELLA (1997) 103. Acerca de las sacerdotisas de la *Bona Dea*.

<sup>199</sup> MONACO (2000) 70 ss. Puesto que el principio pecuniario no estaba tan elaborado, quien adquiriera la herencia, estaba obligado a los *sacra*, como señor de la *domus* y de la *dispensa*, sede de los *Penates*. Cicerón, *De natura deorum* 2, 27, 68; Varrón, *De lingua Latina*, 5, 162, y del fuego de los *Lares*: Catón, *De agri cultura* 143, 2; Cicerón, *De domo*, 41, 109; Cicerón, *De legibus*, 2, 23, 58.

<sup>200</sup> MONACO (2000) 70 ss. menciona la opinión en contra de ZABLOCKI para quien era un instituto autónomo que evitaba la calificación de *homo sacer*, quizás elaborado sobre el modelo de la *exhereditio*. RIBAS ALBA (2009) 138 ss.; 291-307.

<sup>201</sup> MONACO (2000) 75 ss. El único verosímil y posible nexo de unión entre las mujeres y los *sacra* sería la *coemptio sacrorum interimendorum causa*, una aplicación tardía de la *coemptio*.

<sup>202</sup> ZANNINI (1976) 145 ss.; (1979) 148 ss.; GIUFFRÉ (2006) 343 ss.

<sup>203</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 160 ss.

<sup>204</sup> MONACO (2000) 74. *Tituli ex corpore Ulpiani*, 11, 1: *Tutores constituuntur tam masculis quam feminis. sed masculis quidem impuberibus dumtaxat, propter aetatis infirmitatem; feminis autem tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.*

<sup>205</sup> Cicerón, *Pro Murena* 12, 27: *mulieres omnis propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutores quae potestas mulierum continerentur.* SOLAZZI (1960) 357.



de los hijos, se admite que desempeñen la tutela<sup>206</sup>. Con matices, podría aceptarse la existencia de un tratamiento paritario de hombres y mujeres desde la promulgación de la Ley de las XII Tablas, incluyendo a la mujer entre los *sui heredes*, pero no puede decirse lo mismo en relación a la tutela, que normalmente era ejercida por los *agnati* y caminaba en paralelo a la herencia. También es cierto que hubo situaciones, como la de la patrona sobre la liberta, en la que no coincidían el ejercicio de la tutela y el carácter de heredera.

SANZ<sup>207</sup> entiende que la justificación para la *tutela mulierum* no era otra que el interés de los posibles herederos, los agnados, en vigilar su futuro patrimonio ante el temor de despilfarros debido a los tópicos atribuidos a las mujeres acerca de su *levitas animi* y su *infirmitas*. En la edad clásica, tan sólo las Vestales<sup>208</sup> y aquellas mujeres que obtuvieron el *ius liberorum* gracias a las leyes augusteas estaban exentas de tutela. Cicerón (y luego Ulpiano) justificaron su regulación en los principios de los *maiores*, a diferencia de Gayo, quien atribuía al *vulgus* la institución. En los años 44 a 49 d. C.<sup>209</sup> la *lex Claudia de tutela mulierum* abole la tutela legítima, y, una vez el instituto supera su carácter potestativo, las mujeres accederán a la realización de determinados actos jurídicos, tal y como describen:

---

<sup>206</sup> MASIELLO (1979) 3-41; 44-58; ZANNINNI (1967) 293 ss.; BIONDI (1954) a 52 ss.

<sup>207</sup> SANZ (2009) 1-26; (2010) 1-42; ASTOLFI (1996) 174-179; SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 15-17; SAMPER (1971) 7-18; SOLAZZI (1939) 81 ss.; (1918) 586 ss.; MANFREDINI (2003) 233 ss.

<sup>208</sup> MATTIANGELI (2012) 2-8. Las Vestales se ocupaban de preservar el fuego sagrado de la divinidad en el centro de la *Aedes Vestae*, fuego purificador que debía arder durante siglos para proteger el Estado. Mediante el rito de la *captio*, importante ritual con connotaciones jurídicas y religiosas, el padre de la joven y la niña se presentaban ante el Pontífice Máximo que tiraba de la mano de ésta como si fuese capturada en la guerra, mientras recitaba unas palabras. Desde ese instante, el *paterfamilias* perdía el poder sobre la hija sin emancipación y sin disminución de sus derechos, y las Vírgenes Vestales gozaban, entre otros derechos, de la *testamentifactio* activa. El servicio de las Vírgenes Vestales tenía una duración de treinta años, pasando por tres etapas de una década de duración cada una: noviciado, adoración y educación de las novicias, durante los cuales quedaban liberadas de la patria potestad y de la tutela. Concluido el plazo, podían abandonar el servicio, siendo difícil concretar si volvían a su familia de origen o si quedaban como ex-sacerdotisas. El Colegio de las Vestales se mantenía desde la época de Numa a costa del Erario público, como si fueran una institución pública. Las Vestales sólo perdían su inviolabilidad si se apagaba el fuego sagrado o si mantenían relaciones sexuales, sacrilegio imperdonable, puesto que la virginidad era requisito indispensable durante el tiempo de servicio. Puede decirse que, desde el punto de vista jurídico, se convirtieron en una categoría aparte entre las mujeres romanas, puesto que tras la *captio* no caían bajo la autoridad de cualquier otro hombre y se convertirían en *sui iuris*. En efecto, y pese a que estaban bajo la orientación religiosa del *Pontifex Maximus*, éste tan sólo podía castigarlas por las infracciones cometidas. Fue precisamente esa extraordinaria ruptura con la familia de origen y la ausencia de agnados la que supuso que las Vestales pudieran disponer en cuanto personas libres *sui iuris* de sus bienes en vida y por testamento. Posiblemente, en el periodo arcaico y la primera etapa republicana, la Vestal regresara a su familia de origen al acabar su servicio, algo realmente ventajoso para la propia familia. Pero, en el periodo republicano tardío y clásico, parece que tenían el derecho de elegir si deseaban dejar el sacerdocio e incluso casarse, pues después de treinta años de servicio, las Vestales debían tener una edad entre 36 y 40 años siendo posible para ellas un matrimonio, aunque a veces les fuera más rentable permanecer en el sacerdocio que la pérdida de sus privilegios. Puesto que la Vestal nunca se había casado, ni había tenido un tutor ni obligaciones de culto familiar, estaba en cierto modo más liberada que las otras mujeres. A partir del siglo III d. C. habían comenzado a perder poder y privilegios en favor de la clase clerical cristiana emergente y en el siglo IV d. C. desaparece el Colegio, una vez que la antigua religión había perdido sus privilegios y su influencia en Roma.

<sup>209</sup> ROTONDI (1990) 467.

*Tituli ex corpore Ulpiani, 11, 27:*

*Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent. pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec Mancipi alienatione tutores auctoritas opus est*<sup>210</sup>.

Gai. 2, 80:

*Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse; pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec Mancipii alienatione tutoris auctoritate opus est.*

En toda esta evolución, supone un hito la creación por Marco Aurelio en el siglo II d. C. del *pretor tutelar*, perdiéndose el rastro de la *tutela mulierum* con Diocleciano y siendo prácticamente ignorada por Constantino, quien tanto se preocupara de legislar por la posición de la mujer dentro y fuera del matrimonio<sup>211</sup>.

Como hemos mencionado, Gayo omitía la posibilidad de otorgar un tutor testamentario a las mujeres, lo que puede hacernos reflexionar si, en todo caso, alcanzada la pubertad, quedaban bajo la tutela de los agnados. Parece incoherente que pudiera nombrarse por testamento tutor a los impúberes, incluso fuera del círculo familiar, pero no para las mujeres, puesto que el objetivo último de la tutela era salvaguardar las expectativas de los *agnati*, próximos en la línea de sucesión en el caso de fallecer el impúber y la mujer<sup>212</sup>.

Una fecha decisiva en la evolución de la tutela de las mujeres es el año 210 a. C., cuando la *lex Atilia de tutore dando* continuadora de la *lex Plaetoria*<sup>213</sup> que introducía al tutor Atiliano o decretal, remodela el instituto tutelar con las miras puestas en la protección a los sujetos débiles. En efecto, en ausencia de tutor testamentario o legítimo el pretor (ayudado por el tribuno de la plebe<sup>214</sup> o el *praesides* en las provincias) otorgaba a los impúberes y a las mujeres un tutor que no necesariamente pertenecía a la familia. Este tutor no tendría expectativas sucesorias al no derivar su autoridad del vínculo agnaticio, aunque en el caso de las mujeres, a diferencia de lo exigido a los impúberes, aquéllas debían presentar una *petitio* o *postulatio* como

---

<sup>210</sup> Por ejemplo, la mujer actuará liberada de la tutela para contraer mutuo o cancelando sus deudas mediante el pago, aunque para las *res Mancipi* siguió siendo preceptiva la autorización del tutor.

<sup>211</sup> SANZ (2009) 1-26; (2010) 1-42; BIONDI (1954) a 55 ss.; SOLAZZI (1927) 55-60.

<sup>212</sup> La Ley de las XII Tablas habría consolidado esa práctica. VOCI (1967) 71.

<sup>213</sup> ROTONDI (1990) 275 ss.

<sup>214</sup> *Scriptores Historiae Augustae, Marcus Aurelius Philosophus*, 10, 11.

narran Livio<sup>215</sup> y Gayo<sup>216</sup> y el tutor tenía que aceptar ese nombramiento, pues no podía rechazarlo, salvo que presentare *excusationes* o *potioris nominatio*. En el día a día, la *negotiorum gestio* correspondía a la mujer y se limitaba el tutor a prestar la *auctoritatis interpositio*. Asimismo, en el año 186 a. C a la liberta *Ispala Fecennia* se le ofrece la *tutoris optio ex senatus consulto*<sup>217</sup> como premio por delación de las Bacanales.

La *optio tutoris testamentaria*<sup>218</sup> se configurará como una forma de escapar de la tutela agnaticia, aun cuando la opción no se llegaría a conceder a las *filiae* que no salían de la familia por matrimonio<sup>219</sup>, pues su situación era de sometimiento al control de los *agnati*. Por tanto, se fueron salvando los obstáculos a la libre disposición de sus bienes por las mujeres *sine manu*, libertas, divorciadas, o púberes, ya que ni los agnados ni el tutor testamentario les impedirían acceder a determinados actos jurídicos. Hasta tal punto se fueron flexibilizando las exigencias hacia las mujeres que Gayo hablaba de excepciones en casos de imposibilidad del tutor de acudir a la autorización del acto en cuestión, algo que no era aceptado cuando la mujer iba a redactar un testamento. Sin duda, un dato que nos da idea del valor que se otorgaba a la sucesión *mortis causa* en Roma y el miedo a las posibles pérdidas en el patrimonio hereditario.

En resumen, concluimos que uno de los más contundentes argumentos para negar la capacidad sucesoria de las mujeres en la etapa arcaica, tanto desde el punto de vista de la legitimación para suceder como para ser sucedidas *mortis causa* en ausencia de testamento se encontraría en el carácter potestativo de la *tutela mulierum*. Desde mucho tiempo antes de su consideración como instituto jurídico, la tutela se ejercía como poder fáctico sobre las mujeres y los impúberes<sup>220</sup> y sólo siglos después cuando la tutela alcanza una función asistencial en la época clásica, se pone el acento en la protección y defensa o custodia de la persona tutelada.

Lo que es evidente es que el matiz proteccionista, que podía entenderse en relación a la tutela de impúberes o incapaces, parecía carente de sentido cuando se tutelaba a mujeres *sui iuris* y púberes, lo que acabó por hacer caer en desuso una institución que había nacido en el seno de la sociedad arcaica como un reflejo más de la consideración de la mujer romana en la familia y en la comunidad<sup>221</sup> como hija sometida al *pater* o esposa *in manu*, en la etapa arcaica carecía de bienes propios que transmitir.

---

<sup>215</sup> Livio 39, 9, 7.

<sup>216</sup> Gai.1, 195.

<sup>217</sup> Gai.1, 150.

<sup>218</sup>ZANNINI (1979) 97; BIONDI (1954) a 52 ss.

<sup>219</sup> Gai. 1, 148.

<sup>220</sup>ZANNINI (1979) 148 ss

<sup>221</sup> D. 50, 16, 195, 2 (Ulpiano, 46 *ad edictum*).

## 2. El supuesto régimen paritario de la Ley de las XII Tablas.

En páginas anteriores nos hemos referido ampliamente a las reglas de la sucesión *mortis causa* en el *ius civile* recogidas en la Ley de las XII Tablas.

*Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 1:

*Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos qui in potestate sunt ceterosque, qui liberorum loco sunt; si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae.*

Los primeros llamados a suceder eran los *sui*, es decir, hijos e hijas que se hallaban bajo la potestad del fallecido ya fueran naturales o adoptivos<sup>222</sup>. Asimismo, los nietos y descendientes *ex filio*, que o bien se hallaban bajo la potestad del abuelo habiendo sido su padre emancipado, o, en caso que éste hubiera premuerto al *paterfamilias*, eran llamados como *sucesores in locum* (caso en que sucedían por estirpes en lugar de por cabezas<sup>223</sup>). Puesto que las *filiae* al casarse se sometían a la *manus* del marido o del *paterfamilias* de éste<sup>224</sup>, sus hijos estarían sujetos a la *patria potestas* de quien ejerciera la *manus*, careciendo la mujer de *sui heredes*. Consecuentemente, entre los *sui* se encontraba también la *uxor in manu* y la *nurus in manu*, aunque ésta heredaba si había premuerto su marido o se había producido su *capitis deminutio*, pues se las asimilaba a los hijos o los nietos al estar bajo la potestad del marido o suegro. En ausencia de *sui*, eran llamados los *agnati*, parientes de la línea masculina del fallecido pero, a diferencia de los primeros llamados, los agnados podían aceptar la herencia o

---

<sup>222</sup> En cuanto a los hijos y nietos póstumos, recibirían la misma porción que los ya nacidos. *Lex Aelia Sentia* KASER (1971) 219; 250 ss.; 280 ss.; 301 ss.; 684 ss.; 701.

<sup>223</sup> Para evitar que obtuvieran más que el resto de personas que concurrían de forma que una rama de la familia, por haber sido más prolífica, recibiera más de lo hubiera recibido sin la premoriencia del *suus*.

<sup>224</sup> MONACO (2000) 107 ss. Sin embargo, existía un instituto con repercusiones en el ámbito de la sucesión, la *usurpatio trinocti*, que permitía a las mujeres casadas seguir manteniendo lazos con la familia originaria tras la salida de ella, evitando la entrada *in manu* por *usus* al alejarse del lecho conyugal tres noches seguidas. Sin duda, para algunas mujeres e incluso para sus maridos podía tratarse de una opción conveniente, por diversos motivos sociales, económicos y jurídicos, pues estarían en ocasiones interesados ambos en que la esposa alcanzara la herencia paterna. Gai., 1, 111: *Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum maritii convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumperet*. La *usurpatio trinoctii* es un instituto de elaboración pontifical y supone un argumento más para demostrar que en la Roma arcaica las mujeres difícilmente podían suceder al *paterfamilias*, y mucho menos ser sucedidas *abintestato*. Gelio especifica cuando es completo el *trinoctium*, y parece referirse a la Ley de las XII Tablas como regulación que se refería a la interrupción del *usus* del marido. De cualquier forma, se facilitaba la posibilidad de elegir a la mujer con qué familia vincularse, la propia o la del marido, sin duda otro indicio de la evolución de las circunstancias sociales para la mujer romana entre los siglos IV y III a. C.

renunciar a ella: el más próximo excluía a los siguientes y en el caso de renuncia o premoriencia ni se procedía a llamar a más agnados y puede que ni se acudiera al tercer grupo, los gentiles, si bien como mencionamos hay diversas posturas sobre esta cuestión. En el caso que la persona fallecida fuese una mujer, sus hijos mantenían con ellas parentesco de agnación si el matrimonio se había celebrado *cum manu*, y en cuanto agnados podrían sucederlas.

Gayo<sup>225</sup> inicia el capítulo tercero de las Instituciones con la descripción de la sucesión intestada *ex lege duodecim tabularum*, más concretamente con la categoría de los *sui heredes*, entre los que, por cierto, no incluye a la *uxor in manu*, *loco filiae* o la *nurus in manu*.

Gai. 3, 1-2:

*Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent. Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiae, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio natu prognatu prognatave, nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi. ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestatis parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus*<sup>226</sup>.

Cuando Gayo escribe las Instituciones es evidente que la mujer sí estaba considerada entre los *heredes sui* en igualdad a los hombres, pero de sus palabras no resulta tan claro que

---

<sup>225</sup> Gayo no atribuye a la Ley de las XII Tablas la primacía de los *sui heredes* y la utilización del término *existimantur* parece remitir a una actividad interpretativa o legislativa para superar la iniquidades de la ley decemviral, que para el autor ya había necesitado correcciones para el caso de los *postumi* que no eran contemplados hasta que la *Lex Aelia Sentia* o la concesión por senadoconsulto los considerara. Asimismo, Gai. 3, 25: *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt* entiende que dichas injusticias fueron corregidas también por la actividad del pretor. KASER (1971) 219; 250 ss.; 280 ss.; 301 ss.; 684 ss.; 701.

<sup>226</sup> En Instituciones, 3, 1, y 3, 1, 4 se replican estas palabras, mientras que se hace mención a los hijos ilegítimos cuyos padres vuelven a contraer matrimonio en Instituciones 3, 1, 2: *Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in potestate morientis fuerunt: veluti filius filia, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato, prognatus prognatave nec interest, utrum naturales sunt liberi an adoptivi. 2a Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatitum dati secundum divalium constitutionum, quae super his positae sunt, tenorem suorum iura nanciscuntur: nec non eos, quos nostrae amplexae sunt constitutiones, per quas iussimus, "si quis mulierem in suo contubernio copulaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere coniugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit: non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt: quod optinere, censuimus, etiamsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint. Ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione: nam si per id tempus, quo quis moreretur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. postumi quoque qui, si vivo parente nati essent, in potestate futuri forent, sui heredes sunt.*

esta fuera la situación en el texto decemviral<sup>227</sup>. Las mujeres no podían tener *heredes sui* y sus bienes acababan en manos de los tutores agnados<sup>228</sup>, y, no siendo pacífica la consideración de la Ley de las XII Tablas como paritaria, no puede negarse que en el siglo IV a. C. las mujeres se encontraran admitidas como *heredes suae*, y la *filia* (natural, adoptiva o póstuma<sup>229</sup>), la *uxor* y, en ocasiones, la *nurus in manu*, podían acudir junto a los hijos varones a la sucesión. Igualmente, entre los agnados no debía realizarse distinción alguna por sexo y hermanas, tías y sobrinas del fallecido serían llamadas a sucederle al igual que sus homólogos varones, aunque la *interpretatio* jurisprudencial extendió a la sucesión intestada, *Voconiana ratione*, las prohibiciones testamentarias, perjudicando a las agnadas no consanguíneas, de grado superior a las *sorores* del fallecido. Por supuesto, también quedaban apartadas de la sucesión legítima en su familia de origen las hijas emancipadas o las casadas mediante *conventio in manu*.

Pero, aun admitiendo la posibilidad de las *suae* de ser llamadas a la *hereditas* a la muerte del *pater*<sup>230</sup>, al quedar sujetas a la tutela de los agnados, aun recibiendo los bienes los verdaderos gestores de los bienes serían dichos parientes<sup>231</sup>.

En el caso que la persona fallecida intestada fuera una mujer, como carecía de *sui heredes*, sólo los agnados podrían sucederla, de forma que si aspiraba a que los bienes pasaran a sus hijos debía recurrir al *testamentum per aes et libram*. Ciertamente, este instituto supuso para la mujer la posibilidad de disponer *mortis causa* de sus bienes, puesto que su posición como causante en la sucesión legítima fue siempre por detrás de los avances sociales.

Concluyendo: si bien teóricamente el régimen paritario de la sucesión *abintestato* recogido en la Ley de las XII Tablas se mantuvo durante siglos, con la salvedad de la mencionada interpretación restrictiva inspirada en la *lex Voconia*, en la práctica, las mujeres difícilmente pudieron suceder en igualdad real con los hombres<sup>232</sup>.

---

<sup>227</sup> La doctrina mayoritaria considera que la limitación impuesta a las agnadas no consanguíneas, es decir, las agnadas que no fueran *sorores* del fallecido, se justifica en la extensión, *Voconiana ratione*, de las prohibiciones para suceder las mujeres por testamento establecidas por la *lex Voconia*. No obstante, MONACO (2000) opina que esas limitaciones pudieron ser anteriores, pues difícilmente se promulgaría una ley que afectara, aun tangencialmente, una posición consolidada en la sucesión. Puede que desde tiempos remotos las mujeres no se incluyeran en la categoría de los *adgnati*, puesto que no podían ser parte del *consortium*, ni tutoras, ni estaban obligadas a la venganza, ni a los *sacra* deberes todos ellos reservados a los hombres. Para esta autora, otorgando credibilidad a la versión retórica de la *tabula* 5, 3, la entrada de las mujeres en la herencia intestada habría venido de la mano de la *interpretatio*, y la clase de los *sui heredes*, como parientes del círculo más estrecho, para diferenciarlos entre los agnados, respondería asimismo a la labor creadora de la jurisprudencia. LAMBERTINI (2003) 467-480.

<sup>228</sup> En contra, LÓPEZ RENDO (2000) 533 ss.

<sup>229</sup> D. 38, 16, 3, 9 (Ulpiano, 14 *ad edictum*); LAMBERTI (1996) 65 ss.; (2001) 69-87; RIBAS ALBA (2002) 250 ss.

<sup>230</sup> PEPPE (1984) 70 ss.; (1997) 143 ss.; EVANS GRUBBS (2002) 16 ss.

<sup>231</sup> Gai. 2, 156-159.

<sup>232</sup> MONACO (2000) 21-30; ZABLOCKI (1991-92) 157-169; CANTARELLA (1997) 23 ss. y 63 ss.; VOLTERRA (1941) 74 ss. Es cierto que de las fuentes no puede extraerse dicha capacidad, pero también que

*Tituli ex corpore Ulpiani, 26, 6:*

*Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet.*

Paulo, *Sententiae* 4, 8, 20 (22):

*Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum nulla discretionem sexus cognatos admittit.*

Instituciones 3, 2, 3a:

*Ceterum inter masculos quidem agnationis iure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur. quod ad feminas vero ita placebat, ut ipsae consanguinitatis iure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant.*

3. *Ratione Voconiana*: La *lex Voconia* y su influencia en la capacidad sucesoria de las mujeres.

Paradójicamente, si tenemos en cuenta su “misoginia”, la *lex Voconia* del año 169 a. C.<sup>233</sup> vino a reconocer la capacidad testamentaria femenina, activa y pasiva, al imponer limitaciones para que las mujeres fueran instituidas herederas en la sucesión testada de las personas más adineradas. Dictada en el seno del régimen republicano, la *lex Voconia*<sup>234</sup> nace como plebiscito propuesto por el tribuno Quinto Voconio Saxa, apoyado por Catón el Censor en su célebre discurso de encendida defensa de las costumbres romanas y de la sencillez y austeridad<sup>235</sup>.

En su primer capítulo, la *lex Voconia* declaraba la prohibición a los ciudadanos romanos, ingenuos o libertos, con un patrimonio superior a 100.000 ases, por tanto, de la primera clase del censo, de instituir herederas a las mujeres. En su capítulo segundo, una

---

existen narraciones históricas sobre la relevancia de ciertas mujeres con un importante en época arcaica. BACHOFEN (1977); FRANCIOSI (2003) b 21 ss.; BIONDI (1960) 94 ss.; 119 ss.; 155 ss.

<sup>233</sup>RODRÍGUEZ MONTERO (2013) 3 ss.; CASTRESANA (2009) 15 ss.; MONACO (2000) 185 ss. Catón el Censor fue su gran defensor, desconfiando del poder femenino al que consideraba la causa de pervertir la función de madres y esposas devotas; CANTARELLA (1997) 77 ss.; 107 ss.; GUARINO (1982) 188 ss.; VOCI (1967) 343; ZANNINNI (1967) 293 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210-217; ASTOLFI (2009) 53-75.

<sup>234</sup>VOCI (1967) 122 ss.; BIONDI (1960) 119 ss.; MÓNACO (2000) 185 ss.; VOLTERRA (1988) 698 ss.; KASER (1971) 306 ss.; STEINWATER (1925) 2418-2430; BALLESTRI FUMAGALLI (2008) 20 ss.; HERRMANN (1964) 80 ss.; VIPARELLI (2007) 5843-5849; ORTUÑO (2013) 451 ss.

<sup>235</sup>Gelio, 17, 6, 1; PEPPE (1997) 40 ss.

disposición que afectaba a hombres y mujeres, se prohibía recibir por legado o donación *mortis causa* más cantidad de la recibida por los herederos. Algunos autores, incluso, hablan de un tercer capítulo que hubiera prohibido dejar a la mujer la mitad o más de los bienes<sup>236</sup>.

Textos de Gayo, Gelio, así como las Instituciones justinianas<sup>237</sup> se refieren a la *lex Voconia* con la lejanía que otorga el paso del tiempo, cuando difícilmente podían sostenerse sus principios que perseguían que las herencias importantes recayeran en los parientes varones.

Gai., 2, 274:

*Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam, sibi hereditatem capere potest.*

El propio Justiniano criticará a esta norma en:

C. 6, 58, 14 pr *Imp. Iustinianus A. Iohianni pp. Lege duodecim tabularum bene Romano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successionibus nec non libertis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito, cum natura utrumque corpus edidit, ut maneat suis vicibus immortale et alterum alterius auxilio egeat, ut uno semoto et alterum corrumpatur. 1 Sed posteritas, dum nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, sicut Iulius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit, apertissime docuit. 2 Qui enim ferendum est ab intestato successionibus suas quidem filias ad similitudinem masculae subolis in parentis vocari successionem et iterum germanas iure consanguinitatis eandem sibi vindicare praerogativam, deinceps autem legitimas feminarum personas, si iura consanguinitatis non possident, a successione legitima repelli, cum maribus eadem successio pateat? 3 Quare enim patris soror non ad successionem filii fratris sui una cum masculis vocatur, sed aliud ius in omnia, aliud in patris observatur? vel qua ratione fratris filias ad successionem patris vocatur, germana autem eius ab eadem successione recluditur? 4 Huiusmodi itaque legis antiquae reverentiam et nos anteponi novitati legis censemus et sancimus omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sint, simili modo ad iura successionis legitima ad successionem intestatorum vocari secundum gradus sui praerogativam non ideo excludendas, quia consanguinitatis iura secundum germanae observationem non habent. 5 Cum enim unius*

---

<sup>236</sup> GUARINO (1982) 190 ss.

<sup>237</sup> Gai. 2, 274; Gelio 20, 1, 23; Instituciones 3, 2, 3.



*sanguinis iura remanent per virilem sexum incorrupta quare naturae offendimus et legitimo iuri derogamus? cum et aliam maximam iniuriam res in se continet plerisque quasi vulnus intestinum incognitum. cum enim ad earum mulierum successionem masculi iure agnationis vocantur, quis patiatur earum quidem hereditatem ad eos legitimo iure deferri, ipsas vero neque invicem sibi neque masculis posse eodem iure succedere, sed propter hoc solum puniri, quod feminae natae sunt, et paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari?(...) D. v Ic. Dcc. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. [a. 531].*

Para explicar el fundamento de la *lex Voconia*, habría que ponerla en relación con las leyes suntuarias que reaccionaron contra la relajación de costumbres en una Roma cada vez más permeable a las influencias religiosas, económicas y sociales de los pueblos de Oriente.

La familia patriarcal, basada en el vínculo agnaticio, se veía amenazada por los cambios en la vida doméstica, pues las mujeres comenzaron a desarrollar actividades económicas, a amasar fortunas y a lograr unas cotas de autonomía que colisionaban frontalmente con los principios establecidos. En el entendimiento que las mujeres poderosas podrían causar la debacle de la sociedad romana, comenzando por la tiranización de los maridos, el sector más conservador de la aristocracia reconsideró la emancipación de la mujeres, tradicionalmente apartadas de la vida pública y destinadas a la procreación, adoptando una serie de medidas entre los años 215 y 115 a. C. encaminadas a contener el lujo y la ostentación<sup>238</sup> en manifestaciones sociales como los banquetes, la vestimenta o los medios de transporte de las mujeres.

Un suceso acaecido tres décadas antes de la promulgación de la *lex Voconia*, en el año 195 a. C., siendo cónsul Catón el Censor junto a Lucio Valerio Flacco puede ayudarnos a entender los antecedentes de la ley, pues una gran disputa legal puso de manifiesto los arraigados ideales conservadores del cónsul<sup>239</sup>. En efecto, durante la Segunda Guerra Púnica, un tribuno de la plebe llamado Cayo Opio había aprobado una ley, la denominada *lex Oppia*, que restringía el lujo a las mujeres, para lo cual instauraba una serie de prohibiciones, tales como llevar joyas de un valor superior a una onza de oro, vestidos de varios colores o utilizar un carro en sus desplazamientos cortos salvo que fuera para acudir a un acontecimiento religioso. Tras la derrota de Cartago, la economía de la República estaba saneada de nuevo, y

---

<sup>238</sup> HERRMANN (1964) 52 ss; ROTONDI (1990) 188 ss. Son la *lex Metilia de Fullonibus* (año 217 a. C.), *lex Oppia Sumptuaria* (año 215 a. C.), *lex Valeria Fundaria de lege Oppia abroganda* (año 195 d. C.), *lex Orchia de coenis* (año 181 a. C.), *lex Fannia Sumptuaria* (año 161 a. C.), *lex Didia Sumptuaria* (año 143 a. C.), *lex Aelia de Sumptibus et libertinorum suffragiis* (año 115 a. C.); KASER (1971) 219; 250 ss.; 280 ss.; 301 ss.; 684 ss.; 701.

<sup>239</sup> BAUMAN (1994) 110 ss.

los tribunos Marco Fundanio y Lucio Valerio intentaron conseguir la derogación de la ley, si bien se encontraron con la oposición de sus colegas Marco Junio Bruto y Tito Junio Bruto.

Las matronas romanas se personaron en las inmediaciones del Foro, interceptando a sus maridos y suplicándoles que restauraran sus derechos. Rogaban a los pretores y presionaron de tal modo al Senado que Flaco empezó a dudar. Catón el Censor se mostró inflexible y realizó un duro discurso, si bien al final las mujeres consiguieron lo que querían: las matronas, para celebrar su éxito, desfilaron en procesión por las calles de la capital luciendo las joyas y los vestidos más voluptuosos posibles.

Posterior a la ley es la revuelta que Hortensia<sup>240</sup>, hija de un famoso abogado, abanderaría años en respuesta a un edicto del año 42 a. C. que afectaba a las 1.400 mujeres más ricas de Roma (cuatrocientas, al menos, con patrimonios superiores a los cien mil denarios). Las perjudicadas con esa disposición trataban de obtener la derogación de la norma encontrándose con el rechazo del sector más conservador<sup>241</sup>. Fue la conocida como *rebelión de las matronas* ante los triunviros, Octavio, Marco Antonio y Lépido.

Valerio Máximo 8, 8, 3.

*Hortensia vero Q. Hortensi filia, cum ordo matronarum gravi tributo a triumviris esset oneratus nec quisquam virorum patrocinium eis accommodare auderet, causam feminarum apud triumviros et constanter et feliciter egit: repraesentata enim patris facundia impetravit ut maior pars imperatae pecuniae his remitteretur. revixit tum muliebri stirpe Q. Hortensius verbisque filiae aspiravit, cuius si virilis sexus posteri vim sequi voluissent, Hortensianae eloquentiae tanta hereditas una feminae actione abscissa non esset.*

El edicto de los triunviros obligaba a las mujeres más ricas de Roma a que hicieran una tasación de su patrimonio y suministrasen elevadas cantidades para gastos de la guerra civil, con severas sanciones para aquellas que escondieran sus bienes o falsearan la tasación. Livia, esposa de Augusto, atiende las peticiones de las matronas, no así la primera mujer de Marco Antonio, Fulvia. En el foro romano, hablaría Hortensia en nombre de todas, siendo expulsada del recinto si bien la multitud fuera del edificio hizo que los *lictos* desistieran de cumplir la orden y, finalmente, se redujo el número de afectadas a cuatrocientas mujeres. Sobre este suceso, es interesante la aportación de BAUMAN<sup>242</sup>, quien llama la atención sobre una posible organización de las mujeres representadas por Hortensia, un *ordo matronarum*, también

---

<sup>240</sup> VIPARELLI (2007) 5843 ss.

<sup>241</sup> MONACO (2000) 190.

<sup>242</sup> BAUMAN (1994) 110 ss.; HERRMANN (1964) 80 ss.

mencionado por Valerio Máximo, si bien no deja de ser una atractiva hipótesis. Además, este autor expone como Hortensia fue mucho más allá de defender a las matronas del gravamen, y en su discurso se refirió a los derechos de la mujer, granjeándose la simpatía de la multitud.

En cuanto a la *lex Voconia*, los romanos nunca estuvieron conformes con sus prescripciones, y trataron de burlarla dejando el testador sus bienes a las hijas mediante legados que respetaban las limitaciones establecidas por la propia *lex* o las disposiciones de las *leges Furia* y *Falcidia*. Asimismo, se extendió con esa finalidad el uso del fideicomiso, como expone Gai. 2, 274. Muchos autores han discutido su posible consideración como *lex imperfecta*, pues no se han encontrado en los textos supuestos de aplicación de sanciones por incumplimiento.

En principio, sus efectos sobre la sucesión intestada fueron inexistentes, pues la ley sólo se pronunciaba sobre las limitaciones a suceder por testamento. Augusto, en la *lex Papia Poppaea* del año 9 d. C., suprimió algunos de los límites de la *lex Voconia*, lo que unido a la inexistencia del censo en esa época hace posible afirmar que en el siglo I d. C. dicha norma se encontraba en desuso, como se deduce del contenido de la *lex Iunia Vellea testamentaria*, del año 28 d. C.<sup>243</sup>. Aun así, la ley pervivió por una vía insólita, tras la extensión por la jurisprudencia de fines de la República, *Voconiana ratione*, de ciertas limitaciones a la sucesión legítima<sup>244</sup> perjudicando a las mujeres agnadas de parentesco ulterior al fraternal<sup>245</sup>.

En definitiva, y al margen de su carácter limitativo y discriminatorio, puede decirse que la *lex Voconia* consagró formalmente la capacidad de las mujeres para suceder testamentariamente, en una época de consolidación del *testamentum per aes et libram* y de la libertad de disposición<sup>246</sup>. La jurisprudencia media, con su labor creativa de interpretación de la Ley de las XII Tablas habría seguido los principios de *Voconio Saxa* para resolver problemas sociales, políticos y económicos al igual que se había hecho en la sucesión testada con las

---

<sup>243</sup> ROTONDI (1990) 188 ss.; HERRMANN (1964) 80 ss.

<sup>244</sup> Paulo, *Sententiae* 4, 8, 20.

<sup>245</sup> Entre las hijas y hermanas se encontraban por cierto su propia madre o la mujer del padre si el matrimonio se había celebrado *in manu* como atestigua Gai 3, 14. VARELA (2005) 113 ss. se refiere a la aplicación de la *lex Voconia* a la sucesión del liberto: si el liberto poseía un patrimonio superior a 100.000 ases no podría instituir herederos ni a las mujeres de su familia ni a la patrona, y sólo mediante legados o fideicomisos que también respetaran las disposiciones, podría defraudar la norma. En el caso de la liberta con un patrimonio superior a 100.000 ases, debería contar para su validez con la *auctoritas tutoris* del patrono, pero si se trataba de una patrona, ni ésta ni sus hijas podían ser instituidas y, al no ser tutoras, podían quedarse sin bienes al testar libremente la liberta. Para el caso de abrirse la sucesión *abintestato*, eran llamados en primer lugar los *sui heredes* del liberto sin distinción de sexo, a falta de los cuales era llamado el patrono pero dudosamente la patrona del mismo. A falta de éstos se ofrecerían los bienes hereditarios a los *sui heredes* del patrono, no de la patrona por carecer de ellos, algo que se debe no a las disposiciones decenvirales que equiparaban descendientes varones y hembras del patrono sino a la labor de la jurisprudencia *Voconiana ratione*, como expone *Tituli ex corpore Ulpiani* 29, 4. Un razonamiento similar al expuesto se aplicaría a la sucesión de los agnados y gentiles del patrono o de la patrona. HERRMANN (1964) 80 ss.; LAMBERTINI (2003) 467 ss.

<sup>246</sup> MONACO (2000) 171 ss.

mujeres. En este sentido, erróneamente algunos estudiosos llegaron a decir que las limitaciones a las colaterales no consanguíneas eran una cláusula de la *lex Voconia*.

La jurisprudencia se encontraría a raíz de la *lex Voconia* con los siguientes asuntos a interpretar:

- 1º. La prohibición de instituir heredera a la mujer por medio del fideicomiso.
- 2º. La injusticia de una ley que sacrificaba a la hija única no desheredada por su padre.
3. El perjuicio, como expone Cicerón *In Verrem* al extenderse el vigor de la reforma a los ciudadanos censados.

Paulo y Justiniano atestiguan que el trabajo de los jurisconsultos dio como fruto el artificio del *ius consanguinitatis*, favorable a los intereses de gobernantes y poderosos, y las agnadas no consanguíneas se convirtieron en las grandes sacrificadas en una maniobra política de largo recorrido, que evitaba el acceso a riqueza y honores no sólo a ellas sino a sus maridos, los nuevos ricos. La tentación de extender la *lex Voconia* a la sucesión intestada, de la que se había olvidado en su regulación, siempre había estado presente, aunque los juristas moderados se mostraron hostiles a esta postura y se plantearon numerosos casos ante los *centumviri*. Si bien la ley<sup>247</sup> estaba aún vigente en época de Augusto y se aplicaba no a testadores de la primera clase del censo, sino a poseedores de una determinada suma<sup>248</sup>, no es menos cierto que iría cayendo en desuso, como tantas instituciones que afectaron a las mujeres romanas. En todo caso, será en época justiniana cuando las mujeres consigan la total equiparación con los hombres en materia sucesoria, en consonancia con su cada vez mayor autonomía patrimonial y personal.

---

<sup>247</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 160 ss.; PEPPE (1997) 108 ss. mantienen que la mujer había adquirido plenamente capacidad de testar y heredar como fruto de una evolución siendo la *lex Voconia* una ley suntuaria más que vino a recortarla. HERRMANN (1964) 52 ss.

<sup>248</sup> Casio Dión, 41, 10, 2. MONACO (2000) 190 sobre su falta de aplicación.

#### 4. La regulación del *ius angustiae*.

Puesto que la legislación decenviral no contemplaba la sucesión recíproca entre madres e hijos salvo como *proximi agnati* y, siempre que la primera estuviese bajo la *manus* de su marido o del *paterfamilias* de éste<sup>249</sup>. Gayo califica de iniquidad esta situación y se refiere a la posible intervención pretoria en:

Gai. 3, 25:

*Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.*

En la sucesión pretoria las madres fueron reconocidas en la tercera clase de llamamientos, *unde cognati*, de nuevo postergadas respecto a los *agnati*<sup>250</sup>. No obstante, en la etapa imperial empiezan a promulgarse normas que paliarían esta situación, mejorando la situación de los parientes de sangre. Así, Claudio realiza un primer intento, con la concesión a la madre del derecho a ser llamada a la herencia de sus hijos *ad solatium liberorum amissorum*, esto es, para consolarla de la pérdida de sus hijos. La idea de *luctuosa hereditas* será acogida todavía en época de Constantino.

Instituciones 3, 3, 1:

*Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. et primus quidem divus Claudius matri ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.*

#### 5. *Centumviri*, los custodios de la *pietas*: el caso de Urbina.

El Colegio Centumviral puede catalogarse como la institución romana más implicada en velar por el cumplimiento del *officium pietatis* en materia de sucesión *mortis causa*. GAGLIARDI, en su exhaustivo estudio sobre *decemviri* y *centumviri*<sup>251</sup> se inclina por situar su origen entre el siglo III a. C, próximo a la *lex Aebutia* y la segunda mitad del siglo II a. C.

---

<sup>249</sup> Gai. 3, 24.

<sup>250</sup> VOCI (1963) 366 ss.; LA PIRA (1930) 296 ss.; GOUTELLE (1933) 23; SAMPER (1972) 53 ss.

<sup>251</sup> GAGLIARDI (2000) 99 ss.

El Colegio Centumviral se nos presenta como un órgano de consenso entre las tribus y entre patricios y plebeyos, y desde finales del siglo III a. C. se verá sobrecargado de trabajo por el incremento de litigiosidad debida al desarrollo del testamento y de la libertad de disposición *mortis causa*<sup>252</sup>. En su dilatada actividad de siglos, los *centumviri* coexistieron con los *decemviri*, los *recuperatores*, el *iudex unus* del procedimiento formulario y el juez de la *cognitio extra ordinem*, a la vez que evolucionaban las materias objeto de sus pronunciamientos.

Para afrontar el estudio de dicha competencia, debe situarse una imaginaria línea divisoria en las *leges Iuliae* sobre los procesos privados y públicos<sup>253</sup>, del año 17 a. C. pues si bien es cierto que el tribunal centumviral siguió utilizando *la legis actio per sacramentum* hasta su abolición en el siglo II d. C., las reformas augusteas influyeron en su evolución, muy en particular cuando se produjo la inevitable concurrencia con esos otros órganos judiciales mencionados<sup>254</sup>.

Para la mayoría de los autores<sup>255</sup>, con carácter previo a las *leges Iuliae* existiría una competencia concurrente entre los *centumviri* y el *iudex unus* formulario al conocer de las *vindicationes* del *status libertatis*, las herencias y los derechos reales, juicios en los que se utilizaban las *legis actiones*. Sin embargo, MOMMSEN<sup>256</sup>, BOZZA<sup>257</sup> o KELLY<sup>258</sup>, limitan la competencia centumviral a la materia hereditaria, aún sin ser exclusiva del Colegio.

Lo cierto es que numerosas fuentes como Valerio Máximo o Séneca el Rétor<sup>259</sup> atestiguan la actividad centumviral en causas sucesorias, muy célebres por cierto, algunas de las cuales tendremos ocasión de analizar<sup>260</sup>, mientras que no se hallan textos referidos a una posible competencia del *iudex unus* formulario<sup>261</sup> en esas cuestiones.

---

<sup>252</sup>KASER-HACKL (1996) 150 ss.; MURGA GENER (1989) 63 ss., cifra el origen en el año 367 a. C. Por su parte, RIBAS ALBA (1998) 153 ss., lo sitúa entre finales siglo III y principios del siglo II a. C.

<sup>253</sup>GAGLIARDI (2000) 115 ss.

<sup>254</sup>No es objeto de este trabajo, pero hemos de mencionar que los *centumviri* fueron competentes en cuestiones referidas a los derechos reales, libertad y esclavitud, así como en derecho penal a veces, en ocasiones como cuestiones conectadas a causas hereditarias. GAGLIARDI (2000) 164-195 y 368-380.

<sup>255</sup>WLASSAK (1888) 145 ss.; LUZZATO (1947- 48) 260 ss.

<sup>256</sup>MOMMSEN (1962) 590 ss.

<sup>257</sup>BOZZA (1928) 21 ss.

<sup>258</sup>KELLY (1957) 15 ss.

<sup>259</sup>Cicerón, *De lege agraria* 2, 16, 44: *cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare?*; Cicerón, *De oratore* 1, 38, 175; 1, 39, 176-177 y 180; Valerio Máximo, 7, 7, 1; 7, 7, 2; 7, 7, 5; 7, 8, 1; 7, 8, 4.

<sup>261</sup>GAGLIARDI (2000) 123, expresa las dudas que plantea D. 40, 7, 29, 1 (Pomponio, 18 *ad Quintum Mucium*).

En la aproximación al juicio centumviral, la cuestión clave es su desarrollo por medio de la *legis actio per sacramentum in rem*, sin olvidar que, en ocasiones, se usaba la *sponsio praeiudicialis*<sup>262</sup> expediente que transformaba la acción real en personal. Así, aparece en:

Cicerón, *In Verrem* 2, 145, 115:

*Si quis testamento se heredem esse arbitraretur quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret. hoc, opinor, iure et maiores nostri et non semper usi sumus maiores nostri.*

El juicio centumviral supuso, por tanto, una especie de “oasis” procesal que excepcionaba el uso del procedimiento formulario, sosteniendo GAGLIARDI que esta particularidad respondía a la necesidad de admitir la condena específica<sup>263</sup>, pues el proceso sucesorio por su trascendencia social, religiosa y económica no hallaba en la mera condena pecuniaria una solución satisfactoria. Recordemos, en este sentido, que frecuentemente se aceptaban herencias que arrojaban un saldo negativo, para preservar el buen nombre del difunto y de la familia, respondiendo *ultra vires* el aceptante.

La especialidad del juicio ante los *centumviri* se aprecia también en otro tipo de motivaciones, sociales e históricas, como la honorabilidad que confería el *sacramentum* a una temática tan sensible para el pueblo romano, que interesaba al mismo príncipe. Es por ello que, aun tras la promulgación de las *leges Iuliae*, y establecida la sede de los centumviro en la Basílica *Iulia* del foro<sup>264</sup>, se les mantuvo su competencia en el ámbito hereditario, si bien con ciertas limitaciones.

Pero, ¿juzgaban los *centumviri* tan sólo causas referidas a los testamentos inoficiosos o cualquier controversia sobre la sucesión testada e incluso *abintestato*?

Coincidimos con el análisis<sup>265</sup> que designa la competencia sobre la *querella inofficiosi testamenti* como exclusiva de los *centumviri*, si bien este Colegio conoció de otras causas

---

<sup>262</sup> Gai., 4, 95 parece exigir en todo caso el *sacramentum*, aunque *eaque sponsio sestertiorum CXXV nummum fieri soet propter legem Crepereiam*. Y la *sponsio praeiudicialis* serviría a quienes tenían vedado el *sacramentum*, como los *cognati* en la *querella*. RIBAS ALBA (1998) 151 ss.; GAGLIARDI (2000) 129; VOCI (1963) 708 ss.

<sup>263</sup> Gai., 4, 48.

<sup>264</sup> QUERZOLI (2000) 9 ss. En el foro, la Basílica *Iulia*, que Augusto se encarga de reconstruir, está dedicada a Gayo y Lucio César, sus hijos adoptivos; LENEL (1927) 525 ss. se refiere a la exigencia de un valor de la herencia en cien mil sestercios para acceder al juicio ante los *centumviri*. Suetonio ensalza a Augusto por su decidido impulso al desarrollo arquitectónico de Roma, y, entre todos sus proyectos, destaca su edificación. Suetonio, *De vita Caesarum, Augusto* 29, 4.

<sup>265</sup> GAGLIARDI (2000) 216; D. 5, 2, 13 (Escévola, 3 *responsorum*); D. 5, 2, 17 pr. (Paulo, 2 *quaestionum*); D. 5, 3, 5, 2 (Ulpiano, 14 *ad edictum*); D. 8, 2, 1 (Paulo, 21 *ad edictum*); Paulo, *Sententiae* 3, 31, 12 pr.

hereditarias, testamentarias e intestadas, ya en concurrencia con el *iudex unus* formulario y el juez de la *cognitio*.

Paulo, *Sententiae* 5, 16, 2:

*Iudex tutelariorum itemque centumvirorum, si aliter de rebus hereditariis vel de fidei iuramentis instrui non possunt, poterunt de servis hereditariis habere quaestionem.*

En cuanto al juicio de inoficiosidad, no escasean las fuentes literarias y jurídicas:

Quintiliano, *Institutio oratoria* 7, 4, 11:

*Nam quae in scholis abdicatorum, haec in foro exheredatorum a parentibus et bona apud centumviros repetentium ratio est.*

C. 6, 28, 4, 2 (año 531):

*Impm. Severus et Antoninus A. Iohani pp. Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis [a. 531]<sup>266</sup>.*

Porque, si bien es cierto que en el Digesto se encuentran abundantes referencias al *iudex unus* en diversas causas hereditarias, así como a la existencia de una fórmula para la *hereditatis petitio*<sup>267</sup>, no existen por el contrario alusiones a la *querella* actuada en un proceso formulario<sup>268</sup>.

Las reformas de Augusto dejaron, no obstante, su leve huella en los juicios centumvirales que, no olvidemos, ascendían a un coste muy elevado que superaba en ocasiones a los beneficios obtenidos, mientras que la fórmula se percibía como un remedio procesal más

---

<sup>266</sup> GAGLIARDI (2000) 232.

<sup>267</sup> Para WLASSAK (1888) 205 sobre D. 5, 2, 5 (Marcelo, 3 *digestorum*): *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. Huius autem verbi "de inofficioso" ...resque illo colore defenditur apud iudicem*, opina que siempre hubo concurrencia y era optativo el acceso a los *centumviri* o al *iudex unus*. En el extremo opuesto, BOZZA (1928) 21 ss. sostiene la exclusividad de los *centumviri* en todo tiempo, aunque reconozca el uso de la fórmula de la *hereditatis petitio* en provincias. MARRONE (1955) 114 ss., más conciliador, entiende que desde el Principado compartieron competencia con el *iudex unus* salvo en las reclamaciones de inoficiosidad; EISELE (1894) 271 ss.; VOCI (1963) 708.

<sup>268</sup> WLASSAK (1888) 215 niega la exclusividad de los *centumviri*. Entre otros textos que sustentan la posibilidad del juez único de juzgar cuestiones hereditarias: D. 5, 4, 13 (Ulpiano, 5 *ad edictum*); D. 5, 4, 7 (Julio, 8 *digestorum*); D. 5, 3, 10, 1 (Gayo, *ad edictum provinciale*).



asequible a todos los ciudadanos, que evitaba el *sacramentum*, extremadamente rígido y ceremonioso. Además, el procedimiento formulario ofrecía la posibilidad de obtener una condena pecuniaria emitida por un juez cercano, sin esperar la resolución de unas causas que se eternizaban, con daños colaterales a veces morales o políticos. Otras figuras en auge, como la *bonorum possessio* también influirán en su decadencia, aunque no sirviera para calificar como herederos civiles a los vencedores.

Y no podemos concluir nuestras reflexiones acerca de la concurrencia de órganos judiciales, sin volver sobre la *cognitio extra ordinem*, esa tercera vía jurisdiccional en la que se resolvieron tantas causas hereditarias. Sin ánimo de exhaustividad, recogemos los tres textos siguientes:

D. 5, 2, 8, 16 (Ulpiano, 14 *ad edictum*):

*Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.*

D. 5, 3, 7, 1 (Ulpiano, 14 *ad edictum*):

*Ita demum autem sustinetuntur liberalia iudicio, si iam de inofficioso iudicium contestatum est: ceterum si non contestetur, non exspectantur liberalia iudici: et ita divus Pius rescripsit. nam cum quidam Licinnianus de statu suo quaestionem patiebatur et, ne maturius pronuntiaretur de condicione sua, nolebat ad liberale iudicium ire, dicens suscepturum se de inofficioso testamento iudicium et petiturum hereditatem, quia libertatem et hereditatem ex testamento sibi defendebat: divus Pius ait, si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus et erat, in arbitrio eius, qui se dominum esse dicit, agere de inofficioso testamento iudicium. nulle vero sub obtentu iudicii de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti per quinqueunium non debere moram fieri servituti. plane summatim aestimandum 'iudici' concessit, an forte bona fide imploretur iudicium de testamento: et si id deprehenderit, praestituendum modicum tempus, in te quo si non fuerit contestatum, iubeat indicem libertatis partibus suis fungi.*

D. 49, 1, 14 pr. (Ulpiano, 14 *ad edictum*):

*Si perlusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. et divus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.*

En un primer momento, desde Augusto hasta finales del siglo I d. C., optar por este cauce en materia sucesoria era algo poco frecuente, mientras que a partir de Adriano, ya había jueces estables dependientes del príncipe que conocieron regularmente de estas controversias.

Al comienzo de este trabajo, cuando hablamos de la *pietas* del *princeps*, ya referimos casos en los que Augusto, a petición de los *centumviri*, intervino como juez<sup>269</sup>. También lo hicieron otros emperadores, como Vespasiano y Domiciano<sup>270</sup>, siempre de forma muy excepcional, por el cariz de la controversia y sobre todo, de los implicados en la misma. Parece evidente que los ciudadanos que tendrían el honor de acceder a ser juzgados por el príncipe, sustrayendo el caso a los *centumviri* serían aquellos cuyas controversias tuvieran claras implicaciones políticas, como la propia institución del emperador como heredero, o fueran ellos mismos personajes ilustres o cercanos al poder. En ocasiones, se menciona en las fuentes que la intervención del emperador se debe a la falta de competencia material de los *centumviri*, las famosas sentencias *ambitiosae* confundidas a veces con las sentencias corruptas por algún autor, cuando en realidad estaríamos ante el intento del poder político de frenar las innovaciones jurídicas de los *centumviri*, generalmente en propio interés<sup>271</sup>.

A partir de la etapa adrianea<sup>272</sup>, los rescriptos imperiales ya indican al cuerpo de funcionarios encargado de juzgar las directrices a seguir en materia hereditaria, y muchas de las innovaciones del *ius civile* creadas por los *centumviri* habrán sido acogidas por disposiciones legales. Asimismo, el Digesto recoge abundantes textos de juristas severianos referido a los *septemviri*<sup>273</sup>, órgano judicial previsiblemente distinto de los *centumviri*, de carácter también estable y competente en materia sucesoria, incluida la relativa a la inoficiosidad.

<sup>269</sup> Valerio Máximo, 7, 7, 3 y 7, 7, 4.

<sup>270</sup> Suetonio, *De vita Caesarum*, *Vespasiano*, 10; *Domiciano* 8, 1.

<sup>271</sup> KELLY (1957) 20 ss.; QUERZOLI (2000) 47 y 70, sobre las connotaciones políticas de la *pietas* en las diferentes etapas desde Augusto hasta los Severos.

<sup>272</sup> RICCOBONO (1949) 6-82.

<sup>273</sup> EISELE (1914) 322 ss.; GAGLIARDI (2000) 350 ss. menciona D. 5, 2, 7 (Paulo, *libro singulari de septemviralibus iudiciis*) para datar su origen en la época de los Antoninos; RIBAS ALBA (1998) 167.

Por último, queremos referirnos a la controvertida cuestión de la aplicación del juicio centumviral a ciudadanos extranjeros, pues si bien en Roma tanto el pretor peregrino como el urbano podían remitir al tribunal centumviral las causas sucesorias, se discute qué ocurría en las provincias.

Los casos a plantear son variados: desde que la sucesión se abriera en provincias por residir allí el *de cuius, cives* romano<sup>274</sup> siendo los litigantes por la herencia residentes en Roma, hasta los supuestos en los que fallecido y demandado residieran en Roma pero el demandante estuviera en provincias. En la época anterior a las *leges Iuliae* debió ser preceptivo acudir a Roma mientras que, tras la reforma augustea, la parte actora decidiera dónde plantear el procedimiento, si ante los *centumviri* o ante el *iudex unus*. En las provincias estos juicios se celebrarían ante el *praeses*, que juzgaba bajo la *cognitio* pues a la *querella* no le servía en ningún caso la fórmula, a diferencia de lo que ocurría con la *hereditatis petitio*.

Por su parte, el pretor peregrino podría remitir *peregrini* al Colegio Centumviral, pero que rara vez juzgaba a *cives*, pues no era en absoluto normal acudir indistintamente a uno u otro magistrado, si bien a partir de la *constitutio Antoniana* del año 212 d. C. se diluyen las diferencias de jurisdicción. Todo lo anterior, aceptando dos premisas: que en materia hereditaria siempre se admitió a los *peregrini* ante los centumviro en controversias con los *cives*, como hiciera también el *iudex unus*, pero, si se trataba de disputas hereditarias en las que las dos partes eran *peregrini*, se acudiría siempre al procedimiento formulario<sup>275</sup>.

En el siglo II a. C., la libertad de disponer<sup>276</sup> de los bienes por testamento se había instaurado en la vida romana y se planteaban ya numerosas reclamaciones sobre disposiciones *mortis causa* alegando el incumplimiento del *officium pietatis* por parte del testador, su falta de capacidad o la de los instituidos. Por su naturaleza representativa, los *centumviri* eran percibidos con confianza por los ciudadanos anhelantes de un pronunciamiento justo, fiel reflejo del sentir romano hacia las siempre tan sensibles cuestiones hereditarias, a la vez que su carácter colegiado evitaba el riesgo de parcialidad o incluso la corrupción del juez único.

Al igual que ocurriera con las primeras formas testamentarias romanas, el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*, el *testamentum per aes et libram* y la sucesión intestada mantenían un innegable matiz público, pues la comunidad<sup>277</sup> aún vigilaba el

---

<sup>274</sup> GAGLIARDI (2000) 384.

<sup>275</sup> GAGLIARDI (2000) 455, sobre las trabas procedimentales que habrían hecho necesaria la *fictio civitatis* o la actuación por patronos.

<sup>276</sup> CASTRO SÁENZ (2000) 47- 68.

<sup>277</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO (2011) 485 ss.; IGLESIAS (2004) 654 ss. La *mancipatio familiae* tenía esa doble naturaleza de acto privado y público, y el *testamentum per aes et libram* sigue la senda del formalismo y la publicidad. Con el testamento secreto quedará excluida la intervención de la comunidad, y los testigos sólo dan

escrupuloso cumplimiento de todo ese conglomerado de valores jurídicos y ajurídicos que se veía afectado a la muerte del *cives*. Y, como consecuencia de la consolidación de la libertad de testar, ya plenamente instaurada en la vida romana en los siglos IV y III a. C., habían aumentado considerablemente las disposiciones testamentarias a favor de personas ajenas al círculo familiar más cercano al testador, amparándose éste en la estricta observancia de las reglas formales de la *exheredatio*<sup>278</sup>, lo que sin duda representaba una actitud contraria a los principios morales y jurídicos que informaban la sucesión civil desde la época arcaica.

Las sentencias centumvirales en materia de inoficiosidad, en una evidente demostración del poder del Colegio, que superaba con creces al de otros jueces y al del pretor, podían dictaminar la caída de la institución de heredero. Pero, además, en otras ocasiones, los *centumviri* innovaron el *ius civile*<sup>279</sup>: por ejemplo, al instaurar la exigencia de la *exheredatio nominatim* para los *fili* y aliviada para las *filiae (inter ceteros)*<sup>280</sup>, o al declarar herederos *abintestato* a madres e hijos respectivamente en una época en la que el *ius civile* los consideraba bien meros *cognati*<sup>281</sup> cuando mediaba un matrimonios *sine manu*, bien *adgnati* si el matrimonio era *in manu*.

En materia de sucesión intestada, debemos analizar el caso de Urbina, acaecido en torno al año 10 a. C., celebrado al poco tiempo del juicio famoso sobre la herencia del hijo de Liburnia. *Figulo Sosípatro* dice ser hijo de la fallecida Urbina y reclama la herencia frente a los agnados. Asinio Polión, orador que desempeñó un papel de primer orden en el proceso político de la segunda mitad del siglo I a. C.<sup>282</sup>, defendía en el proceso a los agnados en un juicio en el

---

fe de la realización del acto dispositivo *mortis causa*. TERRANOVA (2010) 415 ss. ; BIONDI (1960) 37 ss.; 43 ss.; CASTÁN (2013) 210 ss.

<sup>278</sup> GAGLIARDI (2000) 275 ss.; D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*); D. 38, 17, 6 pr. (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*); Quintiliano, *Institutio oratoria* 4, 2, 5: *Filius an frater debeat esse intestate heres*; MEINHART (1967) 14 ss.

<sup>279</sup> GAGLIARDI (2000) 271 ss. Valerio Máximo, 7, 7, 2 y 7, 8, 2 sobre el caso de *Anneo Carseolano*, suceso del año 52 a. C.

<sup>280</sup> C. 6, 28, 4, 2 *Imp. Severus et Antoninus A. Iohani pp. Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis. [a. 531]*; Cicerón, *De oratore* 1, 38, 15. Valerio Máximo 7, 7, 1, sobre el *miles* considerado muerto por el *pater neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*.

<sup>281</sup> GAGLIARDI (2000) 292, sobre supuestos en los cuales los *cognati*, poseedores de la herencia, eran demandados por los herederos instituidos, y aquellos en los que los *cognati* eran los querellantes mientras que los demandados eran los herederos testamentarios que estaban en posesión de la herencia; RIBAS ALBA (1998) 167, sobre el carácter autónomo de la *querella* y el *agere per sponsonem*.

<sup>282</sup> Séneca el Rétor traza de él un extenso relato en las *Controversiae* 2, 3, 19; 1, 6, 11; 4, 2, 1; 5, 3; 6, 3; 7, 1, 4; 7, 6, 12 y alaba el rigor y seriedad de sus *declamaciones*. Fue *senator novus*, pues su padre provenía del orden ecuestre, y precisamente la fama adquirida en el foro que abrió las puertas del Senado, debido a su exitosa participación en causas centumvirales, las más prestigiosas par cualquier orador. Incluso Tácito alaba su ejercicio del *ars dicendi*. Tácito, *Dialogus de oratoribus* 38, 2: (...) *ut neque Ciceronis neque Caesaris neque Bruti, neque Caelii, neque Calvi, non denique ullius magni oratoris liber apud centumviros dictus legatur, exceptis orationibus*

que ya se planteaba, en una época muy anterior al senadoconsulto Orficiano, la sucesión intestada civil de la madre a favor de sus hijos.

Quintiliano nos da testimonio de la importancia política de dicho juicio, así como de la técnica defensiva de Asinio Polión frente a Labieno<sup>283</sup>, su contrincante en el proceso.

Quintiliano, *Instituta oratoria* 4, 1, 11:

*Nam in iudicem ne quid dicatur non modo palam sed quod omnino intellegit possit stultum erat monere, nisi fieret. Etiam partis adversae patronus dabit exordio materiam, interim cum honore eloquentiam eius et gratiamnos timere fingendo ut ea suspecta sint iudici fecerimus, interim per contumeliam, sed hoc perquam raro, ut Asinius pro Urbinae heredibus Labienum adversarii patronum inter argumenta causae malae posuit.*

Quintiliano, *Instituta oratoria* 7, 2, 4:

*Ea vero, quae sunt praesentis temporis, si non argumentis quae necesse est praecessisse, sed oculis deprehendenda sunt, non egent coniectura: ut si apud Lacedaemonios quaeratur, An Athenis muri fiant? Sed et illud, quod potest videri extra haec positum, coniecturae genus, cum de aliquo homine quaeritur, Qui sit; ut est quaesitum contra Urbinae heredes; Si qui tanquam filius pelebat bona, Figulus esset an Sosipater.*

Quintiliano, *Instituta oratoria* 7, 2, 5:

*Nam et substantia eius sub oculos venit, ut non possit quaeri an sit, quo modo an ultra oceanum, nec quid sit nec quale sit sed quis sit. Verum hoc quoque genus litis ex praeterito pendet: An hic sit ex Urbinia natus Clusinius figulus? Fuerunt autem tales nostris etiam temporibus controversiae, atque aliquae in meum quoque patrocinium inciderunt.*

Quintiliano, *Instituta oratoria* 7, 2, 26:

*Clusinium Figulum Urbinae acie victa in quasteterat fugisse, iactatumque casibus variis, retentum etiam a rege, tandem in Italiam ac patriam suam marginos venisseatque ibi*

---

*Asinii quae pro heredibus Urbinae inscribuntur, ab ipso tamen Pollione mediis divi Augustii temporibus habitae, postquam longa temporum quies et continuum populi otium et assidua senatus tranquillitas et maxime principis disciplina ipsam quoque elequentiam sicut omnia alia pacaverat?.*

<sup>283</sup> Orador e historiógrafo que se suicida en el año 12 a. C, tras la condena a la hoguera de su obra, algo calificado como *summa infamia* por Séneca el Rétor, *Controversiae* 10, *praef.* 4, que reconoce su talento innegable para cautivar al público, así como sus ataques a hombres poderosos como Mecenas.

*agnosci: Pollio contra servisse eum Pisauri dominis duobus, medicinam factitasse, manu missum alienae se familiae venali insmicuisse, a se rogantem ut ei serviret emptum*<sup>284</sup>.

*Fígulo* alegaba ser hijo de Urbina, lo que trataba de demostrar Labieno, mientras que Asinio Polión alegaba que era un liberto de la fallecida. Las cuestiones de fondo discutidas eran, por una parte, el parentesco de *Fígulo* con la fallecida y por otra, su *status libertatis*. Los agnados, *heredes Urbinae*, eran parientes de su familia de origen, puesto que el matrimonio de Urbina había sido *sine manu*. Desafortunadamente, no conocemos el desenlace del juicio, aunque sí el detalle de que los agnados ya estaban en posesión de los bienes. El reconocimiento de *Fígulo* como hijo de Urbina supondría reconocerle derecho a sucederla al menos en una parte del patrimonio, pues los *centumviri* vigilarían el cumplimiento del *officium pietatis* ante la injusticia de que un hijo quedara postergado por los agnados. Por tanto, la relevancia de este proceso radica en plantear expectativas sucesorias al parentesco de sangre, cuando no se reconocía por el *ius civile* y el *ordo pretorio* confinaba a la tercera clase de la *bonorum possessio*. De hecho, ya se plantea Quintiliano la posibilidad de que un hijo herede a su madre fallecida intestada antes que el hermano de la misma, *agnatus proximus*:

Quintiliano, *Instituta oratoria*, 4, 2, 5:

*Cum vel nulla expositio est, vel de re constat de iure quaeritur, ut apud centumviro: “filius an frater debeat esse intestatae heres, “pubertas annis an habitu corporis aestimetur”.*

Los autores discrepan sobre si el suceso debía encuadrarse en el ejercicio por el hijo de Urbina de la *querella inofficiosi testamenti*, aunque falta en los textos cualquier mención a la existencia de testamento.

Los procesos centumvirales en el Principado ofrecían la más codiciada ocasión de ejercer la oratoria forense, y, por las insidias y rivalidades que se manifestaban en dichos juicios, una actividad propia de la “arena política”<sup>285</sup>. Plinio el Joven, en sus *Epistulae*, recuerda los dramáticos sucesos acaecidos en el tribunal, en el que las discusiones sobre la *pietas* y el incumplimiento del *officium* en relación a parientes y cónyuges eran materias recurrentes en el

---

<sup>284</sup> QUERZOLI (2000) 29-32; GAGLIARDI (2000) 212-214; DI LELLA (1972) 75 ss. no cree que pueda asegurarse que Urbina había fallecido intestada, ni que el proceso se desarrollara entre el supuesto hijo y los herederos *abintestato*, los agnados. Por el contrario, entiende que se trata de un caso de *querella inofficiosi testamenti*, donde se discutía la preterición del hijo.

<sup>285</sup> QUERZOLI (2000) 65.

seno de las controversias hereditarias, muy en particular en los supuestos de testamentos inoficiosos.

Los intensos e invasivos interrogatorios, para goce del numeroso público convocado, suponían auténticos juicios populares que presenciaba en ocasiones el *princeps* en persona, como demostración palpable de la relación entre estos juicios y el poder político. Pues, una vez generado un consenso popular en torno a la *pietas*, se reforzaba en ocasiones la consideración de la figura del príncipe como *pater patriae*, sensible y atento al cumplimiento de los deberes del hombre impuestos por la propia naturaleza. Durante siglos, hasta el decaer de su influencia en la época de los Severos, en esos juicios todo resultaba simbólico, comenzando por el *hasta* clavada en suelo que remitía, según muchos autores, a su origen arcaico<sup>286</sup>. Pioneros en la tutela a los

---

<sup>286</sup> El caso de *Galla Numicia*, bajo el Principado de Augusto, el cual Séneca Rétor, *Controversiae* 9, 5, 15 describe con todo lujo de detalles. *Memini illum pro Gallia Numisia apud centumviros tirocinium ponere. Ex uncia heres erat patris sui Galla. Obiciebatur illi veneficium. Dixit rem disertussumam et omnibus saeculis duraturam, qua nescio an quicquam melius in eiusmodi genere causarum dictum sit: uncia nec filiae debetur nec veneficae. Non fuit contentus; adiecit: in paternis tabulis filiae locus aut suus debetur aus nullus. Etiam nunc adiecit: relinquis nocenti nimium, innocenti parum. Votienus Montano* fue el defensor de *Galla Numicia*, que reclamaba los bienes de su padre fallecido del cual había sido instituida heredera *ex uncia*, aunque se sospechaba que había envenenado al padre. El abogado sostenía que, o bien se le dejaba la herencia entera, o ninguna por ser una envenenadora, pero en ningún caso una duodécima parte de los bienes. Y prueba de que era una buena hija, era que el *pater* no la había desheredado, por lo cual debía corregirse el montante de la institución. El caso de *Pomponia Galla*, que había desheredado a su hijo, *Asidio Curiano* instituyendo heredero a *Plinio* el Joven y a *Sertorio Severo*, *vir praetorius e aliqui splendidi equites Romani*. *Curiano* había tratado de alcanzar un acuerdo secreto con *Plinio* sobre la *portio* recibida, para influir en la decisión de los *centumviri* lo que aquél ve contrario a los *mores maiorum*, y sólo se muestra dispuesto a renunciar si el hijo lograra demostrar que había sido *inique exheredatus*. El caso de *Caso Attia Viriola*: *Plinio* el Joven, *Epistulae* 6, 33: *Est haec pro Attia Viriola, et dignitate personae et exempli raritate et iudicii magnitudine insignis. Nam femina splendide nata, nupta pretorio viro, exheredata ab octogenario patre intra undecim dies quam illi novercam amore captus induxerat, quadruplici iudicio bona paterna repetabat. Sedebant centum et octoginta iudices, -tot enim quattuor consiliis colliguntur-, ingens utrimque advocatio et numerosa subsellia, praetera densa circumstantium corona latissimum iudicium multiplici circulo ambibat. (...) Accidit casu, quod non casus videretur: victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta, victus Suburanus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere*. Desheredada por su padre, *Attia Viriola* es defendida por *Plinio* el Joven en el ejercicio de la *querella*, siendo la única hija del difunto que reclama la herencia frente a la nueva mujer y a otros dos herederos, desenvolviéndose *apud centumviros quadruplici iudicio, duplici iudicio*. La causa se desarrollaba *isdem iudicibus, isdem advocatis, eodem tempore*. El caso de *M. Annei Carseolano*. *Valerio Máximo*, 7, 7, 2: *M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romanis filius asufenate avunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris*, obtiene la rescisión por parte de los *centumviri* del testamento de su padre natural, en el que había sido preterido. Este caso, de finales de la República, muestra la tutela de la relación con el *pater naturalis, artissimum inter homines procreationis vinculum*, que prevalece sobre la *voluntas* del testador. *El testamento de Ebucia*, historia que también acaece en los últimos años de la República, o como muy tarde, recién iniciado el principado de Augusto. *Valerio Máximo*, 7, 8, 2: *Vita Tuditani demens, Aebetiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione propecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis conmotata, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniam ex admonendum amplo patrimonio XX nummum legavit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio convellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendes quo eam aequiore animo sustinebat. Ebucia*, madre de dos hijas piadosas y de méritos similares, instituye heredera a una de ellas, *Pletonia*, y al hijo de la instituida lega una gran parte del patrimonio hereditario. En razón de esto, *Valerio Máximo* sostiene que el testamento está realizado por alguien demente, contraponiendo los hechos al caso inmediatamente precedente. Sana de mente, ha realizado un acto explícitamente injurioso excluyendo a una hija piadosa, que aun siendo afectada por esta decisión, decide no

parientes por línea materna los pronunciamientos de los *centumviri* serían reconocidos por la legislación imperial, por el pretor y los juristas, pues al igual que las sentencias de los *centumviri* instituían herederos civiles a los parientes (descendientes, ascendientes, hermanos) cuando existía justa causa y sus méritos así lo atestiguaban, hacían caer la institución de heredero en los juicios de inoficiosidad del testamento. Asimismo, anticiparon el futuro triunfo de la cognación sobre la agnación en la sucesión intestada, modelando el viejo *ius civile* para dar cabida a la nueva sensibilidad romana sobre los lazos familiares y el cumplimiento del *officium pietatis*.

La sanción por incumplimiento del *officium pietatis* permitió tutelar a los *cognati*, desprotegidos por el *ius civile*, y darles la oportunidad de hacer valer sus méritos en relación al causante, atendiendo a hijos e hijas piadosos que habían sido desheredados en beneficio de madrastras, padrastros, parientes o extraños. Se trataba, pues, de supuestos en los que dicho incumplimiento del *officium* no resistiría una comparación entre los favorecidos por el testamento inoficioso y los olvidados o desheredados, y, por tanto, debía corregirse la voluntad manifestada por el testador.

Seguramente esa sensación de justicia real, al alcance de muchos ciudadanos, multiplicó las causas centumvirales seguidas con pasión por el pueblo romano, incluido el mismo *princeps*, al sentirse reconfortados por sus resoluciones, respetando a quienes se consideraba guardianes de los valores de los mayores, y, en definitiva, de la *pietas romana*<sup>287</sup>. Cuando la *cognitio extra ordinem* se hizo con el dominio del espectro judicial y eran funcionarios imperiales, sin margen para la discrecionalidad, quienes administren la justicia, ya existía una batería de reglas innovadoras perfectamente integradas en el *ius civile* y recogidas en disposiciones legales, como las relativas a la sucesión en los *bona materna*<sup>288</sup> gracias al senadoconsulto Orficiano, o la preferencia de la madre sobre ciertos agnados, reconocida por el senadoconsulto Tertuliano. todo ello sin olvidar su influencia, siglos atrás, en la actividad pretoria, al inspirar figuras como la *bonorum possessio contra tabulas* o la inclusión de los cognados en el orden pretorio *abintestato*. Ciertamente, la actividad de los *centumviri* contribuyó a recompensar la observancia del *officium pietatis* en la familia, y el Colegio Centumviral, los ciento cinco romanos, originariamente elegidos por las tribus, juzgaron las patologías hereditarias valorando las expectativas y méritos de unos y otros aspirantes a suceder.

---

pedir la nulidad del testamento, lo que demuestra que la madre presenta un comportamiento alejado del *officium*, con lo que de nuevo nos hallamos ante una demostración de la estrecha relación entre locura ficticia e impiedad.

<sup>287</sup> Quintiliano, *Institutio oratoria* 4, 2, 5: (...) *ut apud centumviros: "filius an frater debeat esse intestatae heres"* (...).

<sup>288</sup> Para DI LELLA (1972) 79 ss. la adecuación de las viejas reglas a los nuevos tiempos fue el auténtico papel de los *centumviri*, coincidiendo su declive en el siglo II d. C., con la apertura de la sucesión *abintestato* automática tras la declaración de inoficiosidad del testamento. DÉNOYEZ (1959) 79 ss.



6. La concepción de la familia bajo la dinastía Antonina y su plasmación en el ordenamiento jurídico.

6.1. *Pietas patris, pietas filii.*

Para abordar las cuestiones relativas a las relaciones paterno filiales hemos de tomar como punto de partida un principio medular del *ius civile*: la condición de *paterfamilias* siempre recae en el varón y la mujer, aun *sui iuris*, se consideraba inicio y fin de su familia careciendo de *sui heredes*<sup>289</sup>.

D. 1, 6, 4 (Ulpiano, 1 *institutionum*):

*Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis siue puberes siue impuberes: simili modo matres familiarum: filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.*

---

<sup>289</sup> FRANCIOSI (2003) b 33-57; 74-96; 99 ss.; KASER (1938) 62 ss.; VOCI (1980) 37 ss.; BLANCH NOUGUÉS (2004) 4 ss. La *potestas* que ejerce el *paterfamilias* comprende las siguientes facultades: *dominica potestas* sobre las cosas que integran el patrimonio familiar, incluidos esclavos; *manus* sobre la mujer que ha ingresado en la familia mediante una *conventio in manum* y la *patria potestas* sobre hijos y descendientes incorporados a la familia (naturales, arrogados o adoptivos). El *paterfamilias* adquiría la *patria potestas* sobre todos los hijos nacidos del *matrimonium iustum* pudiendo reconocer su legítima pertenencia a la familia (*ius tollendi*) o rechazarlos (*ius exponendi*). Por ello, *paterfamilias* era todo aquel *cives* no sometido a la *potestas* de otro, con independencia de que tuviera descendencia, mientras que el *filiusfamilias* podía serlo a consecuencia de actos jurídicos como la *adoptio*, la *adrogatio* o la *conventio in manum*. La muerte o *capitis deminutio* del *pater* liberaba a los hijos varones de ese sometimiento, asumiendo su nuevo *status* de *paterfamilias* sobre sus descendientes. La humanización se observa, entre otros, en la desaparición del *ius vitae ac necis*. C. 9, 17, 1 *Imp. Constantinus A. ad Verinum vicarium Africae. Si quis in parentis aut filii aut omnino adfectionis eius quae nuncupatione parricidii continetur fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur neque gladio neque ignibus neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insutus culleo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentium contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivas carere incipiat, ut ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur. D. xvi k. Dec. Licinio v el Crispo C. cons. accepta prid. id. Mart. Carthagine Constantino A. v el Licinio C. cons. [a. 318-319]. Asimismo, en C. 9, 15, 1 *Imp. Valentinianus a Valens AA. ad senatum. In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversio compescat. Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicium notioni. D. prid.k. Dec. Valentiniano et Valente AA. cons. [a. 365].**

Gai. 1, 56:

*Iustas autem nuptias contraxisse liberosque iis procreatos in potestate habere ciues Romani ita intelleguntur, si cives Romanas uxores duxerint uel etiam Latinas peregrinasve, cum quibus conubium habeant: cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit, ut non solum ciues Romani fiant, sed et in potestate patris sint.*

La verdadera relevancia de la consideración de hijo legítimo consistía en la transmisión del parentesco agnaticio<sup>290</sup>, pues siendo los hijos meros cognados respecto a su madre, tan sólo en casos de matrimonios *in manu*, madre e hijos serían agnados al compartir la potestad ajena del marido y padre, padre y abuelo materno, o suegro y abuelo paterno respectivamente<sup>291</sup>.

El parentesco era relevante, por ejemplo, a la hora de la imposición de una pena de naturaleza sacra para el hijo que golpeaba a su progenitor. También se procedió a la tipificación como comportamiento punible del homicidio de los agnados próximos incluidos los afines<sup>292</sup>. Por supuesto, todas estas circunstancias pueden enmarcarse en un deber superior, el *officium pietatis*, que comprendería hechos tan diversos como la prestación de alimentos<sup>293</sup> recíprocos entre progenitores e hijos, entre hermanos y hermanas, también entre cónyuges, o el deber de no ejercitar la acción infamante, mientras que sólo con permiso del magistrado se podrían ejercer otras acciones por parte de los hijos contra sus progenitores.

El *ius civile* consideraba hijo legítimo al nacido de *matrimonium iustum*<sup>294</sup>, si bien existieron circunstancias que permitían al esposo negarse a reconocer un hijo como suyo, pues desde tiempo inmemorial, la procreación excedía el ámbito doméstico y devenía en cuestión de interés público.

---

<sup>290</sup> CAPOGROSSI COLOGNESI (1970) 357 ss.

<sup>292</sup> BLANCH NOUGUÉS (2004) 10 ss. Existía un derecho a participar del consejo de familia según las costumbres de los antepasados antes de proceder al castigo de algún miembro, la exención para prestar testimonio o formar parte de un jurado en un proceso criminal contra un pariente de sangre, o la obligación de guardar luto por un pariente cognaticio durante el tiempo establecido legalmente. Asimismo, impedimento para contraer matrimonio hasta cierto grado (incluso entre esclavos); POLO (2012) 228 ss.; EVAN GRUBBS (2002) 81 ss; 136 ss.

<sup>293</sup> ALBURQUERQUE (2006) 1-35; (2008) 1-17; (2009) 1- 12.

<sup>294</sup> BLANCH NOUGUÉS (2004) 8. Gelio, 4, 3, 2 menciona el repudio de las mujeres no aptas para concebir, siendo el caso de *Spurius Caruilius Ruga* el narrado como ejemplo del primer ciudadano romano que se divorcia alegando que su mujer era estéril. CASTÁN (2013) 378; KASER (1938) 62 ss.; VOCI (1980) 37 ss.

D. 1, 6, 6 (Ulpiano, 9 *ad Sabinum*):

*Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium.*

D. 1, 7, 1 (Modestino, 2 *regularum*):

*Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt. quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.*

En ocasiones, la filiación legítima no provenía de la naturaleza<sup>295</sup> sino que se incorporaban personas a la familia a través de actos jurídicos, la *adoptio* o *adrogatio*<sup>296</sup>. En cualquiera de estas situaciones nacía el parentesco agnaticio entre los *filii* y el *pater*, y, consecuentemente, entre aquél y los parientes *in potestate* del padre de familia. Sin embargo, en caso de adopciones o *adrogationes*, la mujer del adoptante no mantenía parentesco legal alguno con esa persona<sup>297</sup>.

Por principio, los hijos nacidos de padres casados legítimamente se encontraban bajo la patria potestad del marido, aunque se exigía un *tempus legitimum* o *iustum* para el nacimiento: al menos ciento ochenta días tras la celebración de matrimonio (al séptimo mes, declara Paulo) o dentro de los diez meses de su disolución<sup>298</sup>:

Paulo, *Sententiae*, 4, 9, 5:

*Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur.*

---

<sup>295</sup> BLANCH NOUGUÉS (2004) 8 ss. La ceremonia arcaica del *tollere liberos* se celebraba unos días después del nacimiento y la primera purificación llevada a cabo después del parto, pero antes de la primera toma de alimento por parte del neonato. Consistía en depositar en el suelo al recién nacido, y el padre levantaba. Si no se produjera este acto de reconocimiento del padre con respecto al hijo, no se producía necesariamente la falta de reconocimiento o la *expositio*: a veces el reconocimiento del padre no podía llevarse a cabo por su enajenación mental o el nacimiento de un póstumo, de forma que esta ceremonia había ido perdiendo valor. DIXON (1988) 237-238.

<sup>296</sup> RUIZ PINO (2011) 1- 23; KASER (1938) 62 ss.; VOCI (1980) 37 ss.

<sup>297</sup> ASTOLFI (2002); (2006); NÚÑEZ PAZ (1998) a 83 ss.; (1988) b 713 ss.; POLO (2012) 228 ss.; EVAN GRUBBS (2002) 16 ss.; 81 ss.; 136 ss.; 187 ss.; 261 ss.

<sup>298</sup> BLANCH NOUGUÉS (2004) 12 ss.; EVAN GRUBBS (2002) 261 ss.; CANTARELLA (1991) a 252 ss.; KASER (1938) 62 ss.; VOCI (1980) 37 ss.

D. 38, 16, 3, 11-12 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*):

*Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit iusto tempore videri natum, nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesium secundum diem esset manumissa.*

En el supuesto de disolución del matrimonio por causa del divorcio, el senadoconsulto Planciano *de liberis agnoscendis*, de fecha incierta pero en todo caso del siglo I d. C., exigía a la mujer que se creyese encinta la notificación al ex marido (*denuntiatio*) de su estado dentro de los treinta días desde el divorcio. Una vez efectuada en plazo la denuncia por parte de la mujer, el esposo tenía dos alternativas: enviar guardas a la mujer para su custodia o declarar, en respuesta a la denuncia de la mujer que el embarazo no provenía de él. Si no realizara alguna de estas acciones, se exponía a ser obligado a reconocer al feto<sup>299</sup>. La mujer que retrasaba la comunicación era oída con examen previo de causa, aunque si no procedía a la misma, el marido podía no reconocer al feto lo que le exoneraba del deber de prestación de alimentos, aun sin negarle la condición de *suus*.

Parece que, hasta la promulgación del senadoconsulto Planciano, se recurría al *praeiudicium an filius si* para obtener la declaración judicial de paternidad, por lo que dicha norma agilizaría el procedimiento, que perseguía no el reconocimiento paterno de la criatura esperada, sino que los alimentos a favor del hijo concediendo una pensión a la madre que no se veía obligada a demostrar la paternidad de su anterior marido, pues la carga de la prueba recaía sobre éste. Así las cosas, en materia de alimentos hallamos una nueva manifestación del *officium pietatis*, primando los vínculos de sangre y mostrándose como irrelevante la legitimidad de los hijos. Recíprocamente, subsistía una obligación de los hijos pudientes hacia los padres necesitados<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> BLANCH NOUGUÉS (2004): 13 ss. En D. 25, 4, 1, 10 (Ulpiano, 24 *ad edictum*) se nos informa de un edicto pretorio que recogería el caso de fallecimiento del marido, en el que se establecen cautelas en interés de los herederos del marido para evitar fraudes con respecto a los partos. Asimismo, un célebre rescripto de los *divi Fratres*, Marco Aurelio Antonino y Lucio Vero permitió al marido exigir un régimen de garantías que diera transparencia y certeza al nacimiento previsible de un hijo suyo sin que el senadoconsulto Planciano tuviera aquí aplicación. De hecho, Ulpiano consideración al feto como *mulieris portio vel viscerum* (porción de mujer o de sus vísceras) en el sentido de evitar la posibilidad de que la mujer abortara e impidiera al marido ser padre de la criatura. Mientras que el senadoconsulto Planciano defendía a la madre embarazada y al feto, el rescripto mencionado pensaba en el marido y padre, estableciéndose medidas cautelares que podía exigir para evitar la pérdida del hijo.

<sup>300</sup> ALBURQUERQUE (2006) 1-35; (2008) 1-17; (2009) 1- 12.

Por lo que se refiere a la *adrogatio*, el mismo Cicerón se refería a ella como *simulata adoptio filii*, y, por respeto a los *mores maiorum*, el *ius civile* exigía una justa causa y la condición de *minor* del adoptado por un *maior*<sup>10</sup>, como reflejaría Justiniano<sup>301</sup>. La diferencia de edad requerida sería, al menos, de dieciocho años entre *paterfamilias* y adoptado, entendiendo que aquellos sujetos que tuvieran incapacidad biológica para engendrar hijos o esterilidad<sup>302</sup> serían aptos para la adopción.

A los *filii iusti*, se contraponían los hijos naturales<sup>303</sup>, los llamados *vulgo concepti* o *spurii*, que acabarán por beneficiarse en el Bajo Imperio de medidas basadas en la equidad que les irá otorgando derechos, particularmente en el ámbito de la sucesión *mortis causa*.

*Tituli ex corpore Ulpiani 4, 2:*

*Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur.*

D. 1, 5, 19 (Celso, 29 *digestorum*):

*Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur.*

En definitiva, el concepto de filiación, iba necesaria e irremediabilmente unido a los *mores maiorum*, y, si bien en los primeros siglos de la sociedad romana el *paterfamilias* había venido ejerciendo un poder sobre los hijos tan desmesurado que comprendiera el *ius vendendi*, *ius exponendi*, *ius vitae et necis* y el *ius noxae dandi*, el carácter dinámico de la familia romana se acabó manifestando en el atemperamiento, con el transcurso del tiempo, de los efectos de la *patria potestas*.

En D. 37, 12, 5 (Papiniano, 11 *quaestionum*) se refleja la intervención de Trajano, obligando a un *paterfamilias* a emancipar a su hijo al que había maltratado, una importante reacción a los abusos en el ejercicio de la patria potestad. Sin duda, una de las manifestaciones de la *pietas* en el ámbito de las relaciones entre el *paterfamilias* y sus descendientes, naturales o adoptivos, la hallamos en la regulación del deber de alimentos, objeto de disposiciones de

---

<sup>301</sup> Instituciones, 1, 1, 4; D. 1, 7, 40 (Modestino, 1 *differentiarum*).

<sup>302</sup> RUIZ PINO (2011) 3 sobre los *spadones* o impotentes, distintos de los *castrati* a quienes no se permite adoptar, opinión sancionada en Instituciones, 1, 11, 9.

<sup>303</sup> BLANCH NOUGUÉS (2004) 20 ss. A partir de Constantino y por influjo del cristianismo se abren vías para su legitimación, *per subsequens matrimonium*, o *per oblationem curiae*. A veces, a cambio de la legitimación se hacían decuriones, responsables de las contribuciones de los ciudadanos o municipes para lo que necesitaban un patrimonio suficiente. CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 198.

Antonino Pio y Marco Aurelio, que inciden en el carácter recíproco de los mismos<sup>304</sup>, siendo un común denominador de la reglamentación de las relaciones de parentesco en época antonina la preocupación por el mutuo sostenimiento de los parientes más cercanos.

Puede hablarse de un deber de alimentos entre el hijo y su progenitor desde los primeros años del Principado, cuando en el marco de la *cognitio extra ordinem*, e incluso interviene Augusto en ciertas reclamaciones de alimentos<sup>305</sup>. El príncipe, *pater patriae*, defensor de los *mores* y del *officium pietatis*, trataba así de favorecer la solidaridad familiar, obsesionado con el papel de la familia en cuanto pilar de la sociedad<sup>306</sup>, con la importante aportación del senadoconsulto Planciano, promulgado entre los años de gobierno de Vespasiano y los años 117 a 125 d. C.

Con el paso del tiempo, los amplios poderes del padre de familia fueron atenuados o eliminados gracias a una evolución del concepto patriarcal de la familia hacia una consideración de la función del *pater* más como un deber que como un derecho, puesto que la *domestica emendatio*<sup>307</sup> supondría “una moderada corrección doméstica, fundada en el afecto y limitada por la ley<sup>308</sup>”.

Código Teodosiano, 9, 13, 1 (*Impp. Valentinianus et Valens AA. Ad Senatium*):

*In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum, et privata animadversione compescat. quodsi atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet, enormis delicti reos dedi iudicium notioni.*

En efecto, ya a finales de la República se observa una progresiva atenuación de los poderes inherentes a la *patria potestas*, íntimamente ligada al impulso otorgado por el derecho

---

<sup>304</sup> ALBURQUERQUE (2008) 1-17 se refiere a un precedente sobre dichos alimentos en la *lex Aelia Sentia* del 4 d. C., entre el patrono y el liberto recíprocamente, y la privación de los derechos por un posible incumplimiento del mismo.

<sup>305</sup> ALBURQUERQUE (2008) 10 ss.

<sup>306</sup> ASTOLFI (1996) 16 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 15-17; 21-32; 50 ss.; MASCHIN (1978) 9 ss.; 83 ss.; 139 ss. 275 ss.; 283 ss.; 296 ss.; QUERZOLI (2000) 120 ss.; SOLAZZI (1939) 81 ss.; MANFREDINI (2003) 233 ss.

<sup>307</sup> RUIZ PINO (2011) 3 ss.

<sup>308</sup> Gai. 1, 128, sobre el *status civitatis* y el *status familiae*.

pretorio y la *interpretatio* al parentesco de cognación<sup>309</sup>. En el siglo II d. C., época de promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, queda ya lejana aquella concepción del *status* del *filiusfamilias* legítimo frente al *paterfamilias* como un ser condicionado en las decisiones sobre su vida personal o patrimonial, independientemente de la edad que tuviera, incluso siendo un ciudadano absolutamente capaz para el ejercicio de sus derechos cívicos y políticos.

VOCI<sup>310</sup> analiza las relaciones entre *paterfamilias* y *filius* durante el período comprendido desde la República hasta el gobierno de los Severos, abordando diversas cuestiones como el consentimiento al matrimonio del hijo, las adopciones y emancipaciones, la disciplina doméstica, los delitos privados y la noxalidad. Asimismo, desde el punto de vista patrimonial, se ocupa del régimen de los peculios y la existencia de obligaciones entre padres e hijos.

En relación al consentimiento matrimonial, aun cuando el padre de familia podía romper el matrimonio de la hija casada *sine manu*, una disposición de Antonio Pío<sup>311</sup> y otra de Marco Aurelio<sup>312</sup> impiden obrara de esta forma cuando la hija manifestara su voluntad de seguir casada. Igualmente, la *filia* podía decidir por sí misma divorciarse.

Para la adopción y arrogación<sup>313</sup>, el consentimiento requerido era diferente, pues en el primer caso, aun asistiendo al acto, el adoptado no manifestaba su consentimiento, siendo en el caso de arrogación necesaria la manifestación de voluntad de ambas partes. Recordemos que el mismo Adriano adoptó a Antonino Pío con la condición que él mismo adoptase a Lucio y Marco Aurelio<sup>314</sup>. En otras ocasiones, los adoptados entraban en la familia no como hijos, sino como nietos, de forma que, falleciendo el adoptante, no pasaría a ser personas *sui iuris* sino que quedarían bajo la potestad de alguno de sus hijos.

La emancipación del hijo podía en ocasiones reportar ingentes beneficios económicos, debido a la *condicio emancipacionis*<sup>315</sup> que se vinculaba a la adquisición de una herencia por un hijo de familia. Realmente, no era un acto que pudiera imponerse al *paterfamilias*, si bien en el siglo II d. C. ya se admitían excepciones a esa regla, como la obligación impuesta por Trajano

---

<sup>309</sup> KASER (1938) 62 ss.; GARCÍA GARRIDO (1958) 20 ss.; PERIÑÁN (2000) 91 ss. La mayor capacidad patrimonial de los *alieni iuris* a través de los peculios, así como el relevante papel de la mujer en la vida social y económica, en especial tras el desuso de la *conventio in manum* a partir del siglo III a. C. (era ya un vestigio del pasado en el siglo I a. C.), influyen en la instauración de un nuevo concepto de relación paterno filial.

<sup>310</sup> VOCI (1980) 37 ss.

<sup>311</sup> Paulo, *Sententiae* 5, 6, 15.

<sup>312</sup> C. 5, 17, 4 *Impm. Diocletianus et Maximianus. AA. et CC. Pisoni. Filiae divortium in potestate matris non est. D. Ill k. Ian. Sirmi CC. cons. [a. 294].*

<sup>313</sup> VOCI (1980) 44 ss.

<sup>314</sup> *Scriptores Historiae Augustae, Hadrianus*, 24, 1.

<sup>315</sup> VOCI (1980) 46.

al padre maltratador de emancipar a su hijo. En efecto, tenemos conocimiento de una constitución por la mención en D. 37, 2, 5 (Papiniano, 11 *quaestionum*), a raíz de la cual surge la duda de si, en tanto *parens manumissor*, conservaría ese padre sus expectativas sucesorias. La respuesta dada por Neracio es negativa, pues no se debían conseguir ventajas económicas de la emancipación impuesta al padre como castigo por su comportamiento contrario al *officium*.

La *domestica disciplina*<sup>316</sup> es materia especialmente interesante, entendida como la potestad disciplinaria del padre sobre el hijo, que podía consistir en una modesta enmienda de las faltas pero también en la *abdicatio* (expulsión de la casa)<sup>317</sup>, el destino a una finca alejada o incluso la muerte. En realidad, la potestad del padre concurría con la del poder público, que cedía a aquél su ejercicio cuando era manifiesta la licitud de la muerte del hijo causada por el padre dada la gravedad de los hechos<sup>318</sup>. Una decisión de Adriano, que conocemos por D. 48, 9, 5 (Marciano, 14 *institutionum*), condenaba al padre que había matado al hijo con especial crueldad, *patria potestas in pietate consistere debet*, si bien esa frase puede ser obra de los compiladores porque es difícil compaginarla con la existencia del *ius vitae et necis*<sup>319</sup>. Lo que ocurre es que al tiempo de Adriano ese derecho no podía delimitarse siguiendo los mismos parámetros que en la época de Rómulo. La muerte del hijo incumplía la *lex Cornelia* como homicidio simple, puesto que en la *lex Pompeia de parricidiis*<sup>320</sup> el crimen del hijo a manos del padre aún no era todavía en el siglo II d. C. considerado parricidio<sup>321</sup>. Por su parte, conocemos de una decisión de Antonino Pío en D. 49, 16, 13 (Macer, 2 *de re militari*): un *filiius* había desertado del ejército, y el padre lo entrega a la autoridad militar, esperándole la pena de muerte. Sin embargo, el emperador conmuta la pena para que el padre no se sienta causante de la muerte de su hijo

En otro orden de cosas, en los años de gobierno de Antonio Pío, la patria potestad no impedía que, caso de ser el padre pródigo o furioso, el hijo pudiera ser el curador de su padre, como muestra de piedad filial. Por cierto que esta medida sería confirmada por los *divii fratres*<sup>322</sup> y desde hacía siglos se podía oponer el incumplimiento del *officium pietatis* paterno al haber redactado un testamento lesivo para los intereses de los parientes cercanos, sobre todo de los hijos.

---

<sup>316</sup> VOLTERRA (1991-92) 130 ss.; BRAVO BOSCH (2005) 10 ss.

<sup>317</sup> VOCI (1980) 76 ss.

<sup>318</sup> VOCI (1980) 59.

<sup>319</sup> *Scriptores Historiae Augusta, Hadrianus*, 18.

<sup>320</sup> ROTONDI (1990) 406.

<sup>321</sup> VOCI (1980) 68-70.

<sup>322</sup> D. 26, 5, 12, 1 (Ulpiano, 3 *de officiis proconsulis*); D. 27, 10, 1 (Ulpiano, 1 *ad Sabinum*).



En cuanto al régimen económico del *filius* destaca, como extensión de la regulación del peculio castrense, la retirada por parte de Adriano a un padre de la administración de los bienes hereditarios que debía restituir por fideicomiso a su hijo, ante su dejación en cuanto gestor de los bienes, D. 36, 1, 52 (Papiniano, 11 *quaestionum*). Asimismo, en esa época, el padre podría considerarse en ocasiones como acreedor de su hijo por una obligación natural, si bien otras veces la situación era inversa, al igual que se consideraba una obligación el deber de alimentos, D. 25, 3, 5 pr. (Ulpiano, 2 *de officiis consularis*) y la constitución de dote a favor de la hija, D. 23, 1, 9 (Marciano, 16 *institutionum*), pues ambos deberes podían exigirse en la *cognitio extra ordinem*.

Las relaciones paterno filiales en el Imperio, por tanto, se vieron afectadas especialmente por las orientaciones políticas de las diversas dinastías. El gobierno de Domiciano supuso una etapa ominosa de destrucción de los *mores maiorum* por la fragmentación de la sociedad romana<sup>323</sup>, cuando desde el poder político, se fomentaba la delación entre parientes y la traición de los siervos hacia los señores, trascendiendo el clima de terror de la esfera público a la privada<sup>324</sup>. Por supuesto, el derecho sucesorio sufriría una gran inestabilidad, sometidas las disposiciones testamentarias a los vaivenes políticos. Una vez superada esa etapa, los emperadores volvieron sus ojos a la ética tradicional y a los *mores maiorum*, reformulando las bases morales del Imperio y las de la propia familia romana.

Las costumbres romanas de siempre en el ámbito doméstico, fluyeron igualmente por la vida social y política. Desde el poder se fomentaron de nuevo unos valores de convivencia que acabarían sirviendo a la grandeza de Roma y, en la búsqueda de un *consensus universorum*, tras haber sufrido los gobiernos de príncipes que habían desprestigiado también al *ius*, emergía para restaurar el tejido social romano la figura del emperador, supremo garante de la instauración de esta nueva edad de oro, como ya lo fuera el próspero Principado de Augusto.

Plinio, en su *Panegírico*<sup>325</sup> a Trajano pronunciado en el Senado en septiembre del año 100 d. C., siendo él mismo y C. Cornuto Tertullo cónsules, se refiere a la nutrida gama de virtudes del emperador, inaugurando los Antoninos un período en Roma trascendental en la concepción jurídica de la familia romana. Plinio llama a los nuevos romanos a vivir como los *veteres* desde el respeto hacia los parientes: los padres eran reprobados si trataban a sus hijos contra los dictados de la naturaleza humana, y se revalorizan los vínculos naturales de la familia, penalizando a los padres que actuaran *contra pietatem*. Se considera a los ciudadanos

---

<sup>323</sup> BAUMAN (1996) 53-70.

<sup>324</sup> QUERZOLI (2000) 121.

<sup>325</sup> QUERZOLI (2000) 118 ss. acerca de la *pietas* en Plinio, *Panegírico* 2, 6; 3, 1; 7, 29; 8, 6; 10, 1; 10, 3; 10, 8. 21, 3; 37, 4; 37, 6; 37, 7; 42, 2; 88, 6; 79, 4.

como *amici*, y la *fides*, la *pietas* y la *natura* ejercerán como límites del mismo poder imperial, pues el príncipe no se muestra ambicioso ni interviene en la voluntad de los ciudadanos, lo que devuelve, por ejemplo, la seguridad a las disposiciones de última voluntad<sup>326</sup>.

Una significativa muestra de esta nueva concepción de las relaciones paterno filiales, en época de Adriano, es el siguiente texto, donde se deporta *in insulam* al padre que había asesinado a su hijo quien, por cierto, había cometido adulterio con su madrastra, puesto que la *potestas* no podía consistir en atrocidades, sino que debía estar guiada por la *pietas* romana<sup>327</sup>:

D. 48, 9, 5 (Marciano 14, *institutionum*):

*Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure enim interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

Antonino Pío<sup>328</sup>, cuyo sobrenombre posiblemente deriva de su extraordinaria devoción filial, elevaría la *pietas* a una posición privilegiada entre el resto de virtudes imperiales, ya fuera como manifestación de la relación privada entre los miembros de la familia imperial, ya desde una perspectiva dinástico-sucesoria, de matiz público<sup>329</sup>. La *Historia Augusta* hace continuas referencias a los honores que Antonino Pío tributaba a su padre adoptivo así como a los parientes naturales, e incluso consiente que las mujeres de su familia adopten el nombre de *Augusta*, y aprueba que su padre, madre, abuelos y hermanos fallecidos sean honrados con estatuas<sup>330</sup>. Entre las diversas manifestaciones que llevan a la atribución del título de Pío, se mencionan precisamente en la *Historia Augusta* dos acontecimientos que ponen el acento sobre la devoción de Antonio hacia Adriano: los inmensos honores decretados después de la muerte del viejo emperador, *contra omnium studia*, y la asidua dedicación a su padre que había

---

<sup>326</sup> Plinio, *Panegirico*, 43, 1.

<sup>327</sup> RABELLO (1979) 239 ss.; QUERZOLI (2000) 115 ss. Una aportación interesante de Adriano será la asimilación a los ciudadanos romanos de la aristocracia provincial rompiendo con las limitaciones impuestas por el anticuado sistema del derecho de familia romano.

<sup>328</sup> *Scriptores Historiae Augusta*, *Pius* 2, 3-7; 5, 1-2; 8, 5.

<sup>329</sup> MARTIN (1982) 310 ss. El título de *Pius*, que se atribuía por el Senado a los emperadores algo que con frecuencia vemos en monedas y documentos epigráficos posteriores a su adopción por Adriano y sobre todo, después que Antonino Pío adoptara a Lucio Vero y Marco Aurelio. Se trata de monedas acuñadas entre febrero y julio del año 138 d. C, en las que se representa al nuevo César y que difunden valores como la *pietas et concordia*, mientras que a partir de fines de julio del mismo año, numerosos papiros se refieren al título de *eusebés*.

<sup>330</sup> DOMÍNGUEZ ARRÁNZ (2009) 215-253.

impedido al emperador gravemente enfermo el suicidio así como la ayuda prestada al suegro *presente senatu*<sup>331</sup>.

Marco Aurelio<sup>332</sup> representará la continuidad en la consideración de la *pietas* hacia los deberes familiares como valor de referencia que debía tutelarse por el propio príncipe, observándola en el seno de su familia, y, en su relación con los súbditos. Frontón<sup>333</sup>, en su carta del año 162 d. C. muestra su propio afecto al príncipe cuyas virtudes elogia, y le insiste en la necesidad de guiarse por la *pietas*, así como en la importancia de la relación también con sus hermanos. *Pietas, fides, amor, desiderium*<sup>334</sup>. Ese afecto en el seno de la familia imperial dotaría de estabilidad y prosperidad al Imperio. También la tutela y valoración de la *pietas* se reflejará en la actividad normativa de Marco Aurelio, quien en el año 178 d. C. durante el principado conjunto con el hijo Cómodo, reconoce con el senadoconsulto Orficiano la posibilidad de los hijos de heredar a su madre fallecida intestada con preferencia a los consanguíneos y agnados de la difunta, cuestión que la *Historia Augusta* recuerda tras mencionar la intervención de Marco Aurelio en materia de *vicissima hereditatium*<sup>335</sup>. Más adelante detallaremos la influencia del pensamiento estoico en Marco Aurelio y en las normas dictadas durante su gobierno, pues, en definitiva, en el emperador filósofo se condensan los principios morales acumulados por los predecesores de su dinastía. Marco Aurelio a menudo mostró su gran y piadoso agradecimiento a su padre adoptivo por comportarse según los deberes del varón romano, al cuidado del Estado y de su pueblo, a la vez que consideraba el matrimonio un deber cívico para la perpetuación del propio individuo y su recuerdo tras la muerte: *diuturnitas nobis memoria in aevum*<sup>336</sup>. El emperador se casó y tuvo hijos cumpliendo su deberes morales y cívicos, los postulados estoicos y los *mores maiorum* y en los retratos de

---

<sup>331</sup> *Scriptores Historiae Augusta, Pius* 5, 1; 2, 3; 13, 3, 4. Frontón, *De feriis Alsiens* 3, 5: el intelectual más cercano al emperador escribe una carta a Marco Aurelio que se refiere al período de reposo del príncipe como *pater vester divinus...vir in providentia, pudicitia, frugalitas, innocentia, pietas, sanctimonia*. HOUT (1999) 290.

<sup>332</sup> *Scriptores Historiae Augusta, Marcus Aurelius Philosophus* 7, 1 sobre las herencias a su favor.

<sup>333</sup> Frontón, *Epistola Ad Antoninum* 1, 5, 4.

<sup>334</sup> Frontón, *Epistola ad Verum* 2, 2, 5.

<sup>335</sup> *Scriptores Historiae Augustae, Marcus Aurelius Philosophus* 11, 8. Nerva, Trajano y Adriano habían regulado la institución de la *vicissima*, mencionada por Plinio, *Panegirico* 37, 1 ss. y *Epistulae* 7, 14 como *tributum tolerabile et facile* para los *extranei*, *grave* para los *domestici*. La *vicissima* instituida por Augusto en el año 6 d. C. se destinaba al *aerarium* militar, que preservaba la herencia de los legados, y suscitó una fuerte oposición en el Senado. Casio Dión, 55, 25, 5; 56, 28, 4-6. Sobre la regulación de Marco Aurelio, las fuentes son escasas, pero por lo transmitido en la *Vita* del Emperador se habrían promulgado *leges de vicissima hereditatium* referidas al montante y a exenciones. En cuanto al reconocimiento de los lazos de sangre, GARDNER (2000) 83 ss.; LÓPEZ RENDO (2015) 188 ss.

<sup>336</sup> QUERZOLI (2000) 124. El emperador había visto morir a sus seres cercanos en su infancia y juventud. y era consciente de que debía dejar heredero más que por el deseo de fama, por el bien de los súbditos. En sus *Meditaciones*, Marco Aurelio dedica sesenta y una a la muerte y la obsesión por el recuerdo sin escapar a cierto pesimismo ante lo efímero de la existencia. Marco Aurelio, *Meditaciones* 3, 10; 4, 19; 4, 32; 4, 33; 7, 10; 8, 25; 8, 31; 9, 30; 10, 34.

la familia imperial<sup>337</sup>, personificación de la *concordia* entre cónyuges, la *pietas* de los progenitores se mostraba como una figura femenina que ponía su mano sobre una niña y sujetaba con el brazo izquierdo a un niño. *Pietas* y *diuturnitas*, dos términos entrelazados, el reflejo del valor otorgado por los emperadores antoninos a los lazos familiares y a la continuidad en los hijos de los valores romanos<sup>338</sup>.

En resumen, y para concluir con la cuestión de la regulación de las relaciones paterno filiales, podemos indicar que ya desde finales de la República existieron multitud de actos jurídicos que necesitaban del concurso de voluntades del *paterfamilias* y el hijo, y de la primera no se prescinde. El *ius occidendi* se aplicaba en contadas ocasiones, y se modifica con Augusto el régimen del consentimiento matrimonial y, en el ámbito patrimonial, la regulación del peculio castrense limitaría la absoluta disposición de los bienes por el *pater*. En el siglo II d. C., las normas del concurso de voluntades referidas al campo de la adquisición *mortis causa*, el matrimonio o el cambio de *status familiae* tienden a ser más complejas tratando de asegurar un resultado razonable y que escapara de un exceso de rigor. En otros campos, rige el principio de obediencia del hijo, aunque no se exige hasta límites insostenibles como llegar a cometer ilícitos por la obediencia al padre, pues la *cognitio extra ordinem* asegura la protección del hijo frente a abusos del padre en el ejercicio de su potestad<sup>339</sup> por la innegable influencia de la consideración por el derecho de la *pietas familiaris*.

## 6. 2. *Pietas viri, pietas uxoris.*

Al tiempo de publicarse el senadoconsulto Tertuliano, los matrimonios libres superaban a aquellos acompañados de la *manus* en los que la esposa quedaba sometida a la potestad del marido si éste era *sui iuris*, o del *paterfamilias*, si el marido era *alieni iuris*<sup>340</sup>. Hasta los primeros siglos de la República, matrimonio y *conventio in manu* caminaron de la mano, como fiel reflejo del predominio de los lazos de agnación, aunque la finalidad de cada instituto era bien distinta: el matrimonio atribuía a la mujer el estado de esposa, *uxor*, mientras que la *manus* la situaba en el grupo agnaticio-familiar del esposo, *filia loco* de éste o de su *paterfamilias*.

---

<sup>337</sup>QUERZOLI (2000) 125, lo que se vio reflejado en la serie de monedas del año 149 d. C

<sup>338</sup>D. 23, 2, 57 (Marciano, 2 *institutionum*).

<sup>339</sup>VOCI (1980) 97-99.

<sup>340</sup>NÚÑEZ PAZ (1988) 19 ss.; 55 ss.; 66 ss.; 175 ss. Un amplio sector doctrinal considera que en Roma existieron dos tipos de matrimonio, *cum manu*, celebrado mediante un rito religioso (*confarreatio*), una compra simulada (*coemptio matrimonii causa*) o la cohabitación anual ininterrumpida (*usus*) y, por otra parte, un matrimonio *sine manu* por el cual la mujer aun casada continuaba bajo la *potestas* de su propio *paterfamilias* o siendo *sui iuris*. VOLTERRA (1991-92) a 3 ss.; (1991-92) c 83 ss.; (1991-92) e 199 ss.; (1991-92) f 155 ss.; lo configura como instituto unitario y diferente aunque coetáneo a la *conventio in manum*.

Efectivamente, la salida del hogar paterno de la mujer hacia su nueva familia suponía la pérdida del parentesco agnaticio con su familia de origen<sup>341</sup>. El traslado domiciliario de la esposa a casa del marido era la consecuencia de la subordinación al *paterfamilias*<sup>342</sup> y las antiguas prácticas matrimoniales estaban marcadas por el primitivo carácter exogámico de los matrimonios colectivos entre las distintas gentes, pues se celebraban uniones en función de los propios intereses reproductivos, económicos o políticos, utilizando a las mujeres como objeto de intercambio. Una modalidad era la *mancipatio matrimonii causa* o el raptó, por las que la mujer era alejada del grupo al que pertenecía para entrar a formar parte, por efecto de la *manus* de la familia de su marido. El traslado fue recogido entre los usos y principios consuetudinarios, y en la época monárquica, el matrimonio comenzaba con la *deductio in domum mariti*<sup>343</sup>. La sociedad gentilicia instauró la asunción por la mujer del *praenomen* del marido y el *nomen* gentilicio de éste, ambas cosas una señal del carácter monogámico de la institución<sup>344</sup>. La primitiva regulación haría a la mujer, asimismo, asumir como propio el domicilio de su esposo<sup>345</sup>.

CASTRESANA<sup>346</sup> analiza la posición y consideración social de la mujer romana manifestando que la relación de igualdad entre los dos sexos no habría interesado a la religión ni a las leyes romanas. La especie femenina que recreaban textos escritos por varones quedaba artificialmente definida por el arquetipo de la mujer-modelo, en el que residían determinadas virtudes previamente definidas y catalogadas que encarnaban la “feminidad ideal”: la mayoría de las mujeres deberían parecerse a ese ideal, y los hombres reconocían en él a su madre o esposa, la *materfamilias* y la *matrona*. En la literatura latina es constante la referencia a ese modelo de mujer, como en la *Sátira VI* de Juvenal donde la *Puditicia*, diosa del Pudor, es el referente del que aprendieron las esposas y madres de los primeros romanos para llevar una forma de vida casta, saludable y simple. Por el contrario, la mujer desinhibida y emancipada había adquirido vicios traídos por la ansias de riqueza y el lujo, descritos por Séneca el Filósofo, en *De beneficiis* 6, 32, 1 esos vicios que definen el anti-modelo de feminidad: beber,

---

<sup>341</sup> PEPPE (1997) 130 ss explica cómo los invitados acompañaban y conducían a la novia a la casa del marido, previo simulacro de un raptó, tal vez antiguo recuerdo del raptó de las Sabinas. Tras ese ritual, el cortejo se encaminaba a casa del novio, el cual se adelantaba para recibirla en la puerta, realizando una serie de ritos con la finalidad de propiciar las divinidades a las que estaban consagradas la entrada de las casas romanas. Desde el umbral de la casa, el marido le preguntaba: *Quaenam vocaretur?*, a lo que ella respondía: *Quando tu Gaius ego Gaia*, y la mujer era levantada por los que le acompañaban para que no tocara el umbral con el pie y el marido la recibía entregándole el agua y el fuego, símbolo de la comunidad de vida.

<sup>342</sup> LÓPEZ HUGUET (2009) 6 ss.

<sup>343</sup> FRANCIOSI (2003) b 59 ss.

<sup>344</sup> FRANCIOSI (2003) b 74 ss.

<sup>345</sup> CANTARELLA (1997) 65-72.

<sup>346</sup> CASTRESANA (1993) 33 ss.

rivalizar con los hombres y la desmesurada ambición propia o de éxito para sus hijos<sup>347</sup>. Mientras tanto, en su obra *Ad Helviam de consolatione*<sup>348</sup> dibujaría las virtudes de la abnegada mujer<sup>349</sup> fiel, pudorosa, introvertida y capaz de controlar las emociones. Otra importante faceta de la *materfamilias* la define Catón el Censor para la mujer del administrador de la granja, pues debía observar unos deberes de carácter religioso, aunque también se detenga en cuestiones relativas a la limpieza de la casa, la procreación y las habilidades en la cocina<sup>350</sup>.

Partiendo del modelo del *paterfamilias*, se construye un modelo femenino de *materfamilias*. Aun sometidas al poder de los hombres, las mujeres servirían a la formación y desarrollo de la comunidad familiar<sup>351</sup> y el derecho contemplará la figura de la *materfamilias* con la paradoja que el género femenino se presentaba de naturaleza débil y próxima a la imbecilidad<sup>352</sup> pero la *materfamilias* se caracterizaba por su fortaleza de ánimo, la capacidad de raciocinio y la sabiduría para gestionar el ámbito doméstico.

Fuera del ámbito doméstico, a la mujer le estaban vetados los oficios políticos y funciones civiles como la tutela o la judicatura, y actividades profesionales como la abogacía o la banca. Asimismo, en la vida social, en los banquetes, en su indumentaria y en sus comportamientos sexuales<sup>353</sup> debían observar una larga lista de comportamientos. Educadas para el matrimonio desde niñas, eran prometidas en torno a los siete años y se casaban al entrar en la pubertad, incrementándose la mortalidad de las mujeres romanas por los alumbramientos. El aborto se castigaba en cuanto produjera la muerte de la mujer, normalmente por envenenamiento a base de hierbas y pociones, pero, hasta el siglo II d. C. la interrupción del embarazo por la mujer<sup>354</sup> fue una cuestión privada. La jurisprudencia clásica lo catalogará como acto jurídico punible e ilícito, pronunciándose a favor de la custodia masculina del vientre, en cuanto atentado contra el *paterfamilias* frustrando sus expectativas, como se expresa en D. 25, 4, 1 (Ulpiano, 24 *ad edictum*) y D. 47, 11, 4 (Marciano, 1 *regularum*).

El matrimonio romano, desde el punto de vista de los derechos y obligaciones, siempre estuvo evidentemente desequilibrado, lo que se manifiesta especialmente en la potestad

---

<sup>347</sup> CASTRESANA (2009) 22 ss.

<sup>348</sup> Séneca el Filósofo, *Ad Helviam de consolatione* 16, 3; 14, 4 y 19, 2.

<sup>349</sup> Marcial, *Epigrammata* 3, 68; 4, 75 y 10, 63.

<sup>350</sup> CASTRESANA (2009) 30.

<sup>351</sup> Cicerón, *Pro Murena*, 12, 27 y Gai. 1, 144 basan en la debilidad congénita de las mujeres la necesidad de someterlas a tutela aun pasada la pubertad, aunque las mujeres que se acercan al ideal de la mujer-modelo tienen una fuerza cuasi divina que le otorga un *status social* y jurídico superior.

<sup>352</sup> MENTXAKA (2004) 439-443; RODRÍGUEZ MONTERO (2013) 2325 ss.; NÚÑEZ PAZ (2009) 284-285; VERDEJO SÁNCHEZ (1992) 77- 122; 123-138; (1995); PEPPE (1984) 80 ss.; SENÉS (1995) 69-88; ZANNINNI (1967) 293 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210-217; BACCARI (2007) 2 145-165; THOMAS (2000) 136 ss.; HERRMANN (1964) 86 ss.

<sup>353</sup> CASTRESANA (2009) 50.

<sup>354</sup> CASTRESANA (2009) 60 ss.

disciplinaria que la tradición remonta a las *leges regiae*. Entre otros supuestos, el marido podía sancionar a la esposa si realizaba actos que pudieran conducir a la *turbatio sanguinis* o a impedir ese fin procreador<sup>355</sup>. Pero, dada la relación de subordinación en que se encontraba la esposa y a que no disponía de una potestad recíproca, en realidad la obligación de fidelidad y de buenas costumbres era unilateral<sup>356</sup>.

La *conventio in manum* se muestra ya en claro retroceso desde finales del siglo III a. C., pero no es menos cierto que la regulación del *usus* suponía de hecho la sujeción al marido aunque el matrimonio se celebrase *sine manu*<sup>357</sup>, a salvo de que se interrumpiera la residencia la mujer en el domicilio<sup>358</sup> del esposo ausentándose tres noches consecutivas del mismo (*trinoctium*)<sup>359</sup>.

En los últimos siglos de la República, la esposa asume una mayor independencia del marido y se separan matrimonio y *conventio in manum*. Del antiguo repudio, entendido como sanción, se evoluciona hacia una disolución marital fundada en la pérdida de la *affectio maritalis*. En consecuencia, el marido podrá solicitar el *divortium*, cuya iniciativa acabaría

---

<sup>355</sup>NÚÑEZ PAZ (1988) 85 ss.; LÓPEZ ROSA (1998) 421; Casio Dión, 2, 25, 69; Plinio el Joven, *Epistulae* 6, 3, 9; 14, 8, 9 y 14, 13, 89; Valerio Máximo, 2, 1, 5; Cicerón, *De republica*, 4, 6.

<sup>356</sup>CANTARELLA (1991) a 200 ss.; (1996) 63 ss. y 77 ss.; PEPPE (1984) 3-4, 9, 70 ss., 83 y 97 ss., entre otras; GARCÍA GARRIDO (1958) 141 ss.; BONFANTE (1974) 557 ss.; ASTOLFI (2002) 10 ss.; 99 ss.; VOLTERRA, (1991-92) 677; VIPARELLI (2007) 5843-5849.

<sup>357</sup> LÓPEZ HUGUET (2006) 5 ss. La mujer casada *sine manu* y dependiente de su *paterfamilias*, podía por la *ductio* ser arrebatada del domicilio conyugal, incluso contra su voluntad, y reconducida a la casa paterna, mientras que la *ductio* ejercitada por el marido que ostentaba la *manus* sobre la esposa la reconducía a casa y la sustraía de la influencia de quienes suscitaban discordia en la familia. Aun en época republicana, se mantiene la asunción del domicilio del esposo de los antiguos *mores maiorum*, aunque ya la *conventio in manum* se presenta claramente como realidad diferenciada tanto en su constitución como en su disolución: D. 7, 8, 4, 1 (Ulpiano, 17 *ad Sabinum*): *Mulieri autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare Quintus Mucius primus admisit, ne per matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. nam ei contrarium quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum*. GARCÍA GARRIDO (1958) 70 ss. se pregunta sobre cuál sería el domicilio de la mujer en aquellos casos en que el marido estableciera el domicilio conyugal en un lugar distinto de su *domus* familiar, y, en tanto en cuanto se hallaba subordinada al marido y sólo a él correspondía determinar el lugar donde ubicarlo, podía establecerlo en la casa cuyo uso le había sido legado a su mujer para que la misma pudiera usarla sin alterar la cohabitación conyugal. También podía ser el sitio donde la mujer tenía su *origo*, pero no puede ser interpretado en el sentido de que el marido siguiera el domicilio de la esposa sino que, en cualquier caso, la *uxor* seguía el domicilio de su marido y, al hacerlo, se podía encontrar *de facto* domiciliada incluso en el mismo lugar en el que tenía su domicilio con anterioridad al matrimonio.

<sup>358</sup>NÚÑEZ PAZ (1998) a 83 ss. refiere una forma de repudio en la cual la mujer estaba presente, destinataria pasiva de la voluntad del marido. Podía aplicarse tanto contra la esposa *sui iuris*, propietaria de las cosas que usa, como contra la *alieni iuris*. Desde un punto de vista patrimonial, tras el divorcio no se procedía a la disolución de los bienes matrimoniales, ni a la restitución de la dote ni a la *actio rei uxoriae* sino que la mujer se llevaba consigo unas *res nec mancipi* que tenía para su uso personal que carecían de interés para el marido.

<sup>359</sup> LÓPEZ HUGUET (2006) 5 ss. Tras la Ley de las XII Tablas, el domicilio de la mujer casada comienza a adquirir relevancia y aunque se mantiene la costumbre por la cual la esposa asumía el domicilio del marido, el *trinoctium* permite esquivar esa norma, siendo presupuesto para adquirir la potestad que la sociedad conyugal tuviera un domicilio marital. VOLTERRA (1991-92) 369; 682; 30. En el mismo sentido, BONFANTE (1974) 57; NÚÑEZ PAZ (1988) 88 y 92; FRANCIOSI (2003) b 137 y 141; ASTOLFI (2002) 108, 198 y 206.

siendo reconocida también a la mujer<sup>360</sup> y se abre un proceso de emancipación femenina que durará hasta la crisis del Imperio, al desmoronarse el modelo de conducta tradicional en el momento en que la mujer ignora las costumbres y se aleja de las virtudes demandadas. Literatos y gobernantes imponen un regreso a las antiguas costumbres y a la recuperación del ideal de feminidad, abandonado por la desmedida exhibición de lujos y riquezas<sup>361</sup>, pues se teme que la salida de la mujer del ámbito doméstico, el acceso a la cultura y a ciertos oficios antes reservados a los hombres (obstetricia, hostelería, minas, naves) haría aumentar el número de divorcios y las prácticas abortivas. Los ritos de Baco o la *Bona Dea* son señalados como sedes del ejercicio encubierto del desenfreno sexual, la magia y el uso de pociones y medicamentos<sup>362</sup>.

Abordando el tema desde una óptica patrimonial, el derecho en el siglo I a. C. permitía a las mujeres comprar fundos, arrendarlos, disfrutar de usufructos, gestionar la fortuna de sus hijos y llevar un registro de transacciones. Por supuesto, elegir con quien casarse y redactar testamento. El matrimonio *sine manu* se había generalizado, y la mujer conservaba sus lazos familiares y jurídicos con la familia de sangre, eligiendo en libertad al marido, hasta el punto que entre las clases altas fueron habituales las segundas y posteriores nupcias<sup>363</sup>. Por el contrario, les estaba vedado disponer de sus bienes sin la autorización del tutor, ser instituidas herederas si la fortuna superaba los 100.000 ases, recibir legados por la mitad de la herencia, hacer donaciones al marido o recibir las, enajenar fundos o participar en subastas públicas. Curiosamente, en el orden fiscal se mantenía la equiparación entre hombres y mujeres<sup>364</sup>.

En la etapa del Principado, aunque la mujer había adquirido una mayor capacidad jurídica<sup>365</sup> en paralelo a la decadencia en las antiguas costumbres religiosas y morales, es clave

---

<sup>360</sup> Casio Dion, 2, 25, 7; Valerio Máximo, 2, 1, 4; Gelio, 4, 3, 1-2; 17, 21, 44 sobre el divorcio de *Spurio Carvilio Ruga* en el año 230 a. C. El motivo fue el cese efectivo de la *affectio maritalis*, oculto bajo el pretexto de la esterilidad de la mujer, lo que permitiría al marido eludir la nota censoria aunque no la repulsa de la opinión pública consciente de que era una mera excusa. NÚÑEZ PAZ (1988) b 713 ss. define el *repudium* como acto de manifestación de voluntad contrario a la continuación de la relación conyugal mientras que con el término *divortium* se hacía referencia al efecto del repudio, consistente en la cesación del vínculo entre los esposos. En el Derecho postclásico ambos términos varían su significado, al entenderse por *repudium* la declaración de voluntad unilateral de uno de los cónyuges de romper la unión matrimonial y por *divortium* la manifestación de los cónyuges de disolver, de común acuerdo, el vínculo conyugal. ASTOLFI (2002) 152-153. Sólo en el último siglo de la República, el divorcio será permitido a la mujer y sin que la causa fuese necesariamente justificada. Cicerón, *Ad familiam*, 8, 7, 2.

<sup>361</sup> CASTRESANA (2009) 80 ss.

<sup>362</sup> CASTRESANA (2009) 93-94.

<sup>363</sup> CASTRESANA (2009) 101 y 102. Cicerón, *Pro Caecina* sobre las prohibiciones.

<sup>364</sup> CASTRESANA (2009) 105 ss.

<sup>365</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 78 ss.; ASTOLFI (2002) 39-51. La *lex Oppia* del año 215 a. C., derogada en el 195 a. C., les prohibió ponerse joyas en exceso o vestidos coloridos y la *lex Voconia* del año 169 a. C. que pudiesen recibir una herencia de un ciudadano romano censado en la primera clase y, en general, patrimonios superiores a 100.000 ases. PEPPE (1984) 42 ss. y 52 ss.; CANTARELLA (1991) a 237 ss.; (1996) 107 ss.;



la intromisión de Augusto<sup>366</sup> en la regulación del matrimonio pues se articula un sistema de premios y recompensas legales a aquellas mujeres que abandonaran los placeres y la emancipación y adoptarían el papel tradicional de la mujer-modelo. La mujer casta, honesta y prudente, cuyo objetivo es el matrimonio y el cuidado de los hijos vuelve a un primer plano tras la promulgación de las leyes sobre la familia. Se reprimen la libertad sexual, el divorcio, el adulterio, y, si los delitos sexuales se habían castigado durante siglos por el tribunal doméstico<sup>367</sup>, pasan a ser juzgados por tribunales especiales a denuncia de cualquier ciudadano<sup>368</sup>. La legislación de Augusto, en definitiva, responde a un deseo de frenar el descenso de la natalidad entre las clases altas y recuperar la pureza de la vieja aristocracia.

Por su parte, Tiberio sigue los mismos principios, siendo paradigmático el caso de las mujeres de la alta sociedad que se inscribieron en el censo de prostitutas, tal como narra Suetonio<sup>369</sup>, para escapar de las sanciones en que incurrían las matronas.

En cuanto al matrimonio, en el derecho clásico el requisito esencial<sup>370</sup> era, junto a la capacidad natural y a la capacidad jurídica recíproca, el consentimiento inicial y el mantenimiento del mismo. Se requería un consentimiento continuo o *affectio maritalis*, que sólo cobraba sentido a través de su exteriorización (*honor matrimonii*) y que no podía desligarse con carácter absoluto de la convivencia, puesto que la intención de los esposos de permanecer juntos formaba parte del contenido de la manifestación de voluntad de constituir un matrimonio<sup>371</sup>. Este particular tendría influencia en diversas situaciones, tales como la exigencia de restitución de dote<sup>372</sup> o el cambio de jurisdicción en virtud del domicilio<sup>373</sup>. En el siglo II d. C. ya no se permitía al *paterfamilias* arrebatarse a su hija de su casa del marido, pues la

---

BAUMAN (1992) 33 ss.; HERRMANN (1964) 52 ss.; EVAN GRUBBS (2002) 16 ss.; 81 ss.; 102 ss.; 136 ss.; 187 ss.; 236 ss.

<sup>366</sup>CANTARELLA (1991) a 210. SOLAZZI (1939) 81 ss.; (1955) 81 ss.; ASTOLFI (1996) 1-15; 16-56; 77 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 15-17; SAMPER (1972) 15 ss.; VIPARELLI (2007) 5843-5849; MANFREDINI (2003) 233 ss.

<sup>367</sup>GHIRARDI (2005) 1- 49; VOLTERRA (1991-92) d 130 ss.; BRAVO BOSCH (2011) 1- 18.

<sup>368</sup>CASTRESANA (2009) 117 ss.

<sup>369</sup>Suetonio, *Tiberio*, 34 y 35.

<sup>370</sup>NÚÑEZ PAZ (1988) a 55 ss.

<sup>371</sup>LÓPEZ HUGUET (2009) 20 se refiere a D. 24, 1, 66 pr. (Escévola, 9 *digestorum*) sobre donaciones previas al traslado.

<sup>372</sup>D. 5, 1, 65 (Ulpiano, 34 *ad edictum*). Ulpiano indica que si el proceso había sido interpuesto ante el juez competente, incluso después de los sponsales, con anterioridad al matrimonio, no sigue el *forum viri* sino que sería terminado donde comenzó y la sentencia podría ser ejecutada contra la mujer aunque ella hubiese cambiado de *forum* por el matrimonio, D. 2, 1, 19 (Ulpiano, 6 *fideicommissum*).

<sup>373</sup>LÓPEZ HUGUET (2009) 25, expone que el matrimonio del cautivo no podía considerarse subsistente aunque la mujer permanezca en casa de éste como domicilio del matrimonio: D. 49, 15, 12, 4 (Trifonino, 4 *disputationum*).

hija *alieni iuris* casada no podía ser compelida a volver al domicilio paterno en contra de su voluntad:

Paulo, *Sententiae* 5, 6, 15:

*Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit, itemque a patrono libertum, a parentibus filium filiamque: nisi forte quaeratur ubi utilius morari debeat.*

Por cierto, se trata de una norma que reproducirá Marco Aurelio, y que se muestra plenamente coherente con su posición respecto al matrimonio y la relación de los cónyuges, como se nos explica en la siguiente constitución:

C. 5, 17, 5 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Schyroni. Dissidentis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem, divus Marcus, pater noster, religiosissimus imperator, constituit, nisi magna et iusta causa interveniente hoc pater fecerit. 1 Invitam autem ad maritum redire nulla iuris praecepit constitutio. 2 Emancipatae vero filiae pater divortium in arbitrio suo non habet. D. v k. Sept. Nicomediae CC. cons.* [a. 294].

ASTOLFI<sup>374</sup> menciona el reconocimiento al marido de su derecho a efectuar la *ductio* de su esposa y de retornarla al domicilio conyugal en el caso que el padre la hubiera sustraído del mismo abusando de su *patria potestas*:

D. 43, 30, 2 (Hermogeniano, 6 *iuris epitomatorum*):

*Immo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.*

Por tanto, en el Alto Imperio, se mantuvieron como efectos del matrimonio la asunción por la esposa del rango social y del domicilio de su marido los cuales se aplicaban a la viuda, salvo que contrajera nuevo matrimonio:

---

<sup>374</sup>SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 15-17; 21- 32; 50 ss.

D. 50, 1, 22, 1 (Paulo, 1 *sententiarum*):

*Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet exemplo clarissimae personae per maritum factae: sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur.*

La posición de subordinación de la *uxor* al marido se fue atenuando, a lo que se sumaría a la adquisición de nuevos derechos por las mujeres así como el debilitamiento de los vínculos agnaticios y de las potestades paternas. Todo ello no significa que el matrimonio romano llegara a ser una unión paritaria: ni la concesión augustea del *ius liberorum*, ni la limitación de los poderes maritales sobre la dote, ni la posibilidad de acusar por el delito de adulterio a los maridos rescataría a las mujeres de su posición de desventaja. Pues, si es cierto que el marido ya no tenía derecho a matar a la esposa adúltera, seguía obligado a repudiarla para no ser él mismo acusado de crimen de lenocinio y, asimismo, el marido gozaba de la facultad de prohibirle contraer un nuevo matrimonio<sup>375</sup>.

Ciertamente encontramos algunos ejemplos de figuras femeninas implicadas en los asuntos y en la vida política de sus maridos o que desarrollaron “oficios viriles” como la abogacía<sup>376</sup>, pero, como constata CANTARELLA<sup>377</sup>, las normas jurídicas siempre fueron dictadas por los hombres que ostentaban en exclusiva el gobierno y la administración del Imperio. No obstante, aunque con Augusto<sup>378</sup> sale reforzada una concepción del matrimonio que otorgaba un carácter social y cívico a la unión conyugal siguiendo el *status* social de la esposa al de su marido<sup>379</sup>, también se consolidaría la pertenencia de los esposos a familias distintas y la separación de sus patrimonios:

---

<sup>375</sup> BAUMAN (1994) 41 ss.; CANTARELLA (1991) a 132 ss. y 189 ss.; PEPPE (1994) 97 ss.; LÓPEZ HUGUET (2006). Los juristas consideraron que, en derecho, las mujeres eran en muchos aspectos inferiores a los hombres: D. 3, 1, 1 (Ulpiano, 6 *ad edictum*); D. 50, 17, 2 pr.; BONFANTE (1974) 263 ss.; ASTOLFI (1996) 133- 164: La *lex Iulia de maritandis ordinibus* prohibía a los ingenuos desposarse con una mujer *in adulterio deprehensa*. SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 50 ss.; MANFREDINI (2003) 233 ss.; SOLAZZI (1939) 81 ss.

<sup>376</sup> Sobre mujeres ejerciendo la abogacía, VIPARELLI (2007) 5843-5849.

<sup>377</sup> CANTARELLA (1991) a 197 ss.

<sup>378</sup> SPAGNUOLO VIGORITA (1998): 15-17; 21-32; 50 ss.; NÚÑEZ PAZ (1988) 25 ss.; ASTOLFI (2002) 370; CANTARELLA (1991) a 193 ss., 242 ss.; GARDNER (2009) 257 ss.

<sup>379</sup> LÓPEZ HUGUET (2009) 17 ss. La regulación jurídica del domicilio de la *uxor* constituyó la expresión de la moral y de los usos sociales de la época. La adjudicación del domicilio de su marido tenía relevancia en los *munera* y en la jurisdicción a la que quedaban sometidas, por lo que hablan de domicilio legal u obligatorio algunos autores. Curiosamente, la regulación domiciliaria era sólo aplicable a la mujer casada en justas nupcias mientras que a la mera concubina o la mujer que estaba unida a un hombre por vínculos no legítimos era completamente independiente en materia domiciliaria. Por rescripto de los *Divi Fratres*, recogido por D. 50, 1, 38 (Papirio Justo, 2 *de constitutionibus*) se prescribió que las mujeres que se dieran en matrimonio no legítimo debían desempeñar los *munera* allí de donde eran oriundas y no donde los desempeñaban sus maridos. Mientras tanto, la mujer prometida en matrimonio conservaba su primitivo domicilio y, conforme a un pasaje de Modestino, la que se desposaba no cambiaba de domicilio antes de contraídas las nupcias, D. 50, 1, 32 (Modestino, 1 *differentiarum*): *Ea, quae desponsa est, ante contractas nuptias suum non mutat domicilium*. Sobre sus obligaciones fiscales, CUENA BOY (2008) 4 ss.

D. 23, 2, 1 (Modestino, 1 *regularum*):

*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

Precisamente en cuestiones de *status* resulta interesante el caso de las llamadas *clarissimae feminae*, mujeres de rango senatorial, cuyos matrimonios debían ceñirse a una serie de reglas aún vigentes en los siglos III y IV d. C. La legislación matrimonial augustea había sancionado por tres generaciones la pertenencia al orden senatorial no solo para hombres, sino para las hijas y nietos de senadores y la situación de las *clarissimae* fue objeto de atención por diversos emperadores, ante las dudas planteadas en aquellos casos en que contraían matrimonio con esposo de clase inferior.

Teodosio<sup>380</sup>, dirigiéndose en el año 392 a Martiniano, *comes orientis*, menciona el cambio de *status* de las mujeres tras el matrimonio, pues entre finales del siglo II d. C. y la edad severiana una constitución conocida indirectamente versaba sobre ese asunto. En efecto, un rescripto de Severo Alejandro, emanado por la cancillería imperial a Severiana, exponía el caso de una familia senatorial con al menos un exponente de rango consular.

En la época de Marco Aurelio<sup>381</sup>, el título de *clarissima femina* se otorgaba a las hijas de los senadores, solteras o casadas con *clarissimus vir*, y a aquellas mujeres que, perteneciendo de nacimiento a otro orden social, se habían casado con un senador. Las mujeres que contrajeran con hombres de baja posición social, en primera o segundas nupcias, incluidos los caballeros, planteaban el problema de la conservación de su *dignitas*<sup>382</sup>. Para el caso que la mujer *clarissima* por matrimonio con un senador se divorciara de éste, pero no contrajera nuevo matrimonio con hombre de inferior dignidad, se le mantendría también su condición,

---

<sup>380</sup> LÓPEZ HUGUET (2006) 25 ss. Desde la edad clásica, el domicilio implicaba los *munera*, siendo medidas favorables a los senadores el *hospitium*, pero sobre todo la *dignitas* senatorial que incidía en la exención de *munera municipalia* ligados al domicilio o al *origo*. El *origo* era inmutable y se conectaba al nacimiento, a la adopción, a la manumisión o *adlectio* en una ciudad, mientras que el domicilio podía cambiarse y duplicarse. Los senadores tenían Roma por domicilio pero podían tener suyo propio, una facultad especialmente tratada por la jurisprudencia severiana. La condición de los senadores aparece privilegiada en Paulo, *Sententiae* 1, 1, 7; D. 50, 1, 22, 4-5 (Paulo, 1 *sententiarum*). La situación de las mujeres casadas *clarissimae* era particular, D. 50, 1, 38 (Papirio Justo, 2 *de constitutionibus*) y D. 50, 1, 37, 2 (Calístrato, 1 *de cognitionibus*) pues sin estar sometidas a los *munera* de la ciudad de *origo*, se asimilaban a las *incolae* del lugar donde vivía el marido. En esa ciudad estaban sujetas a *munera*, si bien podrían tener privilegios si el marido estaba domiciliado en Roma. Para casos de viudedad o de segundas nupcias no legítimas, la mujer debía cumplir con los *munera* en la ciudad de origen. CUENA BOY (2004) 99 ss.

<sup>381</sup> Algún autor sitúa el fragmento a la mitad del gobierno de Septimio Severo, preferiblemente al inicio de Caracalla, aunque otros creen que es de principios de Marco Aurelio.

<sup>382</sup> D. 1, 9, 8 (Ulpiano, 6 *fideicommissum*).

pero eran más dudosas situaciones en el caso de las *clarissimae*<sup>383</sup>, hijas de senadores, que contrajeran matrimonio con un caballero. Este fue el caso de *Iulia Soemias, clarissima* por su padre, *C. Iulius Avitus Alexianus* quien ocuparía en los juegos seculares del año 204 d. C. un lugar como la primera entre las matronas de rango equestre, lo que hace evidente que había sido afectada por una norma que le hizo perder el rango de *clarissima*. Coherentemente con lo anterior, muestra como extraordinario D. 1, 9, 12 pr. (Ulpiano, 2 *de censibus*) el caso de *Iulia Mamae*, quien, por gracia de Caracalla, su primo, había conservado el *status consularis* tras su matrimonio en segundas nupcias con un caballero. Puede, por tanto, concluirse, que a fines del siglo II d. C., época de promulgación del senadoconsulto Orficiano, Marco Aurelio, más estricto en sus planteamientos morales, habría establecido un procedimiento para restringir a las *clarissimae* sus títulos honoríficos<sup>384</sup>, de forma que se les imponía una condición para seguir perteneciendo a ese orden.

---

<sup>383</sup> NASTI (2007) 3739 ss.

<sup>384</sup> Puede que también se aplicaran a mujeres del rango equestre: C. 5, 4, 10 *Imp. Diocletianus et Maximianus A. A. Paulinae Cum te non ex senatore patre procreatam ob matrimonium cum senatore contractum clarissimae feminae nomen adeptam dicas, claritas, quae beneficio mariti tibi parata est, si secundi ordinis virum postea sortita es redacta ad prioris dignitatis statum, deposita est*. Se trata de un procedimiento en el que se mantiene una rígida separación entre órdenes sociales mayores y menores, pues los matrimonios entre *clarissimae* y caballeros era desfavorables para las mujeres del censo senatorial. ASTOLFI (1996) 1-15; SPAGNUOLO VIGORITA (1998): 15-17; 21- 32; 50 ss.; SOLAZZI (1939) 81 ss.; MANFREDINI (2003) 233 ss.; CUENA BOY (2004) 99 ss.



## CAPITULO II

### Fundamentos y principios rectores del senadoconsulto Tertuliano.

#### I. El senadoconsulto como fuente del derecho.

#### II. Razones históricas, políticas y jurídicas para la consideración de la madre como heredera civil del hijo fallecido intestado.

1. El tiempo de Adriano.
2. Las relaciones materno filiales y el derecho.

#### III. El senadoconsulto Tertuliano en las fuentes y la doctrina.

1. El senadoconsulto Tertuliano en las fuentes.
  1. 1. *Corpus Iuris Civilis*.
  1. 2. *Tituli ex corpore Ulpiani*.
  1. 3. Código Teodosiano.
  1. 4. Sentencias de Paulo.
  1. 5. Disposiciones posteriores al senadoconsulto Tertuliano.
    1. 5. 1. El decreto de Antonino Pio.
    1. 5. 2. El rescripto de Septimio Severo.

#### 2. Aproximación doctrinal al senadoconsulto Tertuliano.

2. 1. Goutelle.
2. 2. La Pira.
2. 3. Sanfilippo.
2. 4. Vaccaro-Delogu.
2. 5. Meinhart.
2. 6. Voci.

2. 7. Yaron.
2. 8. Samper.
2. 9. Lavaggi.
2. 10. Fernández Vizcaíno.



## I. El senadoconsulto como fuente del derecho privado.

En los siglos de la Monarquía, el Senado romano<sup>385</sup> consistía en una asamblea de jefes de la nobleza patricia, compuesta posiblemente por cien miembros a designación de Rómulo, una cifra que vendría a coincidir con la de los jefes de las distintas *gentes* de Roma, los *patres gentium maiorum*. Por su parte, Tulo Hostilio habría elevado el número a doscientos senadores, al incorporar a los hombres más ilustres de la ciudad de Alba Longa una vez sometida, mientras que con Tarquinio Prisco, primer rey etrusco, se alcanzaría la cifra de trescientos<sup>386</sup>. No obstante, precisamente la dinastía etrusca redujo el peso político de la institución que habría pasado a ser un consejo de ancianos designado por el *rex* según ciertas tradiciones consuetudinarias para asesorar al monarca en los asuntos importantes de gobierno como *consilium regis*. Otras muy relevantes funciones del Senado habrían sido la vigilancia del cumplimiento de los *mores maiorum* y, sobre todo, el *interregnum* o ejercicio de las funciones del *rex* mediante un sistema rotatorio en el cargo por cinco días. Esta tarea, que seguía el orden de edad de los senadores fue ejercida probablemente en colaboración con los augures<sup>387</sup>. En cuanto depositarios de la *auctoritas patrum* para la confirmación de los acuerdos tomados en las asambleas populares, el Senado otorgaba a dichas decisiones carácter obligatorio

Durante la República, el Senado devino en pilar fundamental de la política romana, continuando en el ejercicio de su papel consultivo como auténtico contrapeso a los magistrados. La autoridad personal de sus miembros devenía en una especie de *auctoritas* corporativa<sup>388</sup>, y, mientras Roma procedía a su expansión territorial, el Senado marcaba las pautas para garantizar la estabilidad política dado el carácter vitalicio de la condición de senador, en tanto que las magistraturas se renovaban anualmente. Los censores completaban las vacantes producidas por muerte, destitución o renuncia cada cinco años eligiendo entre ex magistrados, a la vez que procedían a la exclusión de los senadores considerados indignos para ejercer el cargo. En plena

---

<sup>385</sup> ARANGIO-RUIZ (1980) 28 ss.; 129-134; 268 ss.; 285-291; 317 ss.; MOMMSEN (1952) 449 ss.; DE MARINI (1957) 15 ss.; LORETI-LORINI (1930) 379 ss.; DE MARTINO (1972) 144 ss.; 270 ss.; (1973) a 192 ss.; (1973) b 99 ss.; 144 ss.; (1974) 564 ss.; ROTONDI (1990) 109; 114; 116 ss.; RIBAS ALBA; PARICIO-FERNÁNDEZ BARREIRO (2014); ORMANNI (1990) 120 ss.

<sup>386</sup> Livio, 1, 17, 5; 1, 35, 6; 2, 1, 10.

<sup>387</sup> RIBAS ALBA (2009) 133 ss.; RIBAS ALBA-SERRANO VICENTE (2012); CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 127-129; 210; CRIFFÒ (1968) 33 ss.; 70 ss.; 88 ss.; PERIÑÁN (2000) 55 ss.; 261 ss.; 484 ss.; VOLTERRA (1969) 1047 ss.; O' BRIEN MOORE (1935) col. 660 ss.; 800 ss.

<sup>388</sup> BERNARD (2013) 2-11. El Senado, en sus orígenes, estuvo formado por patricios (*patres*) y la llegada de los plebeyos a la institución fue lenta y tardía, de forma que los llamados *conscripti* fueron menos, y se les exigía el previo ejercicio de las más altas magistraturas.

dictadura de Sila (82-79 a. C.) el número de senadores llegaría a seiscientos, alcanzando con la llegada al poder de Julio César el número de novecientos.

Una vez que los *auspicia* hubieran resultado favorables, tras la ceremonia de la *auspicatio*, el Senado se reunía en la *Curia Hostilia* u otro lugar cerrado y consagrado, a partir de la convocatoria realizada por un magistrado con *imperium* que se anunciaba en el Foro. Las sesiones no eran públicas<sup>389</sup> y no había orden del día, siendo el magistrado convocante quien presidía y dirigía la sesión y realizaba su propuesta, *relatio*, preguntando a continuación su opinión a los senadores según su orden de rango. Tras exponer sus opiniones, los senadores votaban *per discessionem* tras la intervención del *princeps senatus*, el más antiguo entre los ex censores, y lo decidido por la mayoría en dicha deliberación, el *senatusconsultum* nacía revestido de la influencia de su *auctoritas* aun siendo una disposición, en principio, no vinculante<sup>390</sup>.

Tras la llegada de Augusto<sup>391</sup> al poder precisamente respaldado por la concesión de la *auctoritas*<sup>392</sup>, la institución fue objeto de profundas transformaciones. En principio, la reducción a seiscientos de los senadores, designados por el príncipe<sup>393</sup> entre la nobleza. Asimismo disminuyeron sus facultades, quedando a salvo el papel del Senado en materia electoral y, sobre todo, pasando a ser el órgano legislativo por excelencia a través de los

---

<sup>389</sup> ARANGIO-RUIZ (1980) 129-134; 285-291. Sólo en asuntos muy especiales se exigió una mayoría cualificada (*quorum*) de senadores presentes y desde finales del siglo II a. C., podrían convocatoria los tribunos de la plebe. BERNARD (2013) 9 ss. La decisión de Senado, el *senatusconsultum*, si bien nacía a instancias de la convocatoria del magistrado, prevalecía sobre la propuesta de éste. Y, así, llega un momento en que la *auctoritas patrum* incrementaría su papel meramente ratificador, cuando la *lex Publilia Philonis* del año 339 a.C. considerará la autorización senatorial preventiva para el magistrado que lleve una propuesta a la asamblea. Este control desaparece tras la *lex Hortensia* del año 287 a. C. Así pues, durante la República se suman a las funciones que ostentara el Senado en la época monárquica la posibilidad de invitar al magistrado autor de una *lex* a presentar una *rogatio* que la modificara o derogara aun aprobada, y, de derogar leyes, parcial o totalmente en momentos de crisis. Otras facultades senatoriales serían: la represión penal relativa a la indagación de ciertos crímenes que causaban gran alarma pública y social, tales como las actividades corruptas de los gobernadores en provincias para lo que se crearon las llamadas *quaestiones perpetuae*, vigilancia del culto público, relaciones exteriores, la política provincial, control de finanzas públicas, concesión de honores públicos, control de asociaciones .

<sup>390</sup> BERNARD (2013) 13. El prestigio y experiencia con que contaban los senadores y su *auctoritas* lo convierten, a través de los senadoconsultos en un verdadero instrumento de control de los magistrados que, sin estar legalmente vinculados a ellos, en la práctica los acataban pues aquella decisión adoptada por el magistrado sin haber consultado al Senado carecía de peso político. En correspondencia, los senadoconsultos gozaron de cierta eficacia normativa cuando contaban con el respaldo de una propuesta o decreto del cónsul.

<sup>391</sup> Tras la implantación de la *cognitio extra ordinem*, se mantuvo en casos excepcionales por parte del Senado la actividad jurisdiccional, como en el asunto de Gneo Pisón.

<sup>392</sup> BERNARD (2013) 14. Sólo la cuestura mantuvo cierto prestigio como magistratura delegada directa del *princeps* en las provincias y del *senatus* pues la jurisdicción senatorial se limitará a los miembros de la clase senatorial como jurisdicción privilegiada para eximirlos de la publicidad del procedimiento así como de ser juzgados por personas de clases sociales inferiores.

<sup>393</sup>Una selección de quince senadores, casi todos ex magistrados, conformarán el *consilium principis*. Siguen designado en el ámbito provincial a los gobernadores, procónsules de las provincias senatoriales. CHURRUCAMENTXAKA (2015) 133.

senadoconsultos. Puesto que nos interesa especialmente la producción normativa del Senado, podríamos comenzar por definir al senadoconsulto como “*en sentido amplio, toda decisión dictada por el Senado, generalmente acatada y, en un sentido más restringido, como el consejo del Senado a los magistrados, siendo aun más estrictamente, la sentencia dictada por el Senado en el ejercicio de la jurisdicción penal*<sup>394</sup>” que podía ostentar la consideración de *lex* por su carácter obligatorio,

En ocasiones, los senadoconsultos adoptaban el nombre del emperador que los había propuesto (*Claudianum, Vespasianum*) y, en otras, el *nomen* de los cónsules proponentes (*Trebellianum*) o de quien había motivado la decisión del Senado (*Macedonianum*<sup>395</sup>). Su estilo de redacción era sencillo en base a un patrón: preámbulo que mencionaba el nombre y dignidad de los magistrados que lo proponían, la propuesta o *relatio*, el texto de la decisión con la mención *de ea re ita censuere (d.e.r.i.c.)* y, por último, la mención de la votación. El texto contenía un resumen de las circunstancias formales y de fondo del asunto abordado, e iba acompañado de una sinopsis de las intervenciones más relevantes, quedando depositado en el *Aerarium publicum*<sup>396</sup>, custodiado por los cuestores a los efectos de su posterior estudio e interpretación.

Como es bien sabido, durante la República los senadoconsultos carecían de fuerza de ley al no ostentar el Senado *imperium*, pero no es menos cierto que se derivaban consecuencias tanto morales como jurídicas para el magistrado que ignorara o violara las disposiciones senatoriales. Por ello, a finales de la etapa republicana el Senado ejerció una intensa intervención en la vida legislativa, incluso anulando leyes de las asambleas populares, y llegando a decidir sobre materias que hubieran requerido una regulación mediante leyes populares.

El advenimiento del Principado alteró aun más el sistema de fuentes y las opiniones del Senado, formalmente meros dictámenes o indicaciones a los magistrados, acabaron por reemplazar a las leyes emanadas de las asambleas. No es casual que a partir de Adriano, fosilizado el edicto con la elaboración del *edictum perpetuum* (año 130 d. C.), los senadoconsultos fueran la principal fuente de producción del derecho absolutamente dotados de fuerza de ley.

En la segunda mitad del siglo II d. C., fecha de promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, se comienza a citar en lugar del propio senadoconsulto la *oratio*

---

<sup>394</sup> BERNARD (2013) 11.

<sup>395</sup> PERIÑAN (2000) 125 ss.

<sup>396</sup> IGLESIAS (2007) 34. Se exponían excepcionalmente en Roma en tablas de bronce mientras que fuera de Roma se publicaban por los interesados mediante inscripciones.

*principis* leída en la tramitación en el Senado, de forma que desde entonces los *senatus consulta* son absorbidos por las constituciones imperiales y se convierten en verdaderas fuentes del Derecho<sup>397</sup>.

Desde el principio, los senadoconsultos venían integrando el denominado *ius publicum*<sup>398</sup> y a esta materia se dedicaron la mayor parte de ellos. Con el paso del tiempo, fueron interviniendo en cuestiones del *ius privatum*, pues se promulgaban para reparar desajustes del ordenamiento jurídico con la evolución de la sociedad romana que marchaba por delante del *ius*. Pues, ante el bloqueo de la vía jurisprudencial para ofrecer soluciones a determinadas cuestiones<sup>399</sup> la intervención pública se hizo necesaria

La edad de oro del Senado en cuanto a su autonomía institucional y legislativa concluye en el siglo II d. C.<sup>400</sup>. Durante la República la actividad legislativa senatorial fue escasa en materias como el proceso romano<sup>401</sup>, la familia, las sucesiones, o los bienes y derechos reales, con la salvedad del reconocimiento de algunos préstamos otorgados a Roma para el emprendimiento de campañas militares y del trato de favor concedido a los prestamistas en aras del cobro de su deuda. Sin embargo, durante el Principado, se prestaba especial atención a la materia sucesoria y a las obligaciones, y, en concreto, la sucesión romana *mortis causa* se verá especialmente afectada por disposiciones referidas al testamento y a la sucesión intestada<sup>402</sup>.

---

<sup>397</sup> A partir de los Severos, año 193 d. C., los edictos del emperador tienden a suplantarlos.

<sup>398</sup> NOCERA (2002) 49 ss.; CORBO (2012) 21 ss.; RIBAS ALBA (2009) 17-21.

<sup>399</sup> MEINHART (1967) 20-27. En cuanto a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, esta afirmación es absolutamente certera.

<sup>400</sup> BERNARD (2013) 16. Después sobrevive como portavoz de la opinión del emperador decayendo la actividad normativa del Senado ahogada por las constituciones imperiales. Destaca un senadoconsulto del emperador Alejandro Severo del año 228 d. C. y otro de Gordiano del año 239 d. C., de forma que en el Bajo Imperio los senadoconsultos han perdido su fuerza obligatoria y sólo son dictámenes realizados a instancia del emperador.

<sup>401</sup> BERNARD (2013) 14.

<sup>402</sup> BERNARD (2013) 19 ss. En referencia a la sucesión testada, el senadoconsulto sobre el legado de usufructo (27 a. C.-37 d. C.?) otorgaba efectos jurídicos al legado de usufructo; *senadoconsulto Libonianum* (16 d. C.) establecía la nulidad de las disposiciones testamentarias hechas a favor del que fuere requerido para escribir un testamento e interviniera en su redacción, salvo que dicho escribiente fuere el único heredero intestado o que el testador confirmase la disposición con su firma o de otra manera indubitada; *senadoconsulto Ostorianum* (41-47 d. C.) permitió al patrono dividir su derecho de patronato entre sus hijos sobre sus libertos; *senadoconsulto Largianum* (42 d. C.) alteraba el orden de los derechos de los herederos del patrono respecto de los bienes dejados por un esclavo manumitido latino juniano; *senadoconsulto Neronianum de legatis* (54-68 d. C.) por el que si un testador ordenaba un legado con una formalidad inadecuada, debería ser respetado como si lo hubiera ordenado válidamente en su modalidad de *legatum per damnationem*; *senadoconsulto Trebellianum* (57 d. C.): en caso de fideicomiso universal, habiendo entregado el heredero la herencia en cumplimiento del encargo, dejaba de ser responsable frente a los acreedores de la herencia, de tal manera que el fideicomisario se convierte en sucesor universal del testador; *senadoconsulto Neronianum* (61 d. C.): a los efectos de asegurar más la autenticidad de las actas referentes a los actos *inter vivos* y *mortis causa* -testamentos-, se establece una nueva forma de cerrar las tablas, pasando un hilo por agujeros realizados en ellas, en lugar de las antiguas muescas; *senadoconsulto Pegasianum* (73 d. C.) que viene a autorizar al fideicomisario a accionar contra el heredero para obligarle a aceptar la herencia, a la vez que le concede a éste el derecho a una cuarta parte de la herencia -*quarta Pegasiana*-; *senadoconsulto Rubrianum* (103 d. C.): asegura la efectividad de las manumisiones fideicomisarias; *senadoconsulto Apronianum* (117 ó 123 d. C.): reconoce a los municipios la capacidad para adquirir fideicomisos universales y legados; *senadoconsulto Vitrasianum* (118-138 d. C.): asegura la efectividad de las manumisiones

En el ámbito de las obligaciones y contratos, destacamos la regulación por medio del senadoconsulto Veleyano de las fianzas concedidas por la mujer y los actos de intercesión<sup>403</sup>, así como las normas del senadoconsulto Macedoniano acerca de los mutuos de dinero, con o sin interés, otorgados a *filiifamiliae*, siendo el principal efecto de este senadoconsulto evitar que se exigieran judicialmente dichos créditos, bien a través de la *denegatio actionis* a quien pretendiera ejercer la *condictio* bien por medio de la concesión al *filius* de una *exceptio*. Puede hablarse de un carácter disuasorio de esta disposición<sup>404</sup>, favoreciéndose no sólo al hijo de familia, a su *pater* y a los herederos de ambos (pues, una vez que el hijo pasaba a ser *sui iuris* seguía protegido por el senadoconsulto Macedoniano), sino también a los fiadores del *mutuo accipens* y al mandante de crédito en función de garantía. Asimismo, esta disposición senatorial vino a reconocer implícitamente la capacidad civil del *filius* para endeudarse, siendo su función moralizante y ejemplarizante la protección de la *patria potestas* en un momento histórico caracterizado por la pérdida de los valores tradicionales<sup>405</sup>.

En definitiva, si durante la República el Senado se había erigido como fuente de producción del *ius publicum*, muy en particular corrigiendo excesos de los magistrados o tratando asuntos provinciales de naturaleza administrativa, otorgando privilegios o controlando el culto religioso, durante el Principado el senadoconsulto es fuente del *ius privatum*, si bien acabará siendo postergado en este sentido por las constituciones imperiales, que también restaron protagonismo a leyes, plebiscitos y al mismo edicto del pretor.

---

fideicomisarias; *senadoconsulto* sobre el derecho de testar de las mujeres sujetas a tutela (118-138 d. C.): concede a las mujeres ingenuas el derecho a testar bajo la auctoritas del tutor; *senadoconsulto* sobre la *usucapio hereditatis* (118-138 d. C.): prohíbe la usucapción de la herencia y autoriza al heredero para reclamarla frente al que la hubiera usucapido; *senadoconsulto Dasumianum* (119 d. C.): facilita las manumisiones fideicomisarias; *senadoconsulto Iuncianum* (127 d. C.): deber del pretor de conceder la libertad al siervo del fideicomisario en caso de ausencia, justificada o no, de éste; *senadoconsulto Iuventianum* (129 d. C.): distingue en materia de petición de herencia entre poseedor de buena o mala fe: de ser de mala fe, serían condenados, aun cuando los hubieran abandonado antes de la *litis contestatio*; si eran de buena fe, sólo responderían hasta el límite de su enriquecimiento; *senadoconsulto Articuleianum* (123 d. C.): los gobernadores serían los encargados en las provincias de los fideicomisos de libertad en ausencia de los herederos que debieran cumplirlos; *senadoconsulto Aemilianum* (182 d. C.): siendo cónsules Emilio Junco y Julio Severo, dispuso que en los casos de manumisiones fideicomisarias, no estando presente al tiempo del fallecimiento del otorgante la persona que debía conceder la libertad del esclavo, o no queriendo comparecer, conozca sobre ello el pretor y se esté a lo que él resuelva. En materia de sucesión intestada, los *senadoconsultos Tertulianum* (118-138 d. C.) que concede a la madre de tres hijos, de ser ingenua, o de cuatro hijos, de ser liberta, el derecho de suceder a sus hijos en la clase de los agnados, en concurso con las hermanas consanguíneas del difunto y ante los demás agnados; *Orphitianum* (178 d. C.) por el cual los hijos sucederán a la madre con preferencia a cualquier otro agnado; *senadoconsulto Gaetulicianum* (posterior al 178 d. C.) que limita el derecho a suceder intestada de la *uxor cum manu* y el *senadoconsulto Afinianum* (fecha ignorada y derogado por Justiniano): el adoptado que fuera uno de tres hijos varones podría reclamar, aun estando emancipado, un cuarto de la herencia intestada del adoptante.

<sup>403</sup> BUIGUÉS (2010) 1-30.

<sup>404</sup> PERIÑÁN (2000) 55 ss.

<sup>405</sup> PERIÑÁN (2000) 261 ss. La incidencia de esta norma, aun limitados sus efectos al derecho pretorio y siendo asimilable a una *lex imperfecta* por cuanto no limitaba a los hijos su actuación válida en el tráfico económico habría sido limitar los parricidios por interés económico y frenar los beneficios de la banca emergente.

Por todo lo anteriormente expuesto, la figura del senadoconsulto nos interesa en cuanto fuente de derecho en materia de sucesión intestada, y como prolongación de los principios e ideas del príncipe, quien trasladaría a la institución su interés por intervenir en la regulación de los derechos de determinados ciudadanos cuyas pretensiones ni el *ius civile* ni el *ius honorarium* amparaban. Muy en particular, nos referiremos a los largo de estas páginas a la fuerza vinculante del *ius novum*<sup>406</sup> en relación al parentesco de cognación, produciendo el consiguiente desplazamiento del parentesco agnaticio a favor del parentesco de sangre.

II. Razones históricas, políticas y jurídicas para la consideración de la madre como heredera civil del hijo fallecido intestado.

### 1. El tiempo de Adriano.

La corrupción moral de la sociedad romana fue objeto recurrente de discusión por los intelectuales desde finales de la República, considerando el origen de todos los vicios que quebraban los principios tradicionales la relevancia desmesurada otorgada al dinero y los lujos<sup>407</sup>.

Marcial, en sus epigramas de la época de los Flavios y Trajano, describía una sociedad moralmente enferma que había tocado fondo en cuanto a la depravación, tal y como viniera anunciando en la generación precedente Séneca el Filósofo, quien acusaba a sus contemporáneos de depreciar el estudio y la ciencia, y los definía como insaciables y avariciosos, un eco de las certeras palabras de su padre, Séneca el Rétor<sup>408</sup> o de Plinio el Viejo<sup>409</sup>.

En los siglos I y II d. C., las escuelas retóricas incidían en la misma dirección que los escritores, en ocasiones con expresiones casi idénticas, lo que puede inducir la duda de si las diatribas contra la decadencia de las costumbres eran meros *topoi* retóricos pues Quintiliano o Plinio el Joven, autores de otro temperamento, parecían percibir la realidad con otro espíritu, sin dramatizar en sus apreciaciones sobre la sociedad romana y, en todo caso, buscando soluciones a determinadas situaciones de crisis moral.

---

<sup>406</sup> BIONDI (1963) 385 ss.

<sup>407</sup> Juvenal, I, 22-30; I, 32-50; I, 52-62; I, 64-72; I, 91-126; I, 1, 87-90; I, 112-114.

<sup>408</sup> Séneca Filósofo, *Quaestiones naturales*, 8, 31, 1 y Séneca Rétor, *Controversiae*, I prefacio; I, 8 y I, 9. LEÓN ALONSO (1989) 19 ss.; 71 ss.; 129 ss.; FRANCIA SOMALO (1995) 53-68.

<sup>409</sup> Plinio el Viejo, *Naturalis historia*, 2, 117.

Los intelectuales del Alto Imperio manifestaron dos posturas opuestas que también tuvieron su plasmación en el *ius*: la de aquellos desesperanzados ante la corrupción política y moral, y la de quienes no quisieron sobrereactuar aun sin llegar a asumir la corrupción como algo natural que no debiera combatirse.

El siglo I d. C., tras la unificación política conseguida por Augusto en el Mediterráneo, supuso para Roma la libertad de comunicaciones y transportes y la acumulación de riquezas por los privilegiados que aprovecharon el incremento del comercio y el consumo. En los austeros romanos se empezaban a crear nuevas necesidades de artículos de lujo, impensables para los *boni viri* alabados por Catón el Censor<sup>410</sup> o por el mismo Cicerón<sup>411</sup>. En efecto, aquellos que destacaron como hábiles emprendedores no dejaron pasar la oportunidad de prosperar: son los *homines novi* a favor de los que escribe Séneca el Filósofo<sup>412</sup>, puesto que el mismo había llegado desde Hispania y escalado socialmente por méritos propios hasta dirigir la educación de Nerón. Por el contrario, personajes de la aristocracia que no supieron adaptarse a los nuevos tiempos acabaron empobrecidos, y los cada vez mayores desequilibrios económicos hicieron a estos antiguos romanos de la clase dirigente sentirse miserables por su posición social. En casos extremos, se vieron obligados a recurrir a la caridad pública o del mismo emperador Adriano<sup>413</sup> para subsistir, pues no es raro encontrar en los textos históricos y literarios referencias a las subvenciones del Emperador a familias nobles caídas en desgracia.

En el reverso de la moneda, las mujeres romanas empiezan a beneficiarse de esos nuevos ideales y acceden a la educación donde estudiarán poesía, danza o música. Si bien aún los matrimonios solían concertarse desde niñas, nos narran Suetonio y Casio Dión la opción reconocida por el derecho de oponerse a contraer matrimonio<sup>414</sup>. En el plano familiar, aumentan los divorcios derivados de las frecuentes infidelidades, puesto que al tiempo de los Antoninos eran castigadas igualmente los adulterios de hombres y mujeres. Séneca el Filósofo<sup>415</sup> critica especialmente " las segundas, terceras y cuartas nupcias".

Un efecto insólito de los cambios sociales y económicos tras la expansión territorial fue el acceso de la mujeres a actividades como el arte gladiatorio, la gramática o la abogacía a la

---

<sup>410</sup> CREMADES (1998) 50 ss.; CASTRESANA (2013) 38 ss.

<sup>411</sup> CASTRO (2010) 29-40; 46-50; 87 ss.; 389 ss.

<sup>412</sup> Séneca el Filósofo, *De beneficiis*, 3, 28, 2; *Epistulae* 44, 5 condenan la admiración tradicional por la nobleza de sangre. En el mismo sentido Juvenal, 3, 8, 1-20. Y estas ideas penetran en la educación.

<sup>413</sup> *Scriptores Historiae Augustae, Hadrianus*, 7, 9: *senatoribus, qui non vitio suo decoxerant patrimonium, pro liberum modo senatoriae professiones explevit*. Algunos nobles se inscribieron por necesidad como gladiadores, o actores.

<sup>414</sup> Suetonio, *Augusto* 34, y Casio Dión, 54, 16.

<sup>415</sup> Séneca el Filósofo, *De beneficiis* 3, 16, 2; EVAN GRUBBS (2002) 16 ss.; 81 ss.; 187 ss.; 220 ss.; 261 ss.

vez que la presencia de mujeres en la vida social y pública romana se hacía cada vez más común. Por supuesto, no faltaron los ataques de los moralistas<sup>416</sup>, acusándolas de promiscuidad por su concurrencia en lugares privados y públicos con los hombres, como en los hasta entonces prohibidos banquetes. Tanto más cuanto las mujeres, antaño confinadas a la *domus*, discutían con los hombres de filosofía o política llegando algunos pensadores del siglo II d. C. a considerar que las mujeres eran seguidoras de *La República* de Platón por las referencias del autor a la supresión del matrimonio. Pese a dichas críticas, en ocasiones las mujeres romanas fueron revestidas de valores militares o heroicos, como en el caso de las *generalas* de provincias que arengaban a los soldados por la ascendencia de su posición social.

Es interesante recordar que desde el siglo I d. C. tenemos referencias a mujeres valerosas bajo los gobiernos de Tiberio, como *Atilia Pomptilla* que salva la vida de su marido cautivo en Cerdeña o de Arria, mujer de Cecina Peto, que había participado en la conjura de Escriboniano contra el emperador. Paradigmático es el caso de Paulina, la esposa de Séneca el Filósofo que quiso seguir el mismo destino que su marido tras la orden de suicidarse de Nerón: aunque se evitó su muerte, Paulina mantuvo luto perpetuo por el filósofo<sup>417</sup>, lo que la convertiría en un referente moral para sus conciudadanos.

Sobre todo hasta Trajano, puede reconocerse un papel relevante a los movimientos de pensamiento que operaron profundamente en la conciencia romana, si bien en muchos momentos se daba escaso crédito a los filósofos. Considerados como seres marginales de la sociedad, mal vestidos, sucios y malhumorados que erraban por el Imperio pregonando la paz, a menudo eran castigados por las clases dirigentes y se les veía incluso con antipatía y desprecio por el pueblo, pues sus prédicas contra el lujo y la acumulación de riquezas resultaban altamente incómodas para los ciudadanos. Por el contrario, los profesores de las escuelas, moralistas reconocidos por las familias pudientes, eran respetados como consejeros o directores de conciencias<sup>418</sup>.

Los romanos encontraron en el estoicismo una moral cercana a los *mores*, al auténtico espíritu de Roma, penetrando la filosofía en las capas altas de la sociedad romana no sólo desde un punto de vista teórico, sino con indicaciones prácticas para conducirse en situaciones cotidianas<sup>419</sup>. Es el momento de florecimiento de los cenáculos donde los senadores estoicos

---

<sup>416</sup> Séneca el Filósofo, *Epistulae*, 95, 20.

<sup>417</sup> SIRAGO (1974) 42. Las esposas de Plinio y Tácito son presentadas de la misma forma.

<sup>418</sup> Gelio, 9, 2; Tácito, *Annales*, 16, 32.

<sup>419</sup> Tácito, *Annales*, 14, 56, 70-71; Séneca el Filósofo, *Epistulae* 76, 1-4; FRANCIA SOMALO (1995) 53-68.



mantuvieron hasta su muerte, drásticamente perseguidos por Nerón y Vespasiano, su libertad de pensamiento tratando de afirmar su libertad moral más que ejercer una deliberada oposición política. El estudio de la filosofía empezó a estar mal considerado por los Emperadores flavios, transmitiendo el mensaje de ser más conveniente dedicarse a la política que a la mera elucubración algo que se aprecia en el elogio de Quintiliano<sup>420</sup> al hombre práctico que no pierde su tiempo en divagaciones filosóficas, improductivas para la sociedad y se consagra a la administración.

Como el reverso del estoicismo, y para completar el cuadro de corrientes filosóficas del Alto Imperio debemos mencionar el epicureísmo, que, si bien no llegó a formar escuelas si destacó como un pensamiento seguido por personas de cultura media, en el polo opuesto de los postulados estoicos. Negadores de la inmortalidad del alma, lo que se repite constantemente en las inscripciones, entre sus adeptos se hallaba, por ejemplo, Plinio el Viejo, quien negaba categóricamente la vida tras la muerte criticando la vanidad humana que pretendía la trascendencia sin resignarse a la existencia de un paraíso para recompensar las vicisitudes soportadas en la vida terrenal.

Los primeros emperadores antoninos, Nerva y Trajano, protagonizan un giro en la percepción de la filosofía por el poder, pues ambos la estudian y respetan y asumen reverencia por las escuelas. Trajano se erige inmediatamente en protector de los profesores de filosofía como Dión de Prusa, quien había optado por un exilio voluntario perseguido por Domiciano.

Adriano, interesado sobremanera desde joven en el mundo griego, fue oportunamente apartado de las tentaciones filosóficas por Trajano, dirigiendo sus intereses hacia la política aunque acabaría, al igual que hiciera con el resto de intelectuales, acogiendo a los filósofos. Su gobierno supuso el favorecimiento de algunos con su amistad, a la vez que financiaba escuelas y concedía pensiones a los profesores ancianos. Bajo el gobierno de Adriano, florece la actividad especulativa y se estudian las obras de Platón: algunos intelectuales llegan a ocupar cargos políticos difundiendo la cultura platónica en Roma<sup>421</sup>. Por tanto, en época adrianea la filosofía se acerca al poder y pierde su carácter rebelde: de las fuertes exigencia de contenido moral de los estoicos del siglo I d. C., se pasa, bajo la protección imperial, a la filosofía de salón. Reconocidos y bien pagados, los filósofos son hombres que viven como los demás.

---

<sup>420</sup> Quintiliano, *Instituta oratoria*, 10, 1, 123-131.

<sup>421</sup> SIRAGO (1974) 48-49. Aruleno Rustico, Fundano, Terencio Pérsico, Favorito de Arles, este último maestro de Aulo Gelio.

Los senadores no alzan la voz ante Adriano<sup>422</sup>, aclamado también por el ejército. Realmente, el emperador sólo respetó al Senado en apariencia, pues el *consilium principis* estuvo compuesto de hombres expertos en administrar justicia, a la vez que de juristas eminentes como Juvencio Celso, Salvio Juliano, Neracio Prisco, y sólo más adelante aumentaría su perfil político, con senadores como Ulpio Marcelo, Javoleno o el profesor de derecho de Marco Aurelio, L. Volusio Meciano.

La rivalidad entre filósofos, literatos y retóricos se manifiesta en estos años: Frontón, la mayor autoridad retórica de la época, trata de ridiculizar a los filósofos, al igual que Aulo Gelio<sup>423</sup> pone el acento sobre la inutilidad del estudio de la filosofía. Tan sólo cuando el emperador Marco Aurelio sea cautivado por dicha disciplina cesarán esas hostilidades<sup>424</sup> convirtiéndose el cristianismo en el foco de las críticas como la religión enemiga del Imperio.

En resumidas cuentas, la sociedad romana del siglo I d. C. había buscado en la filosofía un reforzamiento de sus perdidos valores tradicionales, pero en el siglo II d. C. se pone en el centro del pensamiento especulativo al individuo: en estos nuevos tiempos, abandonados los viejos ideales cívicos, el eje es la responsabilidad del individuo.

Al igual que en Grecia, la *polis* había muerto hacía siglos y el florecimiento económico coincidía con la paz proporcionada por el Imperio Romano, otro tanto puede decirse de Egipto, cuyos habitantes apenas tenían recuerdo de su pasado faraónico y tan sólo los judíos mantenían ese ideal de vida político manifestado en revueltas sanguinarias con desastrosas consecuencias para el Imperio y para ellos mismos. Las provincias, florecientes, no representaban los antiguos valores romanos, a su vez en plena decadencia moral. En Roma confluían personas llegadas de todos los lugares del Imperio, ambiciosos, aventureros y especuladores, y ni siquiera el mundo rural guardaba las esencias romanas conservándose como reducto moral de los *mores maiorum*<sup>425</sup>, pues numerosos extranjeros latinizados sólo en la lengua introdujeron sus nuevas tradiciones desprovistos de cualquier atisbo de patriotismo. Incluso el servicio militar se había convertido en un lugar de lucro como otro cualquiera, en el que se exigía sólo fortaleza física y la tropas acabaron ejerciendo la depredación de los territorios conquistados.

---

<sup>422</sup> SIRAGO (1974) El senado ejerce su papel complaciente con él y sólo al morir manifiesta su rencor cuando su sucesor Antonio Pío quiere celebrar su apoteosis.

<sup>423</sup> Gelio, 5, 15.

<sup>424</sup> SIRAGO (1974) se refiere al elogio de Apuleyo a la filosofía, Apuleyo, *De magia* 1, 3 y 3, 5.

<sup>425</sup> En el campo romano vivían muchos antiguos esclavos también.

Ante este panorama, los romanos cultos, la clase dirigente senatorial, y los escritores sucumben ante la riqueza desmesurada y se apartan de cualquier intención moralizante, sin sentirse con responsabilidad alguna y entendiendo como un mal menor el imperialismo para evitar la guerra. Roma, desde un mal entendido pragmatismo, cree en la fuerza y la riqueza, en la actividad para procurarse el bienestar social, en los espectáculos y el divertimento, pero no en abstracciones como el honor o la dignidad. Apenas cree siquiera en los dioses<sup>426</sup> ni en el más allá. Tal y como ya se lamentara Augusto, los *cives* se olvidan de la *pietas* o la *fides* e incluso las clases bajas consideran también a la religión como elemento decorativo, envueltos en multitud de cultos extranjeros tan difíciles de asimilar por la mentalidad romana que a veces generan odio y desconfianza hacia lo desconocido<sup>427</sup>. A lo largo del siglo I d. C., emperadores como Tiberio venían tratando de favorecer los cultos griegos, itálicos y la vieja religión doméstica romana. Calígula, sin embargo, acentuó el culto al emperador y dio libertad a los ritos egipcios, mientras que Claudio aceptaría el culto frigio a Cibeles. Nerón permitió la penetración de los cultos orientales, incluidos el judaísmo y el cristianismo.

En medio de esta miscelánea espiritual, puede concluirse que la posición religiosa de los emperadores Julios, Claudios y Flavios dependería de su educación y creencias personales, así como de la necesidad de complacer a los estratos sociales que les apoyaban.

Los estoicos, convencidos que esta decadencia llevaría a Roma a la destrucción, anunciaban el fin del mundo<sup>428</sup> tan sólo dudando de la forma que presentaría la catástrofe, bien una guerra o un diluvio. Desde Nerón a Trajano, la idea que el mundo desaparecería en esa generación, se propagó entre diversos estratos de la población italiana, judía y cristiana.

Sin embargo, las victorias militares de Trajano supusieron una renovada ilusión para los romanos que vieron alejarse el fantasma del apocalipsis, pues, por otra parte, las dificultades económicas sumieron en la miseria a un sector tan amplio de la población que las preocupaciones por la supervivencia diaria eclipsaron esa angustia vital. En el siglo II d. C., los ciudadanos volvieron a depositar sus esperanzas en la política de reformas de Trajano que pretendía rearmar la conciencia romana y adaptarla a los nuevos tiempos. Por ejemplo, ante la escasez de trigo por el desbordamiento del río Nilo, Trajano intervino en el transporte, y ya anteriormente Nerva había concedido exenciones fiscales a los mercaderes de grano,

---

<sup>426</sup> Plinio el Viejo, *Naturalis Historia*, 2, 12, 27; 27, 8; 37, 205 los niega, desde su obsesiva dedicación a la ciencia y las ocupaciones públicas.

<sup>427</sup> SIRAGO (1974) 57: Augusto abrazó el culto de Eleusis, pero abominaba del culto a Apis y de la religión judía. Asimismo, muchos cultos africanos fueron prohibidos por sus ceremonias sangrientas.

<sup>428</sup> Séneca, *Quaestiones Naturales*, 3, 27, 30.

consolidado con Trajano en Roma el colegio de panaderos, en su afán de evitar problemas en el sector agrario. Asimismo, ambos emperadores crearon instituciones alimentarias que no eran meras obras de beneficencia, sino la asignación de sumas para el sustento de un cierto número de niños de forma que a los dueños particulares de los *praedia* se les entregaba de cinco a seis veces más el valor de la suma, como forma de hipoteca, a un interés del 6 % y los intereses no se destinaban al emperador sino al mantenimiento de los niños elegidos. Estas instituciones le hicieron merecer elogios, como los manifestados por Plinio el Joven que por sí mismo había creado una de ellas, pues su finalidad era doble: proporcionar liquidez a los propietarios e incentivar los nacimientos de niños libres.

Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano permiten, por primera vez en el *ius civile*, que madre e hijos se sucedan recíprocamente con prioridad a los *agnati*, pues hasta su promulgación, salvo que madre e hijos fuesen agnados entre sí por el matrimonio *cum manu* de aquélla, su relación cognaticia se manifestaba como irrelevante para la sucesión civil intestada. Si bien ese parentesco era tenido en cuenta por el derecho pretorio, en la clase *unde cognati*, quedaban, una vez más, madre e hijo supeditados a la inexistencia de reclamación por parte de los agnados que se incluían en la clase precedente, *unde legitimi*.

El senadoconsulto Tertuliano, del tiempo de Adriano, vino a reconocer a la madre como heredera civil de sus hijos fallecidos sin testamento, mientras que el senadoconsulto Orficiano del año 178 d. C., siendo emperador Marco Aurelio, consideraba a los hijos herederos civiles de la madre. Resulta ciertamente sorprendente que debieran transcurrir tantos siglos hasta que el *ius civile* diera cobertura a esta situación, lo que lleva a algunos autores a cuestionar incluso la existencia de dicha necesidad atendiendo a las circunstancias sociales y familiares de los romanos de la etapa clásica.

Por lo que se refiere al senadoconsulto Tertuliano<sup>429</sup>, es conveniente insistir en el más que difícil encaje en el *ius civile* de la sucesión intestada de los hijos premuertos por sus madres, puesto que la prevalencia de los *agnati* era uno de los pilares que sustentaban la sucesión *mortis causa*, y ni siquiera la regulación pretoria había sido capaz de invertir el protagonismo del parentesco de cognación. Por tanto, y dado que sólo la intervención legal

---

<sup>429</sup> MEINHART (1967) 25 ss. En cuanto a la posibilidad de los hijos de suceder a su madre, puede argumentarse que las mujeres desde hacía siglos podían testar a favor de sus hijos, si bien bajo el sometimiento a la tutela potestativa que solían ejercer los agnados, interesados en suceder a las mujeres. Pero tampoco debemos olvidar las polémicas a las que se vieron sometidos los testamentos femeninos, y las controversias centumvirales que ocasionaron por las frecuentes reclamaciones de los hijos por medio de la *querella inofficiosi testamenti*. RIBAS ALBA (1998) 25 ss.; QUERZOLI (2000) 138 ss.; DI OTTAVIO (2012) 89 ss.; GAGLIARDI (2000) 100 ss. Podría decirse que en este supuesto los propios particulares solucionaban estas situaciones, viniendo después el remedio legal.

podía solucionar una situación a todas luces contraria a la sensibilidad social, debe reconocerse a la autoridad de Adriano y la pericia de su *consilium* el interés por esta materia.

Aun así, sin negar su valentía por legislar en una materia innovadora y polémica, no es menos cierto que el régimen que se introdujo nació ya lastrado por numerosas limitaciones que se aprecian particularmente en dos cuestiones: la exigencia a las madres del *ius liberorum* para poder suceder a sus hijos y el alambicado sistema de concurrencias cuando el fallecido tenía otros parientes tales como descendientes, hermanos (y hermanas) o el *pater naturalis*.

El avance del cambio social que se iniciara a finales de la República, plenamente consolidado con el advenimiento del Principado, supuso la salida de las mujeres del ostracismo de aquellos tiempos en que los matrimonios se celebraban *in manu*, la tutela tenía carácter potestativo y la posición de *heres* conjugaba elementos religiosos y patrimoniales, lo que las apartaba de la sucesión del *paterfamilias* en beneficio de los agnados varones. Sin ningún género de dudas, el nuevo rol femenino en la vida social y en la propia esfera familiar tuvo las consiguientes repercusiones en la sucesión *mortis causa* intestada, al igual que en otras ramas del *ius*, aun cuando caminaba el ordenamiento jurídico varios pasos rezagado en relación a las necesidades de sus ciudadanas.

Las mujeres del Principado, mayoritariamente, conservaban los lazos jurídicos con sus familias de sangre al no ser agnadas de sus hijos, ni de su marido o de su suegro. La principal consecuencia sucesoria de este nuevo modelo de familia fue la conservación de expectativas como sucesoras *abintestato* en dichas familias. Por otra parte, y siendo cuestión no menos relevante, las mujeres fueron paulatinamente liberadas de la tutela potestativa conferida a los agnados. El *ius civile* no les reconocía derecho alguno a la herencia intestada de sus hijos, puesto que en tanto cabeza y fin de su propia familia, la mujer *sui iuris* carecía de *sui heredes*<sup>430</sup> y tampoco el edicto pretorio había resuelto satisfactoriamente esta cuestión al confinarlas a la clase *unde cognati*, tras los herederos legítimos. En la mayoría de los casos, fallecidos sus hijos que incluso eran su sustento económico, quedaban con las manos vacías

---

<sup>430</sup> D. 38, 16, 13 (Gayo, 10 *ad legem Iuliam et Papiam*). Para los hijos, el fallecimiento de su madre tenía consecuencias patrimoniales poco ventajosas pues, al carecer las mujeres de *sui heredes* aun en el caso de no haber entrado en la familia del marido, sus agnados siempre se anteponían a los hijos, meros consanguíneos, lo que ocasionaría que, por ejemplo, la mujer *sui iuris* fallecida intestada con hijos y tíos, fuera sucedida por éstos postergando a sus descendientes: todo un vestigio de las reglas de la ya tan lejana Ley de las XII Tablas, que sólo favorecía la sucesión entre madre e hijos unidos por parentesco de agnación a consecuencia del matrimonio *cum manu*, el predominante en aquellos siglos. ASTOLFI (2002); VOICI (1963) 10 ss.; VOLTERRA (1991-92) a 3 ss.; (1991-92) c 83 ss.; (1991-92) d 130 ss.; (1991-92) e 199 ss.; (1991-92) f 155 ss.; FRANCIOSI (2003) b 167 ss.; MONACO (2000) 75 ss.; LOPEZ RENDO (2000) 533 ss.; CASTRO SÁENZ (2002) 55-68; 115-127; CASTÁN (2013) 205 ss.; RIBAS ALBA (1998) 6 ss.; AMUNÁTEGUI (2008) 5 ss.; NUÑEZ PAZ (1988) a 55 ss.

pues los agnados (en el mejor de los casos hermanos del fallecido, pero en su ausencia, familiares paternos más lejanos) accedían prioritariamente a la *bonorum possessio*.

Algunos autores se han venido planteando los recursos jurídicos empleados antes de la promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano por los ciudadanos romanos para solucionar estos problemas. COSTA<sup>431</sup> se centra preferentemente en la etapa final de la República donde ve muy difícil que las mujeres heredaran o fueran heredadas por sus hijos en caso de fallecimiento sin testamento. VON WOESS<sup>432</sup>, por su parte, considera prácticamente imposible que las mujeres pudieran dejar por testamento sus bienes a sus hijos si su tutor, bien testamentario bien legal, fuera un agnado. La situación más frecuente era, por su propio interés, que algún hermano se hiciera cargo de la tutela, pues falleciendo la hermana como *adgnatus proximus* podría sucederla *abintestato*<sup>433</sup>. Sin duda, la mujer vería mejorada sus posibilidades para disponer de su patrimonio si se liberaba de la tutela potestativa por la concesión del *ius liberorum*<sup>434</sup>, pues se valdría del *testamentum per aes et libram*<sup>435</sup>, ahora con plena libertad, para testar a favor de sus hijos: sólo así parecía compensarse su situación de desventaja en la herencia civil intestada y en el régimen pretorio.

En definitiva, la cuestión de cómo podría la madre acceder a la herencia de sus hijos fallecidos sin testar, resulta de difícil solución, si bien podría argumentarse que los hijos adultos con plena libertad de disponer en testamento, no encontraban limitaciones (una vez caída en desuso la *lex Voconia*), para considerar a sus madres entre los beneficiados y resolver su situación económica, especialmente en casos en los que el fallecimiento las dejaría en una posición más que complicada. Es muy probable que, puesto que la misma sociedad había venido solucionando vía testamento estas situaciones, los emperadores y el Senado no vieran la necesidad de inmiscuirse en un asunto sin duda delicado y espinoso, que vendría a sacudir los cimientos del *ius civile* al desplazar el parentesco civil agnaticio por los vínculos de sangre.

Por todas estas razones, hubo de esperarse al siglo II d. C. para que, al fin, se otorgara refrendo legal a una problemática postergada por motivos políticos y de técnica jurídica, si bien existía el antecedente de las disposiciones de Claudio sobre el *ius angustiae*<sup>436</sup>. Parece evidente

---

<sup>431</sup> COSTA (1890) 234 ss.

<sup>432</sup> VON WOESS (1910) 92.

<sup>433</sup> MONACO (2000) 125 ss.; SANZ (2009) 1- 26; (2010) 1- 42.

<sup>434</sup> MONACO (2000) 78 ss.; KÜBLER (1909) 154 ss.; (1910) 176 ss.; SAMPER (1972) 7 ss.; 19-27; 74 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 15-17; MOSCATELLI (1888) 228 ss.; VIPARELLI (2007) 5843-584; MATTIANGELLI (2012) 1 ss.

<sup>435</sup> TERRANOVA (2010) 27-61, 415 ss.; VOLTERRA (1991-2) b 69 ss.; ZABLOCKI (1991-92) 157-169; ZABLOCKA (1988) 361 ss.; MONACO (2000) 125-175 ss.; CASTRO (2002) 55, nt. 260; 56-58; BIONDI (1960) 94 ss.; 119 ss.; 138 ss.; 155 ss.

<sup>436</sup> Instituciones, 3, 3, 1. GOUTELLE (1933) 23.

que sólo la intervención imperial podría solucionar de forma más amplia la sucesión de los hijos fallecido *abintestato* por su madre, otorgando el carácter de herederos legítimos a madres e hijos respectivamente, lo que, además, les haría ser llamadas en la clase *unde legitimi* del derecho pretorio, mejorando su posición en los dos órdenes de la sucesión *mortis causa*<sup>437</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que una vez que las mujeres *sui iuris* empiezan a generar patrimonios, habiendo caído el matrimonio *cum manu* en desuso<sup>438</sup>, realmente existía la necesidad de regular la posibilidad de considerarlas herederas civiles *abintestato* de sus hijos, y que no es casual que fuera el emperador Adriano, cuyo concepto de familia y *pietas* romana enlazaba con el planteamiento de Augusto<sup>439</sup> quien recurriera al senadoconsulto<sup>440</sup> para incluir esta importante reforma del derecho sucesorio.

La sociedad romana de la etapa Antonina se mostrará especialmente receptiva a aceptar el reconocimiento del parentesco de cognación y del vínculo materno filial, sobre todo en casos en los que las madres podían quedar desamparadas económicamente a la muerte de sus hijos. Las ideas filosóficas que concebían la justicia absoluta, universal y eterna, se extendían por el Imperio y circulaban junto con los principios cristianos, no obstante ser fuertemente reprimidos por los emperadores de esta dinastía<sup>441</sup>. La postura de Adriano hacia una humanización de la ley, hacia un reconocimiento jurídico de la *pietas*, la podemos hallar en la regulación del ejercicio de la autoridad sobre los esclavos, o del derecho a la vida y de la posibilidad del *pater* de causar la muerte a sus hijos<sup>442</sup>. Asimismo, en materia sucesoria, es importante resaltar que por senadoconsulto reconoce la posibilidad a las mujeres de hacer testamento, como nos transmite Gai. 1, 115.

En lo que se refiere al senadoconsulto Tertuliano, GOUTELLE<sup>443</sup> relaciona su trato favorable a la madre con la legislación griega, donde el padre y madre del fallecido repartían la herencia de su primogénito premuerto. Por otra parte, no desdeña la autora francesa la

---

<sup>437</sup> MEINHART (1967) 20 ss.

<sup>438</sup> ASTOLFI (2002) (2006) (2009) 53-75; VOLTERRA (1991-92) c 83 ss.; (1991-92) e 199 ss.; (1991-92) f 155 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 21 ss.; AMUNÁTEGUI (2008) 1-15 (2009) 1-18 ss.; VIPARELLI (2007) 5843-5849; CANTARELLA (1991) a 193 ss.; (1996) 107 ss.; EVAN GRUBBS (2002) 16 ss.; 23 ss.; 46-59; 81 ss.; 102 ss.; 136 ss.; 187 ss.; 236 ss.; DIXON (1988) 13-40; 41-70; 104-168; 23-238; CASTRESANA (1993) 99 ss.; FRANCIOSI (2003) b 85 ss.; 98 ss.; 167 ss.; BACCARI (2007) 215 ss.; BALLESTRI FUMAGALLI (2008) 20 ss.; GARCÍA GARRIDO (1958) 160-168; SALAZAR (2013) 1-30; PEPPE (1997) 123 ss.; HERRMANN (1964) 80 ss.; ZANNINI (1967) 293 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210-217; BACCARI (2007) b 145-165.

<sup>439</sup> SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 15-17; 21- 32; 50 ss.

<sup>440</sup> CRIFFÒ (1968) 33 ss.; VOLTERRA (1969) 1047 ss.; BERNARD (2013) 4 ss.; PERIÑÁN (2000) 55 ss.

<sup>441</sup> SIRAGO (1974) 35 ss.; 173 ss.

<sup>442</sup> D. 2, 1, 6 (Ulpiano, 3 *ad edictum*). También se produce el reconocimiento de la *bonorum possessio unde cognati* a favor de hijos naturales de militares. D. 48, 20, 7 (Paulo, *libro singulari de portionibus*) versa sobre la posibilidad de los hijos de los condenados de adquirir una parte de los bienes confiscados; VOCI (1980) 37 ss.; KASER (1938) 62 ss.

<sup>443</sup> GOUTELLE (1933) 20 ss.

influencia egipcia, el país del derecho maternal, donde el parentesco venía dado por la madre y donde hijas e hijos heredaban por igual la misma madre podía sucederles.

Puede decirse que Adriano prefirió que el Senado impusiera su reforma por la vía del senadoconsulto, al ser la primacía de la cognación una más que delicada cuestión para los grupos dominantes en Roma. El emperador consigue importar los principios de legislaciones extranjeras, o de su mismo *consilium* compuesto también por algunos juristas de provincias como Salvio Juliano o Neracio Prisco o Juvencio Celso, y, una vez aprobada por el Senado, la norma obligaría también al pretor a modificar su orden de llamamientos, incluyendo a las madres de los fallecidos en la clase *unde legitimi*. En todo caso, para contentar a los sectores más tradicionales, Adriano incluyó el requisito del *ius liberorum* para las madres<sup>444</sup> en un momento histórico en que el emperador seguía interesado en el incremento de la población romana y en el retorno a un modelo de familia tradicional.

## 2. Las relaciones materno filiales<sup>445</sup> y el derecho.

Festo, *De verborum significatu*, s. v. *Materfamilias* (Lindsay, 112):

*Materfamiliae non ante dicebatur, quam vir eius paterfamiliae dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari. sed nec hoc nomine, nec quae sine filiis est, appellari potest.*

La mujer romana que abandonaba su familia (y, por ende, su culto religioso) con el matrimonio *cum manu* perdía el parentesco agnaticio con su familia paterna, pasando a adquirir el parentesco (y el culto) de la familia de su marido. En consecuencia, sería llamada a la sucesión *mortis causa* como una más de los *heredes sui*<sup>446</sup> pero perdiendo las expectativas sucesorias en su familia de origen.

La doctrina ha venido discutiendo si el título de *materfamilias* se reservaba a la esposa del *paterfamilias* casada *cum manu*, aplicándose el término *uxor* a la esposa *sine manu*.

---

<sup>444</sup> GOUTELLE (1933) 41. No era exigido en Egipto, un pueblo prolífico, para la herencia de las abuelas.

<sup>445</sup> LÓPEZ HUGUET (2006) 17 ss.; CASTRESANA (1993) 33 ss.; MENTXAKA (2004) 439 ss.; NÚÑEZ PAZ (1988) b 713 ss.; (2009) 284 ss.; ASTOLFI (2000) 6, 94, 99; GUERRERO LEBRÓN (2004) 300 ss.; SALAZAR REVUELTA (2013) 1-30; AMUNÁTEGUI (2008) 1-18; (2009) 3 ss.; CANTARELLA (1991) a 169-221; ZANNINNI (1967) 293 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210-217; BACCARI (2007) b 145-165.

<sup>446</sup> CICERÓN, *Topica*, 3, 14; Gelio 18, 6, 9.



La definición de *Festo* dejaba abierta la posibilidad de no considerar a toda mujer *in manu* como *materfamilias*, que sería solamente la esposa de un *paterfamilias*<sup>447</sup>. No obstante, el estudio de fuentes jurídicas y literarias, fundamentalmente de las comedias de Plauto de finales del siglo III a. C. y principios del II a. C.<sup>448</sup>, permiten superar esa idea limitada del concepto de *materfamilias*.

En un primer momento, se denomina así a la mujer romana, esposa legítima y madre, si bien el término comenzó a usarse ya en la época clásica referido a toda mujer *sui iuris* casada, derivando hacia un concepto más social que jurídico, pues se designará como *materfamilias* a la mujer romana de comportamiento honorable, en ocasiones incluso sin hijos, aunque el vocablo más aceptado para esta acepción sería el de *matrona*<sup>449</sup>.

WOŁODKIEWICZ<sup>450</sup> llega a enumerar hasta seis significados distintos del término *materfamilias*:

1. La esposa *cum manu*, miembro de la familia de su marido.
2. La esposa que había cumplido la *coemptio*.
3. La esposa de un *paterfamilias* que es, a la vez, madre de hijos legítimos.
4. La mujer que tiene más de un hijo.
5. Toda mujer *sui iuris*.
6. Cualquier esposa que viviera conforme a los *boni mores*, a la que como decimos se llama también *matrona*, o cualquier mujer (incluso soltera o viuda) que vive honorablemente<sup>451</sup>.

En la relación anterior se manifiesta una posible aplicación del vocablo a mujeres que se hallaban en situaciones contrapuestas, pues se refiere por un lado a la esposa integrada en la familia agnaticia de su marido mientras que incluye, por otro, a la mujer *sui iuris*. Este segundo supuesto nos obliga a situarnos ya en la época imperial, como consecuencia de la mayor capacidad jurídica y de obrar adquirida por la mujer, precisamente la mujer a la que se beneficiará con las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano. En todo caso, ante una definición tan amplia<sup>452</sup>, deben ser también consideradas *materfamilias* las esposas de los

---

<sup>447</sup> LÓPEZ HUGUET (2006) 10 ss.; SENÉS (1995) 69-88; FRANCIA SOMALO (1995) 53-68; CID LOPEZ (2009) 155-184; DOMÍNGUEZ ARRÁNZ (200) 215 ss.; HIDALGO DE LA VEGA (2009) 185- 214.

<sup>448</sup> KUNKEL (1930) col. 2183 ss.

<sup>449</sup> LÓPEZ HUGUET (2006) 18.

<sup>450</sup> WOŁODKIEWICZ (1983) 733 ss.; SENÉS (1995) 69-88; CANTARELLA (1991) a 193-221; BACCARI (2007) b 145-165.

<sup>451</sup> Suetonio, *Augusto*, 69, 1.

<sup>452</sup> SALAZAR (2013) 7 ss.; Cicerón, *Topica* 3, 14; D. 48, 5, 10 (Papiniano, 2 de *adulteriis*).

*filiifamilias* y las viudas que vivieran con el hijo convertido en *paterfamilias* tras la muerte del suyo<sup>453</sup>:

D. 50, 16, 46 pr. (Ulpiano, 49 *ad edictum*):

*"Mater familias" accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.*

Ulpiano, *Tituli ex corpore Ulpiani* 4, 1:

*Sui iuris sunt familiarum suarum principes, id est pater familiae itemque mater familiae.*

D. 1, 6, 4 (Ulpiano, 1 *institutionum*):

*Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum. patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filia quae sunt in aliena potestate. nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: itein qui ex filio meo et uxore mea nascitur, id est nepos meas et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.*

Numerosos fragmentos de juristas clásicos recogidos por los compiladores designaban con el calificativo de *materfamilias* a la mujer *sui iuris*, bien al tratar de específicos actos jurídicos, como el testamento o la dote, bien al referirse a la materia de injurias<sup>454</sup>. Nos resulta de particular interés la inclusión de las mujeres no sometidas a potestad, pues precisamente las que serían llamadas *ex Tertulliano* a heredar a su hijos. Por citar a algunos de ellos, existen pasajes de la obra de Ulpiano, Juliano, Africano y Quinto Cervidio Escévola, quienes vivieron y escribieron sus obras a finales del siglo II y principios del III d. C., que nos muestran cómo el

---

<sup>453</sup> Festo, *De verborum significatu*, s. v. *Materfamilias* (Lindsay, 112); D. 50, 16, 46, 1 (Ulpiano, 49 *ad edictum*) incluye también a las *viduae*, con o sin hijos.

<sup>454</sup> LÓPEZ HUGET (2009) 19. Es difícil concretar el momento en que se pasa del significado de *materfamilias* como esposa *in manu* y aparece la noción de *materfamilias* como mujer *sui iuris*. FIORI (1993-94) 455 ss.; CANTARELLA (1991) a 235-255.

significado más antiguo de *materfamilias* como mujer *in mariti manu* fue evolucionando y ampliando su ámbito de aplicación en la época clásica.

El mismo Gayo, aunque el matrimonio acompañado de la *conventio in manum* estaba prácticamente extinguido en su época, no utilizaba nunca el término *materfamilias* para nombrar a la *mulier in manum mariti*, sino expresiones descriptivas de esa sumisión como *filiae loco*, lo que puede interpretarse como un importante indicio de que la consideración de *materfamilias* se dedicaba también a mujeres que no habían contraído matrimonio *cum manu*:

Gai. 1, 114:

*Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem, quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitanda causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.*

Por todo lo anterior, puesto que las fuentes no definen estrictamente a la *materfamilias*, e incluso compaginan este vocablo con otros sinónimos tales como *domina*, *uxor* y, sobre todo, *matrona*, el concepto no puede abordarse sólo desde la óptica del *ius*, sino también de los *mores maiorum* en tanto conjunto de valores éticos romanos<sup>455</sup>. Desde luego, el contexto histórico y sociológico de las diversas etapas históricas romanas iría moldeando el concepto. No obstante, tenemos algunas certezas, como que los romanos consideraban a la *materfamilias* como mujer virtuosa y casta, apta para procrear nuevos ciudadanos romanos<sup>456</sup>. El enfoque demográfico y trascendente siempre estuvo presente en la mentalidad romana, y precisamente ahí, radicaría el valor otorgado a la mujer desde una posición si bien no igualitaria al *paterfamilias*<sup>457</sup>, objeto de respeto por sus conciudadanos. Por contra, siempre se la mantuvo, en lo posible, apartada de la vida pública<sup>458</sup>.

---

<sup>455</sup> SALAZAR (2013) 2-30; SENÉS (1995) 69-88.

<sup>456</sup> CASTRESANA (1993) 39; ZANNINI (1967) 293 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210-217.

<sup>457</sup> SALAZAR (2013) 2, nt. 2 enumera una extensa serie de textos sobre la consideración de las mujeres. Gai., 1, 144 y 1, 190, amparan dicha discriminación en la atribución a las mujeres de cualidades como la *levitas* o *fragilitas animi*, *imbecillitas mentis* o *infirmas consili*. SOLAZZI (1960) 360 ss.; CANTARELLA (1991) a 208 ss.; (1997) 94 ss.; RODRÍGUEZ MONTERO (2013) 2325 ss.; NÚÑEZ PAZ (2009) 284-285; VERDEJO SÁNCHEZ (1992) 77- 122; 123-138; (1995); PEPPE (1984) 80 ss.; MENTXAKA (2004) 439-443; SENÉS (1995) 69-88; ZANNINI (1967) 293 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210-217; BACCARI (2007) 2 145-165; THOMAS (2000) 136 ss.; HERRMANN (1964) 86 ss.

<sup>458</sup> CANTARELLA (1991) a 200 ss.; (1997) 80 ss.; THOMAS (1990) 136-205; VERDEJO SÁNCHEZ (1992) 123 ss.

Puestos a buscar alguna simetría entre la posición del *paterfamilias*<sup>459</sup> y la *materfamilias*, podríamos aducir que la procreación no sería requisito especial para ser mercedores de ambas denominaciones. Pero, puesto que en el caso de las mujeres, la *dignitas* u honorabilidad especial<sup>460</sup> la concedía el matrimonio legítimo con un ciudadano romano<sup>461</sup>, de nuevo se distancian ambos conceptos pues el matrimonio nunca fue exigido para ser *paterfamilias*.

MENTXAKA<sup>462</sup> se refiere al caso de Turia, una matrona romana, fallecida entre los años 8- 2 a. C. La *Laudatio Turiae* es una inscripción en dos columnas de mármol que consta de 90 líneas, a razón de 75 o 76 letras por línea. Se trata de un bello texto de alabanza sobre Turia, esposa de *Quintus Lucretius Vespillo*, cónsul en el año 19 a. C. realizado por su marido. En la columna de la izquierda, de 52 líneas, se narran los hechos más relevantes de su vida en orden cronológico. Los padres de Turia fueron asesinados y ella no cejó en su empeño hasta lograr la condena de los culpables. Tras este luctuoso suceso, marcha a la casa materna de su esposo, que estaba en Macedonia luchando con los pompeyanos. Turia defiende el testamento paterno frente a los gentiles que pretenden su nulidad. A continuación, se narran sus 41 años de feliz matrimonio, y su generosidad con su familia de origen y su familia política esta mujer.

En la columna derecha, conocemos la ayuda que presta a su esposo en su fuga y ocultándolo en las proscripciones del año 43 a. C. ordenados por Antonio, Octaviano y Lépido. Turia defiende su hogar, que administra eficazmente, y llega a ofrecer a su marido el divorcio para que pueda tener hijos puesto que ella es estéril. El dolor y el miedo que sufre su marido se refleja en la inscripción tras la muerte de Turia, encomendada a la protección de los dioses.

---

<sup>459</sup> SALAZAR (2013) 1- 30 señala la correlación gramatical de ambas palabras, pero la asimetría desde el punto de vista socio-jurídico, pues la mujer no llega a adquirir la misma relevancia como sujeto jurídico y la posición de inferioridad que soporta en el ámbito familiar sobre todo en las primeras épocas del Derecho romano, se trasluce también en el plano de la vida pública muy especialmente en los aspectos político y jurídico.

<sup>460</sup>CANTARELLA (1991) a 205 ss. (1997) 88 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210-217; THOMAS (2000) 136 ss.; SALAZAR (2013) 7 ss.; ZANNINI (1967) 293 ss. Hasta tal punto se consideraba a la mujer como un medio de proporcionar herederos que mantenían la unidad familiar y aseguraban la transmisión de la propiedad, que el *ius* blindaba en cierta forma la figura de la *mulier praegnans* hasta que se produjera el alumbramiento: D. 1, 5, 18 (Ulpiano, 27 *ad Sabinum*); D. 25, 4, 1, 13 (Ulpiano, 24 *ad Sabinum*); D. 37, 9, 1, 17-19 (Ulpiano, 41 *ad Sabinum*); D. 37, 9, 8 (Africano, 4 *quaestionum*); D. 48, 19, 3 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*); Paulo, *Sententiae* 1, 12, 4. Plinio narra sucesos sobre la importancia de la procreación, como el caso de Tiberio Sempronio Graco que elige morir antes que su esposa que estaba todavía en disposición de tener hijos. También Plutarco refiere cómo Catón el Uticense, casado felizmente con su mujer Marcia, la cede a un buen amigo suyo para tener un hijo, pues ella era mujer de probada fertilidad.

<sup>461</sup> D. 1, 5, 24 (Ulpiano, 27 *ad Sabinum*); D. 50, 1, 9 (Neracio, 3 *membranarum*); D. 50, 16, 195, 2 (Ulpiano, 46 *ad edictum*); Gai., 1, 104.

<sup>462</sup> MENTXAKA (2004) 439 ss. *CIL*. VI, 1527; VI, 31670; VI, 37053; FIRA II, 104.

Para la autora, dos cuestiones jurídicas son particularmente interesantes en la historia de Turia: por una parte, la herencia de sus padres, reclamada por los gentiles que pedían la tutela de Turia y la nulidad del testamento paterno. La autora expone diversas teorías que oscilan entre el ejercicio de la *hereditatis petitio*, la *querella inofficiosi testamenti* o la *vindicatio tutelae*, puesto que la familia de Turia no tenía admitida la consideración de *gens*. La segunda cuestión conflictiva es determinar si el matrimonio de los protagonistas era libre o acompañado de la *conventio in manu*. Pueden hallarse en el texto leves indicios sobre su sometimiento a la *manus*, como la mención a la tutela de Turia que parece indicar que era mujer *alieni iuris*. Sin embargo, parecen mayores los indicadores de que estuviera casada en régimen de matrimonio libre y que su padre ejercía la *potestas* sobre ella. Asimismo, es posible que el padre, en el testamento impugnado, nombrara tutor al marido de Turia, a la que por cierto, se la menciona como gestora de su patrimonio lo que sería incompatible de estar casada *cum manu*.

La *materfamilias* se dedicaba tradicionalmente a la supervisión de los *domestica negotia*, ayudando al *paterfamilias* en la administración de la *domus*. En época clásica, coincidiendo con la cada vez mayor autonomía patrimonial de las mujeres, contaban con sus propias explotaciones agrícolas (generadoras de rentas) así como con esclavos o libertos<sup>463</sup>. Por tanto, si a fines de la República<sup>464</sup> las mujeres habían comenzado a desarrollar la actividad profesional y económica que antes les estaban vedadas<sup>465</sup>, las *leges* augusteas sobre la familia<sup>466</sup> o las sanciones de Tiberio<sup>467</sup> con el beneplácito de los sectores más tradicionales de la sociedad romana incluidos literatos y oradores, frenaron en cierto sentido los derechos conquistados.

---

<sup>463</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 31-55; 160-169; CANTARELLA (1991) a 193-208; BACCARI (2007) b 145-165.

<sup>464</sup> BALLESTRI FUMAGALLI (2008) 10 ss. Catón el Censor, a principios del siglo II a. C. vierte sus críticas contra las mujeres ricas, mencionando la actitud deplorable de una mujer que había dado órdenes a un esclavo suyo para que actuara de mandatario y acosara a su propio marido a fin de reclamarle el préstamo que le había hecho ella. La *lex Voconia* debe ponerse en relación con las *leges sumptuarias*. ROTONDI (1990) 283; HERRMANN (1964) 52 ss.

<sup>465</sup> D. 24, 3, 34 (Africanus, 8 *quaestionum*); D. 32, 41, 7 (Escévola, 22 *digestorum*); D. 47, 10, 1, 3 (Ulpiano, 56 *ad edictum*).

<sup>466</sup> ASTOLFI (1996) 1-15; VIPARELLI (2007) 5843-5849; HERRMANN (1964) 52 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 21-32; BALLESTRI FUMAGALLI (2008) 10 ss.; GUERRERO LEBRÓN (2004) 301 ss. estudia los textos de Ulpiano que revelan la existencia de una intervención pretoria, el *edictum de ademptata pudicitia*, entre finales del siglo II a. C y el I a. C. que sancionaba las conductas contra el honor de la *materfamilias*, protegiendo también a la *praetextata*, como hija de familia noble o *sui iuris* y soltera, de forma que el pretor aún en plena República, consideraba menor la *iniuria* proferida a una *materfamilias* que no iba vestida como tal, sino como una *ancilla* o *meretrix*, pues por la ropa se distinguía externamente a una *materfamilias* de la *mulier probosa*. CANTARELLA (1991) a 210 ss. Ante las prohibiciones de la legislación augustea sancionando duramente el adulterio, la *lex Iulia de adulteriis*, las mismas matronas de elevado estrato social comienzan a declarar al edil que ejercen la profesión de meretrices o actrices, Tácito, *Annales* 2, 85 prohibiendo Tiberio, con una nueva norma la prostitución a las mujeres de alto rango. Suetonio, *Tiberio*, 35, 1-2.

<sup>467</sup> Suetonio, *Tiberio*, 34 *in fine*.

En la época de Gayo<sup>468</sup> las mujeres de la élite, *sui iuris*, independientemente de ser casadas, solteras o viudas, fueron llamadas también *materfamilias* (y *dominae*) y se les fueron reconociendo ciertos derechos en la esfera del derecho de familia, tales como las facilidades para divorciarse<sup>469</sup> o la atribución a la madre del ejercicio de la custodia sobre los hijos en caso de mala conducta del padre<sup>470</sup>. En definitiva, a lo largo del Principado era habitual que administraran sus bienes, gestionaran la fortuna de sus hijos, recibieran legados, compraran fundos y los arrendan o libremente dispusieran en testamento<sup>471</sup>.

Las madres y esposas de políticos notables o de los emperadores representaban los ejemplos de matronas romanas veneradas por la sociedad, frente a aquellas mujeres que trabajan bajo remuneración, siendo el valor principal de la *materfamilias* la procreación de ciudadanos romanos y su crianza y educación en los valores patrios<sup>472</sup>. Así, muy en especial, las madres de los príncipes romanos, cuyo éxito se debía en gran medida a la dedicación de sus madres, obteniendo la recompensa máxima de verlos liderar el Imperio<sup>473</sup>. Curiosamente, la educación de los hijos<sup>474</sup>, vedada a las mujeres de otras civilizaciones, sería tarea principal de la matrona romana, lo que le facilitaba el acceso a la vida social, la cultura y a ciertos actos de la vida pública<sup>475</sup>. Al crecer los hijos se traspasaba la tarea a pedagogos, por lo general esclavos<sup>476</sup>.

CASTRESANA<sup>477</sup> analiza las virtudes y dones exigidos a las mujeres, tales como la constrictión y el recato, la represión de muestras de dolor salvo en ocasiones oficiales de luto ciudadano, la moderación en gestos y en palabras, la contención en la alimentación o la

---

<sup>468</sup> Gai. 1, 114.

<sup>469</sup> NÚÑEZ PAZ (1998) a 83 ss.; 97 ss.; (1998) b 720 ss.; SENÉS (1995) 69-88; CID (2009) 155 ss.

<sup>470</sup> SALAZAR (2013) 1- 30.

<sup>471</sup> MOSCATELLI (1888) 228 ss.; ZABLOCKI (1991-92) 157 ss.; VOLTERRA (1991-92) b 69 ss.; GARCÍA GARRIDO (1958) 106 ss.; BIONDI (1960) 94 ss.; 119 ss.; 133 ss.; 55 ss.; VOCI (1967) 75 ss.; 387 ss.; 401 ss. ; CASTRO (2002) 55; CORBO (2012) 21-54.

<sup>472</sup> DOMÍNGUEZ ARRANZ (200) 215 ss.; HIDALGO DE LA VEGA (2009) 185- 214.

<sup>473</sup> SALAZAR (2013) 16 ss. cita como ejemplos: D. 1, 7, 25 pr. (Ulpiano, 5 *opinionum*) y D. 35, 2, 86 (Juliano, 40 *digestorum*).

<sup>474</sup> A las *filiae* se instruían no sólo en las artes literarias, la música o la danza, sino en el comportamiento correcto: expresarse con buen gusto, ser castas, amables, sumisas con sus futuros esposos, etc., para su futura labor como matronas. CANTARELLA (1991) a 235 ss.; BACCARI (2007) b 145-165.

<sup>475</sup> SALAZAR (2013) 18. Por lo que se refiere a manifestaciones en público, las matronas pueden acudir a ciertos cultos y debió existir un especie de *ordo matronarum* que aglutinaba a las mujeres respetables de la aristocracia al objeto de honrar a sus diosas, lo que derivó en la fiesta de las *Matronalia* y el culto a *Fortuna Muliebris*. César había limitado ya el uso de la litera a las mujeres casadas y madres que tuviesen más de 40 años y, además, sólo en determinados días y Domiciano, por su parte, privaría de este derecho a las acusadas y probadas de llevar una vida liberal (chismosas o charlatanías). Incluso se recomienda que la *materfamilias* honorable se hiciera acompañar de una *ancilla fea* (*mala forma*) para que no recibiera exclamaciones irónicas o vulgares.

<sup>476</sup> SALAZAR (2013) 19. CANTARELLA (1991) a 213-216; (1997) 65 ss. la mujer libre usaba como propio *nomen* el gentilicio del padre en femenino y con él viene designada fuera del clan familiar, tardíamente acompañado de un *cognomen* que caracteriza el rango o el orden de nacimiento.

<sup>477</sup> CASTRESANA (1993) 22-32.

prohibición de beber vino, extendidas por Augusto también a las mujeres de clase media<sup>478</sup>. Sin duda, se trataba del precio a pagar por la *materfamilias* por ser situada en una posición de superioridad con respecto a otras mujeres desde el punto de vista familiar y social. Revestidas de una *maiestas* o superioridad por ejercer su ascendencia moral sobre los hijos, quedaba prohibido pronunciar palabras malsonantes o desnudarse en su presencia, nombrarlas en público o en voz alta. Era obligado cederles el paso en la calle y gozaban del privilegio de vestir la *stola* púrpura o adornarse con alhajas de oro<sup>479</sup>. Augusto les llega a conceder el poder reclinarse en las comidas como los hombres, pues antes estaban obligadas a comer sentadas en un taburete a la antigua usanza<sup>480</sup>.

La relación materno-filial por consanguinidad se mantenía en el ámbito extrajurídico, y, la ausencia de sanción legal y tutela jurisdiccional no excluía su decisiva trascendencia, incontestable en la esfera moral y social. Poco a poco, al irse reconociendo los vínculos naturales de la consanguinidad en los ámbitos negocial, jurisprudencial y legal, la relación materno-filial pasaría a formar parte del derecho de familia romano, y, sobre todo, de la regulación sucesoria<sup>481</sup>.

En definitiva, al tiempo de promulgación del senadoconsulto Tertuliano, el concepto de *materfamilias* romana había evolucionado en un sentido moral y jurídico hacia la mujer de buenas costumbres, *ni prostituta, ni meretriz, ni actriz, ni esclava, ni sirvienta de taberna o de posada*<sup>482</sup>, y se había independizado de su *status*, siendo indiferente que se tratara de mujer casada, soltera o viuda, libre o liberta, con hijos o sin ellos, pues lo importante era adecuarse a los *boni mores*<sup>483</sup>. La matrona romana, agente de *pietas* en la *domus* pese a su posición de inferioridad<sup>484</sup> respecto al *paterfamilias*, fue extraordinariamente valiosa desde antiguo y reconocida en todas las épocas por la sociedad romana<sup>485</sup>. En la etapa imperial se les deberá

---

<sup>478</sup> Tácito, *Annales* 2, 85.

<sup>479</sup> FIORI (1993-4) 455 ss.; GUERRERO LEBRÓN (2004) 301 ss.; CANTARELLA (1991) a 197 ss.; (1997) 63 ss.; MERCOGLIANO (2011) 210 ss.; ZANNINI (1967) 293 ss.

<sup>480</sup> BACCARI (2007) b 145-165; SALAZAR (2013) 21. Ulpiano retoma el modelo más primitivo que se halla reflejado en las fuentes literarias e históricos incidiendo en el valor de la fidelidad conyugal o de la virginidad. Plinio, *Epistulae* 3, 16, 6; Tácito, *Annales*, 6, 26 y 16, 10.

<sup>481</sup> SAIZ (2011) 319.

<sup>482</sup> SALAZAR (2013) 22.

<sup>483</sup> SOLAZZI (1939) 49-67.

<sup>484</sup> ASTOLFI (2002); SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 21 ss.; CANTARELLA (1991) a 197 ss.; (1997) 107 ss.; NÚÑEZ PAZ (1988) a 19 ss.; 55 ss.; 175 ss.; VIPARELLI (2007) 5843-5849.

<sup>485</sup> CASTÁN (2011) 420-422. Octavia es considerada una de las *matronas* modélicas de la última etapa republicana. Viuda del cónsul Marcelo del que tuvo tres hijos, se casa con Antonio con el que vive en Atenas y en Roma teniendo dos nuevas hijas. Octavia contribuyó decisivamente a reforzar el pacto político de su marido con su hermano, que cristaliza en el acuerdo de Tarento, año 37 a. C. año. Su innegable belleza y cualidades humanas, unido al hecho que Antonio volvió a Egipto y reanudó su relación con la reina Cleopatra, la hicieron granjearse el afecto y admiración de sus conciudadanos. Según el derecho de Roma, Antonio vivía en concubinato, incluso se le acusó de bigamia, hasta que se pronunció expresamente sobre Octavia y la repudió en el 32 a. C. quien mantenía la

una especial reverencia al reconocerse a las *matres principis*<sup>486</sup>, y, por extensión, a las mujeres de clase acomodada reconociendo su papel imprescindible en la continuidad dinástica de las familias imperiales<sup>487</sup> (y aristócratas)<sup>488</sup>. No puede pasar desapercibido el homenaje continuo de los príncipes a la *pietas* hacia los parientes, un valor por el que quisieran distinguirse especialmente los emperadores antoninos. Adriano podría haber sentado un precedente a la obligación recíproca de alimentos entre progenitores e hijos, previo a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio, siendo interesante un texto que confirmaría los gastos de alimentos entre el hijo y la madre:

D. 27, 3, 1, 4 (Ulpiano, libro 36 *ad edictum*):

*Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egentem dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus*<sup>489</sup>.

En este contexto, se entendería más rotundamente el interés de Adriano en solventar el problema planteado por la inexistencia de sucesión legítima civil entre madres e hijos con la promulgación del senadoconsulto Tertuliano, si bien no parece que ese beneficio concedido a las madres en la sucesión de sus hijos fuera bien recibido por los sectores más conservadores de la sociedad romana, dado el perjuicio ocasionado a las expectativas sucesorias de los agnados. Por esa razón, en consideración a los romanos tradicionales (y poderosos), Adriano respetaría no ya la obvia preferencia de los descendientes del fallecido, sino la del padre natural y los hermanos del fallecido. Al menos, los agnados más lejanos sí serían desplazados por la madre.

---

*affectio maritalis* y permaneció en el domicilio conyugal cuidando de los hijos de Antonio, incluso de lo que había tenido con Fulvia. Incluso realizó una larga travesía en busca de su esposo en el año 35 a. C. En Roma la reputación de Antonio se había derrumbado precisamente por la forma de comportarse con su legítima esposa.

<sup>486</sup> QUERZOLI (2000) 107-119.

<sup>487</sup> Acerca de las primeras damas del Imperio, DOMÍNGUEZ ARRANZ (2000) 215-253; HIDALGO DE LA VEGA (2009) 185 ss.

<sup>488</sup> NASTI (2007) 3739 ss.

<sup>489</sup> ALBURQUERQUE (2008) 10: Labeón no duda en eximir de responsabilidad al tutor que prestó alimentos a la madre del pupilo, y advierte de lo contrario en el supuesto de no haberlo realizado, siempre que concurrieran las siguientes condiciones: que la madre fuera pobre, y que el hijo tuviera una posición acomodada, *ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus*.



## II. El senadoconsulto Tertuliano en las fuentes y en la doctrina.

*Instituciones* 3, 3, 2:

*Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissimi de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestatem parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est.*

La mayoría de los autores coinciden en que el senadoconsulto Tertuliano debió ser promulgado por Adriano<sup>490</sup>, aun cuando sorprende que Gayo, contemporáneo del emperador, no hiciera mención alguna a dicha disposición y se aferrara al régimen de la Ley de las XII Tablas para exponer la sucesión intestada, incluso cuando hablaba de las progresivas mejoras de la posición de los cognados en el régimen pretorio. Esto ha llevado a algunos autores a pensar que el senadoconsulto Tertuliano fuera posterior en el tiempo a lo comúnmente creído, aunque es cierto que la frase de Justiniano, *postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est* deja poco espacio a la especulación. Por nuestra parte, consideramos muy arriesgado que este pasaje se refiera a Antonino Pío por el nombre de su padre adoptivo, Adriano, aun cuando en alguna inscripción se le mencione como *Imp. Caesar T. Aelius Hadrianus Augustus Pius*.

Para GOUTELLE<sup>491</sup>, el silencio de Gayo puede deberse a la existencia de treinta y siete líneas indescifrables en la exposición de la *bonorum possessio*, y GIRARD<sup>492</sup> entiende que precisamente en ellas se habría tratado del senadoconsulto Tertuliano. Las Instituciones de Gayo acabaron de escribirse en los últimos años de Antonino Pío, en torno al año 161 d. C., pero en ningún caso serían posteriores al senadoconsulto Orficiano, del año 178 d. C. bajo el gobierno de Marco Aurelio, norma que vino a complementar la regulación de la herencia entre madres en hijos, esta vez siendo la madre la persona fallecida sin testamento.

Un segundo problema que se nos plantea al tratar de identificar la fecha de promulgación del senadoconsulto Tertuliano es la ausencia en las fuentes de referencias en

---

<sup>490</sup>GOUTELLE (1933) 29 menciona las conclusiones en este sentido de MOMMSEN, FERRINI, COSTA y GIRARD. Sin embargo, otros autores se refieren a Zonaras, 12, 1 para adjudicar la disposición a Antonino Pío, pues entre las lista de cónsules de este emperador aparece un tal *Sulpicius Tertullianus* que habría ocupado el cargo en el año 158 d. C.

<sup>491</sup>GOUTELLE (1933) 31 ss. En el año 176 d. C. otro senadoconsulto favorecería a un padre para que reclamara el patrimonio de su hijo cuando no podía acceder por las normas establecidas.

<sup>492</sup>GIRARD (1929) 900 ss.

tiempos de Adriano a un cónsul llamado *Tertullus*. Este inconveniente se salvaría aludiendo a *C. Julius Scapula*, el cónsul *Tertullus Scapula* del año 195 d. C., si bien algo alejado en el tiempo de la fecha que suele darse como más probable para el texto en el año 138 d. C.<sup>493</sup>. La única vía para superar estas dificultades pasaría por considerar que el tal *Tertullus* no fuera cónsul, sino pretor, o incluso cónsul sufecto, por lo que no aparecería su nombre en los Fastos.

No obstante lo anterior, el siguiente texto puede ayudarnos a situar el senadoconsulto Tertuliano bajo el principado de Adriano:

D. 34, 5, 9, 1 (Trifonino, 21 *disputationum*):

*Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus moritur Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt: quaesitum est, an substituto et cuius hereditas deferatur. dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. in proposita autem quaestione ubi simul perierunt, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit: nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse: et proximus adgnatus intellegitur etiam qui solus est quique neminem antecedit: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt. 1 Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum. 2 Si cum filio suo libertas simul perierit intestati, patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus. 3 Si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo "si in matrimonio mulier decessisset" habebit locum, 'si non probatur illa superstes viro fuisse. 4 Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur "nisi contrarium approbetur": quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, "nisi et hic contrarium approbetur".*

Un padre y un hijo mueren juntos en la guerra, pretendiendo la madre del joven reclamar la herencia de su hijo. Por su parte, los agnados se oponían a esta petición, alegando

---

<sup>493</sup> GOUTELLE (1933) 33 ss.

que el hijo había muerto antes que el padre, de forma que éste sucedería a su hijo con preferencia a la madre *ex Tertuliano*, pues siendo el hijo *alieni iuris*, sus bienes pasarían *iure peculii* al primero. Una vez fallecido el padre, los agnados se harían con la herencia pues prevalecían sobre la *uxor* en la sucesión pretoria acudiendo por la clase *unde legitimi*.

Pero, ¿cómo se habría resuelto la contingencia si se considerara muerto al hijo después que el padre? El *filius*, como *suus heres*, heredaría a su padre por el *ius civile* o pediría la *bonorum possessio unde liberi*. Fallecido el hijo también, los agnados podrían pedir la *bonorum possessio unde legitimi* mientras que la madre del soldado sólo podría solicitar la *bonorum possessio unde cognati*. Sin embargo, el senadoconsulto Tertuliano ofrecía una solución que no favorecía a los agnados frente a la madre, pues, aunque en el caso del hijo *alieni iuris* el peculio pasaría a los agnados según el *ius civile*, sería la madre considerada heredera legítima si el hijo era *sui iuris*, preferida por el senadoconsulto a los agnados de padre e hijo, y tan sólo postergada por los descendientes del fallecido y los hermanos (compartiendo herencia con las hermanas), de los que por cierto no se hace mención alguna.

Por ello, en el caso expuesto si el hijo era *sui iuris* y moría antes que el padre, entrarían en juego las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano concurriendo padre y madre en la *bonorum possessio unde legitimi* y gozando el padre de preferencia. Lo que ocurre es que el padre no llega a heredar, ni siquiera a reclamar la posesión por su fallecimiento simultáneo, e interesa a la madre alegar que había sido anterior el fallecimiento del padre. El emperador da por muerto al hijo después que el padre, lo que demuestra la simpatía de Adriano hacia la situación de las madres que perdieran a sus hijos, lo que le habría movido, por esas mismas fechas, a la promulgación del senadoconsulto Tertuliano. Existen estudios que sitúan a Salvio Juliano como cónsul sobre los años 127 a 158 d. C., ya con Antonino Pío, y, puesto que en su libro 42 *digestorum* se menciona el senadoconsulto Tertuliano, éste muy bien pudo promulgarse en tiempo de Adriano, emperador viajero y no inmune a influencias de otros pueblos, en particular helénicas. El emperador había estudiado en Grecia y a los quince años era llamado “el pequeño griego” por su admiración a esta civilización e incluso sus cultos religiosos<sup>494</sup>.

A continuación, procederemos a clasificar las fuentes que nos permiten aproximarnos a la regulación del senadoconsulto Tertuliano.

---

<sup>494</sup> GOUTELLE (1933) 36 ss.

## 1. El senadoconsulto Tertuliano en las fuentes.

### 1.1 *Corpus Iuris Civilis*.

Una vez que el título dieciséis del libro treinta y ocho del Digesto ha expuesto los principios de la herencia civil *abintestato* regulada por la Ley de las XII Tablas, el título diecisiete, que por cierto cierra el libro, se ocupa del *ius novum* contenido en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

A modo de curiosidad, hemos de reseñar que dicho título ocupa más o menos el mismo espacio que todo el título dedicado a la herencia en la Ley de las XII Tablas, incluyendo la herencia de los libertos, lo que sin duda nos hace valorar por un lado, la complejidad de estas disposiciones y, por otro, la cantidad de consultas que debieron plantearse a los juristas sobre su contenido. En efecto, D. 38, 17 incluye fragmentos de Pomponio *ad senatus consultum* y del *libro singulari ad senatus consultum* de Gayo, pero es absoluto el predominio de los libros 12 y 13 del comentario de Ulpiano *ad Sabinum* entre las fuentes utilizadas por los compiladores. Si en sus once primeros libros<sup>495</sup> Ulpiano había abordado el derecho testamentario, dedica los libros 12<sup>496</sup> a 14<sup>497</sup> a la sucesión intestada civil, donde se incardinan los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Curiosamente, estas dos disposiciones no son tratadas siguiendo un orden cronológico, puesto que siendo posterior en el tiempo el senadoconsulto Orficiano, Ulpiano lo trataba en el libro 12 *ad Sabinum* al estudiar cuestiones relativas a los descendientes, mientras que tan sólo nos han llegado dos textos de dicho libro 12 dedicados al senadoconsulto Tertuliano<sup>498</sup>. Sin duda, era una opción lógica incluir las cuestiones relativas a los hijos llamados a suceder a las madres fallecidas intestadas en el libro que abordaba la problemática de los *sui heredes* y los *consanguinei* junto con el derecho del *pater naturalis*. Por su parte, el libro 13 del comentario ulpiano *ad Sabinum* se halla incluido íntegramente en el título diecisiete del capítulo treinta y ocho del Digesto, y es precisamente en este libro donde se conservan la regulación del senadoconsulto Tertuliano. MEINHART<sup>499</sup> cree sorprendente que Ulpiano colocara en el centro del material dedicado a la sucesión civil *abintestato* del *ius antiquum* ambos senadoconsultos en lugar de haber tratado íntegramente la sucesión civil intestada, incluidas las cuestiones referidas a los agnados, y concluir con el *ius novum* que

<sup>495</sup> LENEL (2000) b, II *De testamentis*, 1019-1043.

<sup>496</sup> El libro 12 *ad Sabinum* se halla distribuido en el Digesto en los títulos, dieciséis y diecisiete, comenzando cada uno de ellos.

<sup>497</sup> Para el senadoconsulto Orficiano, LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* I -II, 1043, 2512-2513; 1044, 2513-2514; 1045, 2514-2516, y para el senadoconsulto Tertuliano, LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* I -II 1046, 2517-2519; 1047, 2520-2521; 1048, 2522-2523; 1049, 2523.

<sup>498</sup> D. 38, 17, 1, 11 y 12 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>499</sup> MEINHART (1967) 15.

representan ambos senadoconsultos. Pomponio, en concreto, habría seguido ese método en su libro 4 *ad Sabinum*<sup>500</sup> donde trata primero la herencia legítima y después el senadoconsulto Tertuliano en *De senatus consulti*<sup>501</sup>. También Paulo en sus comentarios *ad Sabinum*<sup>502</sup> se ocupa de la herencia civil intestada sin referencia alguna a la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, a los que viene a dedicar una monografía especial.

En otro orden de cosas, debemos poner el acento sobre la siguiente cuestión: el comentario de Ulpiano *ad Sabinum* habría sido escrito pasados al menos treinta años respecto al senadoconsulto Orficiano y setenta años en relación al senadoconsulto Tertuliano<sup>503</sup> si damos por conveniente el gobierno de Adriano para el senadoconsulto Tertuliano y el año 178 d. C. para el senadoconsulto Orficiano. Este dato nos obliga a ser prudentes a la hora de abordar ciertas cuestiones que posiblemente no estuvieron en el ánimo del legislador, aunque el testimonio ulpiniano sigue siendo una fuente muy valiosa para conocer la trascendencia de ambas normas puesto que el jurista refleja los problemas de aplicación que plantearon ambas normas y su ruptura con la tradición del *ius civile* en materia de sucesión intestada.

Los textos del Digesto que se dedican al senadoconsulto Tertuliano corresponden a los siguientes juristas<sup>504</sup>:

Gayo:

D. 38, 17, 8 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*)<sup>505</sup>.

Modestino:

D. 38, 17, 3 (Modestino, 8 *regularum*)<sup>506</sup>.

Paulo:

D. 38, 17, 5 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*)<sup>507</sup>.

D. 38, 17, 7 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*)<sup>508</sup>.

---

<sup>500</sup> LENEL (2000) b *De hereditate legitima et bonorum possessione c.t. et intestati* 93, 428-434.

<sup>501</sup> LENEL (2000) b *De senatus consultum Tertullianum* 149, 807.

<sup>502</sup> LENEL (2000) a *De hereditas legitima et bonorum possessione*, 1255, 1631-1636; *Ad senatus consultum orfitianum liber singularis*, 1295, 1900-1901; y *Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis* 1296, 1905-1909.

<sup>503</sup> MEINHART (1966) 14. El intervalo temporal entre los senadoconsultos y su comentario puede establecerse sólo de forma aproximada, pues la fecha cierta de redacción de los libros 12 y 13 *ad Sabinum* por Ulpiano no la conocemos. D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) menciona un rescripto de Severo y Antonino Pío que se encuentra en C. 8, 50, 1 *Impp. Severus et Antoninus AA. Ovinio*. D. 26, 6, 2, 2 (Modestino, 1 *de excusationibus*) y D. 38, 17, 2, 47 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) son de la misma época, pues Ulpiano utiliza las palabras *ab imperatore nostro Antonino Augusto et divo patre eius*. lo que nos indica que el comentario sobre los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano debió escribirse en la época de Caracalla.

<sup>504</sup> MEINHART (1967) 15.

<sup>505</sup> LENEL (2000) a *Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis* 261, 508.

<sup>506</sup> LENEL (2000) a *Ad senatus consultum Tertullianum et Orfitianum* 740, 278

<sup>507</sup> LENEL (2000) a *Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis* 1296, 1905-1906.

<sup>508</sup> LENEL (2000) a *Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis* 1296, 1905-1907.

D. 50, 16, 231 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*<sup>509</sup>).

D. 32, 28 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*<sup>510</sup>).

Pomponio:

D. 38, 17, 10 (Pomponio, 2 *senatus consultorum*<sup>511</sup>).

Ulpiano:

D. 38, 17, 2 pr.-3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*<sup>512</sup>).

D. 38, 17, 2, 4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>513</sup>.

D. 38, 17, 2, 5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>514</sup>.

D. 38, 17, 2, 6-13 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>515</sup>.

D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>516</sup>.

D. 38, 17, 2, 15-19 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>517</sup>.

D. 38, 17, 2, 20-22 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>518</sup>.

D. 38, 17, 2, 23-47 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>519</sup>.

D. 38, 16, 2 pr.-7 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>520</sup>.

D. 49, 15, 16 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>521</sup>.

En relación al tratamiento realizado por Ulpiano, la doctrina habla de un *esquema* seguido en los libros 12 y 13 *ad Sabinum*, que se caracteriza por ciertos paralelismos de escritura muy útiles para conocer la forma de trabajar de Ulpiano. En cada caso, el jurista ofrecería primero una detallada descripción de las condiciones de la persona fallecida, para continuar con los requisitos exigidos a los interesados en sucederle. Finalmente, Ulpiano enunciaba las reglas de prelación a aplicar cuando varios parientes reclamaban su derecho a suceder, pues en numerosas ocasiones, la solución al caso pasaría por volver a la regulación del *ius antiquum*.

---

<sup>509</sup> LENEL (2000) a *Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis* 1296, 1905-1908.

<sup>510</sup> LENEL (2000) a *Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis* 1296, 1905-1909.

<sup>511</sup> LENEL (2000) b *De senatus consultum Tertullianum* 149, 807.

<sup>512</sup> LENEL (2000) b *De senatus consultum Tertullianum* 149, 807.

<sup>513</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1046, 2517.

<sup>514</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1046, 2518.

<sup>515</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1046, 2519.

<sup>516</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1047, 2520.

<sup>517</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1047, 2521.

<sup>518</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1048, 2522.

<sup>519</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1048-1049, 2523.

<sup>520</sup> LENEL (2000) b *De agnatis heredibus*: 1050, 2524.

<sup>521</sup> LENEL (2000) b *De legitimis heredibus* II: *Ad senatus consultum Tertullianum* 1046, 2517.

En lo que se refiere al senadoconsulto Tertuliano, el concepto previo que maneja Ulpiano es la definición de personas fallecidas intestadas que recoge en:

D. 38, 16, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*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. plane qui testari non potuit, proprie non est intestatus, puta impbes furiosus vel cui bonis interdictum est: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus: eum quoque, qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et eius hereditas fuisse creditur.*

Una vez sentado ese criterio, en D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) detalla las características de la persona fallecida:

D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Filium autem vel filiam accipere debemus, sive iusti sint procreati vel vulgo quaesiti. idque in vulgo quaesitis et Iulianus libro quinquagesimo nono digestorum scripsit.*

Ulpiano se refiere a los llamados a suceder<sup>522</sup> concretando los requisitos y características especiales que, en el momento preciso del fallecimiento, debía reunir la persona fallecida y aquéllas designadas por el senadoconsulto para sucederle. Precisamente del cumplimiento de esas exigencias se derivará la satisfacción de sus aspiraciones hereditarias<sup>523</sup>.

---

<sup>522</sup> LA PIRA (1930) 278 ss. se refiere a una posible interpolación privativa en este texto que habría eliminado del texto la mención al *ius liberorum* de conformidad con las nuevas disposiciones justinianas. C. 8, 58, 1 *Impm. Honoris et Theodosius AA. Isidoro pu. Inter virum et uxorem rationem cessare ex lege Papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte lex alia minuerit derelicta, discernimus. Tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit. D. prid. non. Sept. Varane cons. [a. 410].* Lo anterior queda confirmado en Instituciones 3, 4. Para este autor, el texto de D. 38, 17, 2 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) debió ser: *Sive ingenua sit mater sive libertina (si ius liberorum habeat) habebit Tertullianum commodum.* Los hijos a los que la madre tenía derecho a suceder eran los nacidos en matrimonio legítimo o los *vulgo quaesiti* en base a D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) con la excepción que se convirtieran en *libertini*, pues aunque hubiera una manumisión posterior, esa no devolvería el parentesco de cognación legal entre madre e hijo, D. 38, 17, 2, 2 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) aunque hay excepciones a esa regla de las que se discuten su origen cásico o justiniano. En cuanto a la competencia establecida entre los descendientes, la madre, los hermanos y el padre del fallecido, se prefiere a los descendientes del fallecido sobre la madre de aquél. MEINHART (1967) 181-279.

<sup>523</sup> D. 38, 16, 1, 2-11 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); D. 38, 17, 2, 4-5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); D. 38, 16, 2 pr.-4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

D. 38, 17, 2 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sive ingenua sit mater sive libertina habebit Tertullianum commodum.*

Finalmente, se dedica a la problemática jurídica que ocasionaba la eliminación de los llamados a suceder en la herencia intestada según las normas anteriores del *ius civile*, así como la posible concurrencia entre diversos familiares<sup>524</sup>. Mientras que para las concurrencias de parientes en el senadoconsulto Orficiano sólo se emplea un texto<sup>525</sup>, para el senadoconsulto Tertuliano realiza Ulpiano un muy detallado estudio de las personas que excluían a la madre de la herencia de su hijo: descendientes, padre, hermanos y hermanas y sobre este asunto aporta numerosos ejemplos<sup>526</sup>, viéndose casi obligado a cerrar el libro 13 *ad Sabinum* con un breve tratamiento de otros agnados diferentes de los hermanos<sup>527</sup>, en cuanto era necesario prever una norma subsidiaria tras la promulgación del senadoconsulto<sup>528</sup>.

También en el *Codex* hallamos textos que revisten gran importancia para el estudio del senadoconsulto Tertuliano, como las siguientes constituciones:

C. 6, 55 *De suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus.*

C. 6, 56 *Ad senatus consultum Tertullianum.*

C. 6, 56, 3 *Imp. Constantinus A. Catullino proconsuli Africae [a. 315]*<sup>529</sup>, en la cual Constantino dispone que, si la madre no hubiera realizado el nombramiento de tutor del hijo impúber por descuido pero el hijo llegara a la pubertad, la madre sucedería *ex Tertulliano* como si nunca hubiera perdido sus derechos por no cumplir correctamente con su tarea.

---

<sup>524</sup> Ulpiano no discute sobre los derechos de los *sui heredes*, y centra el debate en los *consanguinei* desde D. 38, 16, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>525</sup> D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>526</sup> D. 38, 17, 2, 6-19 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>527</sup> D. 38, 16, 2, 5-7 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>528</sup> VOCI (1963) 18 ss. cree que los llamamientos introducidos por dicha norma no son de concurrencia en todos los casos, sino de parientes antepuestos a la madre, o que vienen llamadas con ella. MEINHART (1967) 181 ss. 1°. Los hijos del fallecido, *sui iuris* o no, excluyen a la madre del causante, aunque si estuvieran cautivos, se suspende la adquisición. 2°. Los intereses de un *nasciturus* son tutelados por la *missio ventris nomine*, D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). 3°. Los intereses de un hijo ya nacido son protegidos por la *possessio Carboniana*, D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) o con la *possessio infanti per tutorem petita*, D. 38, 17, 2, 13 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). 4°. El hijo podría abstenerse o renunciar y la delación entonces pasaría a la madre: *abstentio del suus*, D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); *restitutio in integrum*, D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y la renuncia del *heres legitimus*, D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). 5°. El padre del fallecido excluye a la madre, siempre que sea *pater naturalis* no adoptivo, D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y que el hijo no haya sido dado en adopción a otra familia. 6°. Entre hermanos y hermanas se distingue pues los primeros excluyen a la madre pero ésta concurre con las hermanas consiguiendo la mitad del *as*. Por cierto que deben ser hermanos y hermanas agnaticios.

<sup>529</sup> C. 6, 56, 3 *Imp. Constantinus A. Catullino proconsuli Africae. Matres, quae puberes amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierunt, praescriptione non petiti tutoris ad excludendam eorum successionem minime debere praescribi certum est. D. vl k. Aug. Constantino A. IIII et Licinio IIII cons. [a. 315].*



C. 6, 56, 7 *Imp. Iustinianus A. Mena pp.* [a. 528]. Justiniano quiere excluir cualquier participación del *patruus* y sus descendientes si eso supone disminuir la cuota de la madre del fallecido, haciendo mención expresa a que ni la ley ni las constituciones imperiales podrían perjudicar de esta forma a la madre<sup>530</sup>.

C. 6, 58 *De legitimis heredibus*.

C. 5, 9, 3 *Impp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Floro pp. Feminae* [a. 382].

En las Instituciones, se refiere Justiniano a la herencia intestada y la sucesión de los agnados, en:

Instituciones 3, 1 *de hereditatibus quae ab intestato deferuntur*.

Instituciones 2, 2 *de legitima adgnatorum successione*.

Instituciones 3, 3 *de senatus consulto Tertulliano*<sup>531</sup>.

Por tanto, se incluye la normativa de estas disposiciones no en sede de herencia intestada sino entre las discusiones sobre la herencia de los agnados.

#### 1. 2. *Tituli ex corpore Ulpiani*:

En *Tituli ex corpore Ulpiani*<sup>532</sup> encontramos fragmentos dedicados a diversos temas relacionados con la herencia intestada, el *ius liberorum*, o el parentesco agnados. En particular, son imprescindibles para conocer ciertos principios del senadoconsulto Tertuliano:

*Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 1.

*Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8.

*Tituli ex corpore Ulpiani* 28, 7.

*Tituli ex corpore Ulpiani* 29, 3.

---

<sup>530</sup> En este caso, el tratamiento de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano está segregado, y si bien siguen al título sobre los descendientes, llama la atención que se introducen antes de hablar del resto de herederos legales.

<sup>531</sup> Instituciones 3, 4 *De senatus consulto Orfitiano*.

<sup>532</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 1-3 y 4-6.

### 1. 3. Código Teodosiano<sup>533</sup>.

Código Teodosiano 3, 8, 2, 1 del año 381 d. C.

Código Teodosiano 5, 1, 1, promulgada por Constantino en el año 321 d. C.

Código Teodosiano 5, 1, 2 de Valentiniano I y Valente, año 369 d. C.

Código Teodosiano 5, 1, 7 por Teodosio II y Valentiniano III, en el año 426 d. C.

Código Teodosiano 5, 8, 1 = C. 6, 56, 5 *Impp. Theodosius et Valentinianum AA. ad senatum urbis Romae* [a. 426].

Código Teodosiano 8, 16, 1 del año 320 d. C.

### 1. 4. Sentencias de Paulo :

Paulo aborda el estudio del senadoconsulto Tertuliano a continuación de la sucesión intestada, siendo de especial interés:

Paulo, *Sententiae*, 4, 8, *de intestatorum successio*.

Paulo, *Sententiae*, 4, 9 *ad senatus consultum Tertullianum*<sup>534</sup>.

### 1. 5. Disposiciones posteriores al senadoconsulto Tertuliano.

#### 1. 5. 1. El decreto de Antonino Pio:

Entre las normas posteriores al senadoconsulto Tertuliano que tienen gran relevancia sobre lo dispuesto por éste, destacamos un decreto de Antonino Pío que conocemos a través de Ulpiano, y es considerado el primer instrumento legislativo que completaría la regulación del senadoconsulto:

---

<sup>533</sup> COMA FORT (2014). Para casos de concurrencia de madre del fallecido con hermanas, se diferencia según la persona fallecida fuera varón o mujer. Así, en el primer caso, la madre y hermanas reciben una cuota viril, mientras que, fallecida una mujer que deja madre y hermanas, la madre recibiría una mitad ella sola, y la otra mitad se repartiría entre las *sorores*. Código Teodosiano 3, 8, 2, 1 (= C. 5, 9, 3): *illud etiam addimus, legi, si aliquis ex filiis. Quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non etiam fratrem reliquins senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantu, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore sucepti matrimonio filiis relinquat nec super istius modi facultatibus testandi in quam libet aliam extraneam personam vel quidquam ab alienandi habeat potestatem*. Es interesante compararla con Instituciones 3, 3, 3, y C. 6, 56, 7 *Imp. Iustinianus A. Mena pp. D. k. Iun. Constantinopoli dn. Justiniano A. pp. II cons.* [a. 528].

<sup>534</sup> Paulo, *Sententiae*, 4, 10 trata del senadoconsulto Orficiano, aunque no esté titulado.

D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si quis decessisset relicta filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre, divus Pius decrevit cessare senatus consultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam. sed quod idem Iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit: succedit enim filiae. et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur.*

En el fragmento se discutía sobre la primacía de los descendientes del fallecido sobre la madre del mismo, produciéndose una excepción a las reglas del senadoconsulto Tertuliano pues si bien los descendientes siempre excluían a la madre, dado que la hija del fallecido había entrado en una familia extraña el emperador decide otorgar a la madre del difunto una mejor posición en comparación con el tratamiento *ex Tertulliano*. Así, la madre y la hija del fallecido reciben cada una la mitad de la herencia como reclamantes de la herencia por la clase *unde cognati*, siendo importante señalar cómo se logran de una forma increíblemente simple dos objetivos diferentes: por una parte, corregir las reglas del senadoconsulto Tertuliano para este grupo de casos beneficiando a la madre del fallecido que sería *bonorum possessora* junto a la hija de aquél. Por otra, puesto que a la madre tal preferencia se la ha otorgado sólo en contra de una hija dada en adopción, parece que este reparto queda circunscrito al caso de haber dado en adopción a mujeres, pues si se tratara de un hijo dado en adopción, el derecho de éste se habría impuesto al de su abuela materna, madre del fallecido intestado, y al mismo *pater naturalis* del emancipado.

La justificación de esta discriminación por razón del sexo del descendiente adoptado en familia ajena podría responder al espíritu del propio senadoconsulto Tertuliano que hacía compartir la herencia a la madre del fallecido con las hermanas del mismo, pero que la excluía cuando había hermanos varones. Pero, además, la posición de la hija en una familia adoptiva difería de la de los hijos varones, puesto que, al no tener *sui heredes*, se marcaba desde el principio la distancia con su familia de origen.

Volviendo al caso que nos ocupa, la llamada a la madre debía hacerse por la clase *unde legitimi*<sup>535</sup> pero parece que el emperador suspende la aplicación del senadoconsulto Tertuliano,

---

<sup>535</sup> D. 38, 7, 1 (Ulpiano, 27 *digestorum*).

y la madre acude al procedimiento habitual ante el pretor para solicitar la *bonorum possessio unde cognati*, como expresa *Tituli ex corpore Ulpiani* 28, 7.

En D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) Ulpiano muestra su desacuerdo con la solución de Juliano, aunque ya las palabras de introducción, *sed quod idem Iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti*, nos sugieren que el texto no está intacto pues desconocemos a que está mostrando objeciones Ulpiano con la partícula adversativa *sed*, cuando en el párrafo anterior no mencionaba a Juliano en absoluto.

Sin duda, el decreto de Antonino Pio debió dar lugar a una discusión prolongada, en la que, al parecer, por un lado Juliano y por otro Ulpiano se ocuparon del conflicto, pero los compiladores decidieron acortar el tratamiento del tema lo que justificaría que las piezas no encajen desde el punto de vista lógico o lingüístico. Aun así, y a pesar de dichos defectos, el texto nos transmite en esencia las claves del caso ofreciendo detalles que pueden ser reveladores para entender la génesis del mismo, las dudas de ambos juristas y las modificaciones que supuso, en la práctica, el decreto de Antonino Pío al senadoconsulto Tertuliano.

Una vez que hubiera expirado el plazo para solicitar la herencia del fallecido por las clases anteriores, ambas candidatas solicitarían al pretor la *bonorum possessio unde cognati*, algo en lo que los juristas no tendrían desacuerdos evidentes. El verdadero problema y objeto de la polémica es la posible renuncia de una de las concurrentes a pedirla, en este caso la hija dada en adopción, pues no quedaría claro si la madre del fallecido sería llamada a la herencia *ex Tertulliano* como única concurrente. A pesar de que la norma en otros casos lo había permitido, Juliano entendía que, renunciando la hija concurrente a pedir la posesión pretoria, quedaba excluido cualquier derecho de la madre a la herencia de su hijo fallecido, padre de la rechazante. MEINHART<sup>536</sup> ve muy improbable que Juliano concluyera el asunto con la negativa de otorgar la herencia a la madre, y más bien podría ser que esta madre fuera designada como única solicitante ante el pretor de la herencia completa. Por su parte, de dar por bueno el carácter clásico del fragmento, Ulpiano entendía que el decreto no podría proporcionar una solución a la herencia lo que naturalmente conduciría a la aplicación, otra vez sin cambios, de las normas del senadoconsulto Tertuliano: la renuncia de la hija como *bonorum possessora unde cognati* eliminaría el único obstáculo para la llamada de la madre a la *hereditas*. Es cierto que, la consideración de la madre como heredera compagina bien con el punto de vista ulpiano sobre la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, y podría ayudar a comprender el resto de

---

<sup>536</sup> MEINHART (1967) 307-313.

casos del libro 13 *ad Sabinum*. Por tanto, a pesar de lo innegables retoques sufridos por el texto, seguramente prevaleciera la visión de Ulpiano que entendía que el decreto de Antonino Pío se aplicaba cuando la *bonorum possessio* se solicitaba ante el pretor en plazo, volviéndose a la aplicación del senadoconsulto Tertuliano en caso contrario.

#### 1. 5. 2 El rescripto de Septimio Severo.

En su libro *de excusationum*, Modestino menciona un rescripto que limitaba significativamente la aplicación del senadoconsulto Tertuliano:

D. 26, 6, 2, 2 (Modestino, 1, *de excusationum*):

*Divus Severus Cuspio Rufino. omnem me rationem adhibere subveniendis pupillos, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo, et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.*

El emperador se refiere a la obligación que correspondía a la madre de proveer al pupilo de los cuidados necesarios nombrando tutores adecuados. Si la madre no lo hubiera cumplido, o hubiese habido una *excusatio* de los primeros tutores propuestos, o hubieran sido retirados por falta de aptitud sin que se hubieran hecho nuevos nombramientos inmediatamente, la madre no podría suceder a sus hijos *ex Tertulliano*.

Esta medida, notablemente política, supone la sanción y la privación a la madre por el incumplimiento de un deber, poniendo en primer plano la relevancia que se otorgaba a proveer los medios para la educación de los hijos. Lo verdaderamente interesante es que el rescripto deja una cuestión de técnica jurídica abierta: si la madre era considerada persona indigna<sup>537</sup> en sentido estricto o si sólo afectaba su comportamiento a la sucesión de su hijo, siendo una disposición del año 203 d. C. la que venga a complementarla. Parece que la madre no era propiamente indigna, sino que se establecía una prohibición a su llamamiento a la herencia intestada del hijo. Por ello, la herencia se debería ofrecer al *agnatus proximus*, lo que suponía reconocer la sucesión en la delación, o actuar fingiendo que el fallecido no hubiera dejado a su madre<sup>538</sup>.

---

<sup>537</sup> BIONDI (1960) 159 ss. ; VOCI (1967) 465 ss.

<sup>538</sup> SAIZ (2011) 125 ss.; MASSIELLO (1979) 3-41; 44-48; NARDI (1937) 11 ss; 41 ss.; 78 ss.; 357 ss. KASER (1971) 723 ss.

En resumen, para concluir con la aproximación a las fuentes jurídicas que nos han llegado referidas al senadoconsulto Tertuliano, podemos decir que, exceptuando a Ulpiano quien prefirió comentar los senadoconsultos siguiendo criterios objetivos de oportunidad expositiva, el resto de juristas y compilaciones los consideran idóneos para el cierre de diversos capítulos, referidos normalmente a la sucesión intestada. Curiosamente, nos falta conocer cuál fue el tratamiento en las Instituciones de Gayo<sup>539</sup>. Pese a las limitaciones expuestas, puede decirse que todas ellas nos brindan una relevante información de cómo se atendieron las expectativas sucesorias de familiares postergados por la herencia clásica *abintestato*, reconociendo a madres e hijos en cuanto recíprocos herederos, postura ya plenamente asumida por el derecho postclásico y justiniano.

## 2. *Status quaestionis*.

### 2. 1. Goutelle.

En la década de los años treinta del pasado siglo, la autora francesa publica la monografía, cuyo expresivo título *De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatus-consulte Tertullien*<sup>540</sup> ya muestra su interés por relacionar las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano con el cambio de valores familiares en la época de los Antoninos.

El libro arranca con un capítulo dedicado a la difícil cuestión de la datación de la disposición, a la vez que expone los objetivos de Adriano con la misma. Se dedican sendos capítulos a la cognación y a la agnación, es decir, al auge de la primera y al declive de la segunda en el siglo II d. C. y concluye con un repaso de las constituciones imperiales postclásicas que influyeron en la regulación de la sucesión intestada reduciendo las expectativas de las madres frente a los agnados cercanos, así como de las Novelas justinianas, definitivas valedoras en la sucesión *mortis causa* del parentesco de sangre.

A nuestro parecer, resulta interesante su reflexión sobre la tardanza del Derecho Romano en regular la sucesión intestada de la madre en los bienes de sus hijos, pues, en tanto cognados, en el siglo II d. C. sólo podría operarse por la clase *unde cognati* del orden de llamamientos pretorio, alejando las expectativas de la madre ante la presencia de cualquier agnado del fallecido. Asimismo, se hacía extensiva la dificultad para suceder a todos los parientes por rama materna. Ese retraso normativo es atribuido al predominio de los matrimonios *cum manu* durante siglos, pues habrían impedido que las mujeres en cuanto

---

<sup>539</sup> MEINHART (1966) 15 ss.

<sup>540</sup> GOUTELLE (1933) 29 ss..

agnadas de sus hijos y de su marido quedaran desprotegidas a la muerte del *paterfamilias* o de sus descendientes. Si, además, el hijo fallecido antes que su madre fuera *alieni iuris*, del que era agnada, la situación de la madre no quedaba modificada al no haber gozado éste de patrimonio propio más allá de los peculios que regresaban a quien ejerciera la patria potestad. Ahora bien: llegado el caso de fallecimiento de un hijo *sui iuris* antes que su madre, ésta podría sucederle como agnada, salvo que el hijo en vida hubiera perdido los lazos agnaticios con la familia en que continuara la madre. En cuanto mera cognada, las posibilidades de suceder a su hijo eran muy escasas, postergada no ya por sus nietos sino por los nuevos agnados del hijo, es decir, la familia en la que hubiera entrado por una posible arrogación o adopción.

GOUTELLE se refiere al caso del hijo emancipado por un *paterfamilias* que ejercía también la potestad sobre la madre del emancipado. Si hasta la salida de la familia, madre e hijo eran como hermanos, el emancipado se convertía en un extraño para su familia originaria, manteniendo sólo una relación con su *parens manumissor* similar a la del liberto con el patrono (la emancipación en tiempos remotos era más una sanción familiar que un beneficio, excluyendo a un miembro de su familia).

La mujer no podía ser considerada en los primeros tiempos como heredera intestada por cuanto no podía suceder a los *paterfamilias* en los *sacra*, la *amicitia* o la *patria potestas*. Tampoco podía ejercer la tutela y estaba exonerada del deber de venganza. Al régimen paritario establecido por la Ley de las XII Tablas le sucedieron las limitaciones de la *lex Voconia*, que, al menos, reconocía indirectamente la posibilidad de las mujeres de suceder *ex testamento*, por lo que no habría motivos para dudar que pudieran ser, asimismo, herederas *abintestato*<sup>541</sup>. Sin embargo, la interpretación que hicieron los juristas de la *lex Voconia* supuso la exclusión a la herencia intestada de las mujeres agnadas que no fueran *soror consanguinea*, un nuevo obstáculo para el acceso femenino a la herencia. Sometidas a la tutela de los agnados, no había riesgos para el patrimonio familiar si las mujeres de la casa sucedían a la muerte del *paterfamilias* al igual que los hombres, pues precisamente éstos controlarían sus bienes con el ejercicio de una tutela potestativa, aún lejos la consideración del instituto como instrumento protección de la persona tutelada. En tiempos de Cicerón, la *coemptio fiduciaria* permitía a una mujer emancipada por quien ejerciera sobre ella la *manus*, elegir un tutor de su agrado: el

---

<sup>541</sup> Paulo, *Sententiae*, 4, 8, 20. GOUTELLE (1933) 13 ss. El texto decemviral supone un pacto entre patricios y plebeyos favoreciendo a éstos la inclusión sin límites de los agnados, puesto que carecían de gentes. Los patricios, sin embargo, pudieron maniobrar para limitar los llamamientos a los agnados, manteniendo el llamamiento a los gentiles pues si las hermanas por parte de padre habían contribuido al sostenimiento de la economía familiar, no así otras parientes. Las mujeres podrían hacer testamento de sus bienes, aquellos obtenidos con su trabajo, de su ahorro, o por ejemplo, de lo recibido por disposiciones testamentarias a su favor, pero la intervención del tutor agnado evitaría que dichos bienes salieran de la familia, bastándole con no prestar autorización al testamento de su pupila. HERRMANN (1964) 52 ss.

matrimonio por *confarreatio* era ya extraño a las costumbres y Gayo narra cómo el *usus* para adquirir la *manus* apenas se ejercía.

El triunfo de las uniones matrimoniales *sine manu*, trajo como consecuencia que la mujer fuera una extraña a efectos legales para sus hijos, sometidos normalmente a la *patria potestas* de su padre o su abuelo paterno, mientras que la madre, o era *sui iuris*, o seguía bajo la *potestas* de su padre, abuelo materno del niño. Hasta la época del Principado no se veía especialmente dañino para la mujer su ausencia de reconocimiento como heredera intestada de sus hijos, pero en una época en la que la emancipación se había despojado de ese carácter sancionador, muchos hijos de familia emancipados generaban patrimonios, y, caso de querer prestar un apoyo económico a sus madres para el caso de su muerte prematura, debían acudir al testamento.

Asimismo, se atribuye a una cierta influencia griega, en particular a la *aequitas* que mitigaba los rigores de la letra de la ley, la inclusión en el edicto del pretor en materia sucesoria del reconocimiento a los parientes de sangre en la clase *unde cognati*. Así, se refiere al caso de Cicerón *pro Cluentio*<sup>542</sup>, quien sería heredado por su madre por la intervención pretoria. Pero, pese a la evolución de la vida familiar y social romana y las influencias griegas, que se dejaron sentir especialmente en la regulación pretoria de la sucesión intestada, el pretor no podía hacer herederos<sup>543</sup> y la presencia de agnados alejaba de los cognados las expectativas sucesorias, debiendo esperar que transcurriera un año para, en el caso que otras personas con mejor derecho no la hubieran solicitado, pedir la *bonorum possessio sine re*<sup>544</sup>.

Por todo ello, el valor del senadoconsulto Tertuliano, tal como nos dice *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 8 reside en considerar heredera legítima a la madre en la herencia de sus hijos, *legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano*, lo que al mismo tiempo, permite que solicitara la *bonorum possessio unde legitimi*. Tal y como veremos en páginas posteriores, se exigirá a las madres gozar del *ius liberorum*<sup>545</sup>, si bien este elemento se habría introducido con evidentes fines demográficos siguiendo el senadoconsulto Tertuliano el espíritu de las normas caducarias, aun siendo la necesidad de repoblación mucho menos acuciante que en época de Augusto. Adriano, por ello, habría podido admitir la herencia de hijos legítimos y de los *vulgo*

---

<sup>542</sup> Cicerón, *Pro Cluentio* 60-165.

<sup>543</sup> Instituciones, 3, 32.

<sup>544</sup> Instituciones, 3, 6; 3, 9; D. 38, 8, 2 (Gayo, 16 *ad edictum provinciale*).

<sup>545</sup> Instituciones, 3, 3, 1; 3, 3, 2.



*concepti*, pues sólo dejarían de considerarse hijos los nacidos con deformidades<sup>546</sup> o los abortos involuntarios<sup>547</sup>.

En definitiva, esta autora cree que el senadoconsulto Tertuliano se enmarca en la tendencia favorable a reconocer la cognación como parentesco hábil a efectos jurídicos, desde las tan lejanas *lex Cincia* y *lex Furia testamentaria*, pasando por el reconocimiento del pretor, o la propia *lex Papia*<sup>548</sup> que eximía de las sanciones para suceder a quienes fueran llamados a testamentos de parientes hasta el sexto o séptimo grado de consanguineidad. No sería ajeno a esta cuestión la regulación del *ius angustiae* por el emperador Claudio, el papel de la filosofía estoica, y, finalmente, las disposiciones de Constantino, concluyendo el proceso con las Novelas justinianas que supone la definitiva derrota de la agnación.

## 2. Sanfilippo<sup>549</sup>.

En *Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano*, el autor parte de la atenuación en época clásica del rigor de muchos principios antiguos de la *hereditas*, quedando paralizada su aplicación y siendo sustituidos (si no expresa y formalmente, al menos, de hecho) por nuevos principios. Los juristas habrían ocupado un lugar protagonista en esta labor creadora, y, por ello dirige su investigación hacia la posible derogación del principio de la no admisibilidad de transmisión de la delación en la sucesión intestada. El senadoconsulto Tertuliano no mencionaba expresamente este tema, pero debería acudir a la regulación del senadoconsulto Orficiario que sí recogía el caso en que no fuera posible la sucesión de los hijos en los bienes maternos. El retorno al *ius vetus* y el llamamiento a los agnados de la fallecida, los eternos beneficiados en los sistemas civil y pretorio queda plasmado en:

D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat, itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio, patrono defertur.*

---

<sup>546</sup> Paulo, *Sententiae*, 4, 9, 5, 3 y 9, 5, 6.

<sup>547</sup> Instituciones, 3, 3, 4. Mueve a la compasión de Justiniano, *periculum et saepe mortem*, el riesgo de la madre al dar a luz repetidamente.

<sup>548</sup> ROTONDI (1990) 261, 282.

<sup>549</sup> SANFILIPPO (1951) 367 ss.

D. 38, 17, 6, 1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

*Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter haec verba “si nemo filiorum volet hereditatem suscipere”, quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.*

A la vista de estos textos, analiza el autor cuatro problemas íntimamente conectados entre sí:

1º. La negativa del hijo del fallecido a adir la herencia, para después cambiar de voluntad, debiendo determinarse si ese cambio de postura le permitiría acceder a la herencia antes de que la hubiera adido un consanguíneo o un agnado. Parece que si hubiera varios hijos y ninguno quisiera aceptar la herencia, aún dispondrían de un año de plazo para arrepentirse en el que pedir la *bonorum possessio*.

2º. La negativa del hijo a aceptar la herencia quedando vivos otros herederos legítimos del fallecido a la vez que la madre del mismo. D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>550</sup> plantearía este problema, surgiendo la duda de si en este caso sería llamada la madre o se produciría el acrecimiento por los demás herederos dispuestos a aceptar<sup>551</sup>, con el matiz que serían los herederos legítimos que desplazarán a la madre del fallecido los nietos del mismo<sup>552</sup>.

3º. El hijo que había adquirido la herencia y después actuaba pidiendo la *restitutio in integrum*<sup>553</sup> contra su aceptación, pues se duda si se aplicaría el *ius antiquum*, caso expuesto en D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). No estamos exactamente ante la aplicación del principio *nemo filium volet*, por lo que, según el *ius civile*, debía darse una respuesta negativa a las expectativas de la madre. Atendiendo al principio *semel heres, semper heres*, el hijo que había aceptado la herencia no dejaba de ser heredero y además, la *restitutio in integrum* traía como consecuencia la *denegatio actionis heredi et in herede* que haría imposible la *successio ordinum*.

---

<sup>550</sup> La redacción de este pasaje ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina, así, LA PIRA (1930) 282 nt. 1, sostiene que la hipótesis que plantea Ulpiano hace referencia a los hijos admitidos a la herencia materna por causa del senadoconsulto Orficiano; en distinto sentido, LENEL (2000) b 1047, 2520, nt. 1. afirma que hace referencia simplemente a hijos que se encuentran respecto de su madre en posición de hermanos consanguíneos.

<sup>551</sup> No habría de ser llamada ni a la parte de ellos, lo que LA PIRA (1930) 277 ss. parece relacionar con los hijos del hijo fallecido.

<sup>552</sup> SANFILIPPO (1951) 364, nt. 3. no ve razón para preferir la versión de Paulo a la de Ulpiano. Gai. 3, 2; 3, 3; 3, 4; *Tituli ex corpore Ulpiani* 16, 2-4 y vale para ellos el principio de representación.

<sup>553</sup> SANFILIPPO (1951) 365. El término *restitutio in integrum* se usa de forma inexacta por los compiladores que lo mezclan con la abstención, y, de hecho en se caso el hijo no era *suus* por lo que no habría podido abstenerse.

En definitiva, el romanista italiano estudia si la mera delación al hijo del fallecido, aunque no se acabara quedando con la herencia por su propia decisión, excluiría la llamada a los agnados y concluye que Ulpiano habría superado esta dificultad dogmática con una interpretación genial del *nemo filiorum volet ad se eam hereditatem pertinere*, ofreciendo una solución que se desviaba de los principios del *ius civile* e incluso de la misma letra del senadoconsulto. Partiendo de la hipótesis más normal, es decir, la del hijo que repudiaba y no el caso del *restitutus*, cree que la expresión *nemo volet* del senadoconsulto pudo ser atécnica, cabiendo en esa expresión tanto el repudio inicial de la herencia como un posterior arrepentimiento tras la aceptación, si bien en sentido jurídico estricto no podían equipararse ambos casos<sup>554</sup>.

El senadoconsulto Orficiano recoge explícitamente el retorno al *ius civile* y la derogación de la regla *in legitimis non est successio*, pero el caso de D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) es diferente pues la madre del fallecido reclamaba su derecho *ex Tertulliano* a la herencia de su hijo fallecido sin testamento cuando el hijo emancipado del fallecido pide la *restitutio in integrum*. Y decimos que el supuesto es diferente porque aquí no había una reclamación civil de la herencia, sino la petición de la *bonorum possessio*, siendo la revocación de ésta la que daría lugar a la aplicación del senadoconsulto Tertuliano: a un instituido pretorio sobreviene también una cancelación pretoria, y no hay obstáculo en realizar ahora la delación civil a la madre. SANFILIPPO encuentra en las fuentes casos inversos, es decir, de una precedente *hereditas* civil que no impide una ulterior *bonorum possessio*. Aun estando prohibida la delación sucesiva en la herencia civil, no habría obstáculos para el tránsito de la *hereditas* a la *bonorum possessio* o viceversa, ni para dos delaciones sucesivas de *bonorum possessio*<sup>555</sup>.

4º. Finalmente, otro problema de difícil solución sería el planteado en el caso de renuncia de todos los hijos del fallecido pues parece que se debería volver al *ius antiquum* llamando a los *agnati*. Sin embargo, la exclusión de la *successio ordinum* es derogada de nuevo en D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) para el caso que ningún hijo aceptara.

---

<sup>554</sup> SANFILIPPO (1951) 367. Además, *volet* podría interpretarse hacia el futuro, pues no sólo el hijo no quiere la herencia al momento de la delación, sino para el caso de que no la vaya a querer.

<sup>555</sup> SANFILIPPO (1951) 368, nt. 3, acude a D. 38, 9, 11 (Ulpiano, 49 *ad edictum*). En el mismo sentido, LA PIRA (1930) 251, nt. 1.

### 2. 3. La Pira<sup>556</sup>.

En su obra *La successione ereditaria e contra il testamento*, en la sección dedicada a trazar la evolución de los sistemas sucesorio civil y pretorio, el autor italiano dedica un capítulo a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano destacando el carácter conciliador de los llamamientos hereditarios del *ius novum* con el sistema del *ius antiquum*, pero sin abandonar la idea que con ambas disposiciones no se llegaría a una ruptura total con los viejos principios. Por otra parte, desde un punto de vista exegético, el estudioso procede a identificar numerosas intervenciones de los compiladores que eliminaron en la medida de lo posible las referencias a los últimos vestigios del derecho agnaticio. Por ello, determinados textos se revelan como innovadores cuando, en realidad, no fueron escritos en la época clásica pues no estuvo en el espíritu de ambas normas derogar los principios del *ius civile*.

La *hereditas* y la *bonorum possessio* eran dos sistemas formalmente distintos, aunque el segundo habría operado sobre ficciones de cumplimiento de los principios del *ius civile*<sup>557</sup>, de forma que siempre trabajaron de forma coordinada. Sin embargo, al final de la evolución del complejo sistema de normas sobre la sucesión intestada, ya en época de Justiniano, se vislumbra el triunfo del régimen pretorio y, sobre todo, de la cognación sobre la agnación, habiendo sido el germen de este cambio de orientación su inclusión entre los órdenes pretorios *unde liberi, legitimi, cognati et vir et uxor*.

LA PIRA otorga a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano el valor de haber iniciado un fenómeno de transposición de los *cognati* a la clase de los *legitimi*, luego desarrollado por los emperadores postclásicos y alcanzando su máxima expresión con Justiniano. Desde el momento en que dejaba de estar reservado en exclusiva el carácter de *legitimi* a los agnados, las expectativas de los parientes de sangre mejoraban exponencialmente para suceder en caso de ausencia (o invalidez) de testamento.

Otras dos grandes cuestiones son abordadas por el autor italiano: en primer lugar, la necesaria coordinación entre el *ius antiquum*, y el *ius novum*, sobre todo en relación a una posible sucesión en la delación. En segundo lugar, la obligada interconexión de los derechos civil y pretorio, consecuencia de la inclusión de los cognados (la madre respecto a los hijos en el senadoconsulto Tertuliano) en la clase *unde legitimi*, puesto que en relación a la primera

---

<sup>556</sup> LA PIRA (1930) 277 ss.

<sup>557</sup> LA PIRA (1930) 305 considera ficticiamente a los hijos emancipados como *sui heredes*. Otras veces la *bonorum possessio* influye a la *hereditas* pues el *spatium deliberandi*, elemento propio de la *bonorum possessio*, se extiende a la *hereditas* y funciona como elemento coordinador.

clase, *unde liberi*<sup>558</sup>, el pretor siguió manteniendo viejos principios civiles aunque operando sustanciales reformas, como en el supuesto de los hijos emancipados.

En efecto, se detiene en el espinoso tema de la delación sucesiva entre los diferentes grados dentro del orden de los *legitimi*, pues, de admitirse, se habría procedido a dar un vuelco a los viejos principios del *ius civile*, una cuestión inevitable desde el punto y hora en que mantienen expectativas sucesorias los agnados, llamados por el *ius antiquum*, en cuanto *legitimi*, y los cognados llamados por el *ius novum*<sup>559</sup> que encarnaba el senadoconsulto Tertuliano. Sus aportaciones sobre la delación sucesiva pueden resumirse de la siguiente forma:

1ª. En los casos de no aceptación de la herencia por las personas cuyo llamamiento operaba estrictamente en el terreno del *ius novum*, se admitiría el llamamiento a la madre del fallecido.

2º. Los parientes preferidos a ella, descendientes, padre natural y hermanos del fallecido lo son en la nueva regulación y también en el derecho pretorio. Por tanto, el llamamiento a la madre por la nueva regulación del *ius civile*<sup>560</sup> se admitiría también en el derecho pretorio si no ejercitaran su opción a solicitar la *bonorum possessio* los parientes con mejor derecho.

3ª. La renuncia de la madre llamada a la herencia de su hijo fallecido *abintestato* supone la apertura en base al *ius antiquum* de la posibilidad de reclamar la herencia por el *adgnatus proximus*<sup>561</sup>.

4ª. La delación hereditaria sucesiva no sería posible entre un llamado por el antiguo derecho civil y un llamado por el senadoconsulto Tertuliano<sup>562</sup>.

El complejo equilibrio entre los titulares de derechos sucesorios por las reglas del antiguo *ius civile* y los llamados por el *ius novum*<sup>563</sup> y entre los llamados por los sistemas civil

---

<sup>559</sup> LA PIRA (1930) 296 ss.

<sup>560</sup> LA PIRA (1930) 305 ss. Se explica desde la perspectiva del fenómeno de la estratificación de distintos regímenes en el sistema sucesorio, pues las cuestiones dudosas se planteaban al sumar dos nuevos sistemas sin haber abolido el primero y teniendo en cuenta la diferente naturaleza de los llamamientos. En el caso del *ius civile*, se configuraba un carácter irrenunciable y necesario de la herencia, mientras que en la *bonorum possessio* se trataba de un derecho subjetivo de contenido patrimonial atribuido a los parientes más próximos en base a su vínculo de sangre, que se dejaba al mero arbitrio de éstos.

<sup>561</sup> Otros autores consideran que se producía el cierre de la sucesión y la consideración de los bienes como *caduca*.

<sup>562</sup> LA PIRA (1930) 277-292; 303 ss. Los textos indican que se llama *al proximus adgnatus*, algo natural si se había producido una derogación del principio general del *ius civile* y la madre no se aprovechaba de esa ventaja por lo que volvía a estar en vigor el *ius antiquum*, D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). Para determinar al *adgnatus proximus*, se atiende a quien lo fuera al momento de la renuncia según D. 38, 17, 2, 22 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), D. 38, 16, 8, 1 (Juliano, 15 *digestorum*).

<sup>563</sup> LA PIRA (1930) 303 ss. En cuanto a los *cognati*, el verdadero elemento original, actúan por un lado la *ratio sanguinis* y la sucesión en la delación (*sucessio graduum*). En cuanto al orden de llamada, son preferidos los

y pretorio se manifestaba desde tiempo atrás, pues *hereditas* y *bonorum possessio* constituían un sistema orgánico de sucesión intestada donde *heredes* eran los *sui* y el *adgnatus proximus* mientras que *bonorum possessores* eran *liberi*, *legitimi*, *cognati* y *vir et uxor*. La originalidad de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano radica en ser *ius novum* construido a partir del derecho pretorio, concibiendo la herencia civil legítima independientemente del cambio de *status familiae* por *capitis deminutio* del llamado ya se hubiera producido antes, durante o tras la delación<sup>564</sup>. Además, como se ofrece la posibilidad de renunciar, las expectativas sucesorias aparecen como "*verdadero derecho subjetivo patrimonial*". Sin duda, nos encontramos ante un trasvase de principios del derecho pretorio a la sucesión intestada del *ius civile*, puesto que la nueva llamada se establece sobre la base de la cognación, por el vínculo de sangre, desplazando el parentesco agnaticio.

No podemos más que calificar como imprescindible la exégesis de los fragmentos del Digesto que sirve en reiteradas ocasiones de punto de partida para MEINHART<sup>565</sup>, la autora que ha dedicado mayor atención a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano aportando un tratamiento global e intensivo de los mismos. En particular, tal y como veremos en páginas posteriores LA PIRA se detiene en D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) dedicados a los requisitos exigidos a la madre del fallecido, el derecho del padre natural, hermanos o hermanas en concurrencia con la madre del fallecido y, finalmente, la relación entre los llamados por el *ius novum* y los llamados por el *ius antiquum*, con especial atención a D. 38, 17, 2, 47 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

#### 2.4 Vaccaro-Delegu<sup>566</sup>.

VACCARO-DELOGU, en *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, afirma que, pese a que no hay disposiciones legales que lo mencionen expresamente, el derecho de acrecimiento se aplicaba con normalidad en la última fase del derecho clásico, así como en toda la etapa postclásica. En opinión de este autor, la ausencia de regulación podría responder a una falta de necesidad, puesto que superiores principios del derecho sucesorio invitaban a la aplicación del derecho de acrecimiento sin que se produjera polémica alguna. Así ocurría cuando se presentaba a los juristas algún caso en el que pudiera acrecer un beneficiario de la

---

descendientes y en su ausencia, los demás parientes hasta el séptimo grado, lo que acabará por imponer en la clase *unde legitimi* la delación sucesiva.

<sup>564</sup> COLI (1922) 35.

<sup>565</sup> MEINHART (1967) 10 ss.

<sup>566</sup> VACCARO DELOGU (1941) 40 ss.

sucesión, recurriendo a dicha institución con naturalidad, lo que tácitamente nos confirma su plena vigencia en la época de redacción de sus tratados.

En particular, se refiere al posible acrecimiento recogido por Ulpiano en su comentario *ad Sabinum*, más concretamente en el título 17 del libro 38, en sede de senadoconsulto Tertuliano, así como a Instituciones 3, 4, 4. En efecto, afirma que el *ius adcrescendi* en el senadoconsulto Tertuliano sólo desplegaba su eficacia en el supuesto de concurrencia de la madre y hermana o hermanas consanguíneas del fallecido, que para este autor son llamadas de forma solidaria, lo que no variaría cuando alguna de las dos renunciara a su parte de la herencia: en este caso, se ofrecería a las demás concurrentes la posibilidad de hacerse con una cuota de la herencia vacante. Además, considera que en la clase de los *legitimi* se introduce un novedoso reconocimiento de la delación sucesiva, lo que traería asimismo consecuencias en caso de una posible renuncia de la madre del fallecido llamada en virtud del Tertuliano o, igualmente, si fuera excluida de la sucesión por incumplimiento de los requisitos que se la imponían. En ambos supuestos, la llamada se realizaría en virtud del *ius antiquum* al *proximus agnatus*.

La polémica sobre una posible sucesión en la delación, a la que dedicaremos el último capítulo de nuestro estudio, ha sido objeto de debate por los estudiosos que se han acercado al senadoconsulto Tertuliano (y al senadoconsulto Orficiano, si bien esta norma fue mucho más explícita en este asunto). La reforma de Adriano supuso una auténtica remoción de dos principios medulares del *ius civile*: por un lado, el desplazamiento de los agnados a favor de la madre, y, por otro, la admisión de la delación con el retorno al viejo *ius civile* cuando la madre no llegaba a suceder.

## 2.5 Meinhart<sup>567</sup>.

El estudio de la autora austríaca, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, es la primera obra monográfica que aborda en profundidad los textos de ambos senadoconsultos a partir del propio esquema ulpiano de los comentarios *ad Sabinum*.

Hasta la obra de MEINHART, ambos senadoconsultos carecían de un examen exhaustivo, quizás porque los textos sufrieron importantes pérdidas y resultaron fallidos los intentos de reconstruirlos, lo que obligaba a transitar en numerosas cuestiones por el terreno de la hipótesis. No obstante, con las fuentes disponibles, que sí brindan elementos esenciales de

---

<sup>567</sup> MEINHART (1967) 11, 25, 28, 57, 77, 101, 104, 184, 238, 241, 266.

ambas disposiciones, en su monografía realiza una importante investigación que nos permite aproximarnos a la aplicación de ambas normas y al papel que jugaron en materia de sucesión romana *mortis causa*, siendo tres las grandes cuestiones que trata de resolver:

El libro comienza refiriendo los condicionantes políticos y sociales que rodearon e impulsaron la promulgación de ambas disposiciones. Seguidamente, analiza la letra de los senadoconsultos guiada por el esquema de Ulpiano, estudiando los requisitos exigidos al fallecido y a su madre, así como las reglas de concurrencia entre ésta y los demás parientes que sobreviven al difunto, todo ello partiendo necesariamente de los textos ulpianos pero integrado con las fuentes disponibles fuera de los libros 12 y 13 *ad Sabinum*. Asimismo, resulta de interés la continua referencia a los cambios normativos emanados con posterioridad por diversos emperadores en consonancia con ambos senadoconsultos. Por último, al igual que hiciera LA PIRA<sup>568</sup>, MEINHART aborda la problemática de la coordinación de ambos senadoconsultos con el sistema sucesorio vigente en ese tiempo, *ius antiquum* e *ius novum*, pues se refiere a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano como fuentes de conocimiento de la *hereditas* y la *bonorum possessio*, si bien bajo la premisa que ambas normas son disposiciones de *ius civile*, formal y materialmente. El valor de los senadoconsultos reside en haberse apartado de los principios establecidos en cuanto a los llamamientos a la herencia legítima, privilegiando el parentesco de cognación, cuando, hasta entonces, la Ley de las XII Tablas había basado el sistema de la sucesión civil intestada en el parentesco agnaticio.

En su opinión, las reglas introducidas por ambas disposiciones hicieron necesario en numerosas ocasiones acudir a la consulta de los prudentes. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano son considerados normas de *ius civile*, aun cuando suponen una especie de corte transversal entre los órdenes civil y pretorio pues, si bien venían a socorrer la desprotección jurídica recíproca de madres e hijos por parte del *ius civile*, sus disposiciones acabaron por incardinarse en el doble sistema civil y honorario<sup>569</sup>, como se aprecia en la preferencia de los hijos emancipados del fallecido; no podían ser herederos civiles *abintestato* pero ahora una norma de *ius civile* con un rango mejor les permitía acudir a la *bonorum possessio* prevaleciendo sobre la madre y otros agnados. Esa maniobra jurídica resulta muy compleja, pues para primar al hijo que por *capitis deminutio* había perdido la agnación, el senadoconsulto

---

<sup>568</sup>LA PIRA (1930) 276 ss.

<sup>569</sup>MEINHART (1967) 176 ss. Esto se aprecia en el senadoconsulto Tertuliano cuando menciona a una serie de personas con mejor derecho que la madre a la que excluyen de la herencia, y en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8 al determinar que los descendientes, si fueron *emancipati*, podrían pedir la *bonorum possessio* por delante de la madre del fallecido.



Tertuliano tras crear una nueva heredera civil, la madre, la hacía ceder a vez su posición a quiénes no llegaban a ser *heredes*.

Por razón de la cláusula *tum quem ei heredem esse oporteret*, los llamados por los senadoconsultos en cuanto *legitimi* podían acudir al pretor a condición de que se cumplieran los requisitos jurídicos exigidos por el senadoconsulto Tertuliano, negando la posibilidad de ser incluidos en la clase *unde legitimi* pretoria si se había realizado cualquier renuncia a la *hereditas*<sup>570</sup>, desde el convencimiento que la vocación pretoria estaba inexorablemente restringida por los requisitos civiles, y que no podía ofrecer beneficios adicionales a los *legitimi* como exponen sobre todo:

Gai. 3, 36:

*Nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem. sed bonorum possessio secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quo iure civili heres sit, nihilo minus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos (hereditas) pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem posit.*

Gai. 3, 37:

*Idem iuris est, si intestato alieno nam mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimus iure. et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quia evinci hereditas a suo herede potest. et (illud) convenienter dicitur: si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is adierit hereditatem, sed bonorum possessio petere noluerit, et (si quis ex proximi) cognatus petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem.*

Así pues, debieron existir casos en los que se prefiriera al aspirante a la herencia civil, y, por el contrario, otros en los que el pretor concediera la *bonorum possessio sine re* que, en muchos casos, hacía desistir al contrincante al ver amparado a otro pariente por el derecho. Si bien no se excluía al heredero civil es cierto que se le dificultaba el acceso a la herencia. cuando el aspirante a la *bonorum possessio* fuera a la vez *heres*, era superior su posición a la del actual *possessor*, y es evidente que ese mayor rango jurídico le situaría con ventaja. Por ello, el pretor podía conceder a la madre la *bonorum possessio unde legitimi* sin que le perjudicara la

---

<sup>570</sup> D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

renuncia a la *hereditas* de otros llamados a la herencia civil<sup>571</sup> y de aquí se deduce que la llamada pretoria era posible aunque no lo fuera la llamada por el derecho civil, y que los llamados en la clase *unde legitimi* eran clasificados como cognados de más alto rango como se desprende de D. 38, 17, 2, 21 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 3 (Modestino, 8 *regularum*). El pretor atendería las expectativas de ciertas personas no obstante su abandono de la posibilidad de aceptar la herencia civil a la que fueron llamados por una *lex* o un senadoconsulto.

Precisamente D. 38, 7, 1 (Juliano, 27 *digestorum*) se refiere no sólo al momento de la muerte del causante, sino también al momento de acudir al pretor en el que debía cumplir la persona demandante los requisitos exigidos. Juliano considera que la falta de requisitos por una *capitis deminutio* son irrelevantes para el pretor en varias ocasiones, pero podía rechazar la pretensión porque faltaran ciertas exigencias para la *aditio* de la *hereditas* o el parentesco legal agnaticio con el fallecido que le excluirá de entrar en la clase *unde legitimi*. Por ejemplo, a la luz de D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) una renuncia de la hermana consanguínea del fallecido, dirigiría a la madre y al padre inexorablemente a la *bonorum possessio unde cognati*, en la que el padre tendría preferencia sobre la madre del fallecido. Aún así, la madre no perdería la posibilidad de adquirir la herencia *ex Tertulliano* si el padre natural dejara pasar los plazos para pedir la *bonorum possessio*.

Finalmente, otra cuestión que merece la especial reflexión de MEINHART, al igual que ha interesado a otros estudiosos como VACCARO DELOGU<sup>572</sup> o VOCI<sup>573</sup>, es la posibilidad de aplicarse el derecho de acrecimiento entre los diversos llamados por el *ius novum* en el caso de concurrencia de la madre y la hermana del *de cuius*. Puesto que es distinta la naturaleza del llamamiento de cada una de ellas, cree que no puede plantearse esta posibilidad, y la no aceptación por parte de la hermana, como deferencia de Adriano al antiguo *ius civile*, implicaba la no adquisición por la madre. En el caso que fuera la madre quien no aceptara, la hermana sería llamada *ex iure antiquo* y sucedería en la totalidad, por lo que tampoco podría hablarse de acrecimiento.

---

<sup>571</sup> D. 38, 17, 2, 21 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). Sin embargo este texto no tiene total fiabilidad, y la frase *mater repudiaverit bonorum possessionem* parece más bien indicar una expansión moderada por autores de la escuela *ulpiana*.

<sup>572</sup> VACCARO DELOGU (1941) 40 ss.

<sup>573</sup> VOCI (1963) 20 ss.

## 2. 6. Voci<sup>574</sup> :

En su *Diritto ereditario II*, en sede de sucesión intestada, VOCI dedica un capítulo específico a la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, detallando especialmente los supuestos de concurrencia de la madre con el resto de parientes que sobreviven a su hijo. Tras la publicación de la monografía de MEINHART, el autor italiano realiza duras observaciones a la autora austríaca, en particular en lo referente a su tratamiento de determinadas instituciones claves para el derecho hereditario<sup>575</sup> y la repercusión en ellas de ambos senadoconsultos. Siendo bien conocidas las reglas del *ius civile* que admitían la sucesión en la delación en cuanto que se podía pasar de la sucesión testada a la *abintestato*, por el contrario no existiría en el ámbito de la vocación legítima dicha posibilidad de tal manera que la presencia del *agnatus proximus* excluiría definitivamente al menos próximo. Esta proximidad de parentesco, por cierto, se concretaba en el momento de la certeza de la apertura de la sucesión intestada, esto, al momento de la delación, en el que renuncia el instituido en el testamento. En su opinión, los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano derogaron este régimen con su orden de llamamientos sucesivos, como expone Ulpiano en:

D. 38, 17, 1, 11 (Ulpiano, *12 ad Sabinum*):

*Utrum autem ei defertur successio, qui tunc legitimus deprehenditur, an vero ei, qui tunc fuit, cum filio defertur? ut puta proponamus, fuisse defunctae consanguineum eiusque filium, deliberante filio defunctae consanguineum obisse, mox filium repudiasse matris hereditatem: an consanguinei filiius admitti possit? et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti agnato*<sup>576</sup>.

Por ello, considera la exposición de MEINHART confusa, y la acusa de *caminar en círculos* a lo largo de la obra en torno a esta cuestión, que no llega a resolver satisfactoriamente. Asimismo, acerca del derecho de acrecer, el otro tema ampliamente discutido por la doctrina, entiende que la adquisición de la herencia por la hermana que concurre con la madre del fallecido era una condición para la delación a esta última, de forma que si la hermana no deseaba adquirir los bienes de la herencia se producía una fallida delación a la madre, más que una exclusión del derecho de acrecer cuya aplicación requería de una

<sup>574</sup> VOCI (1963) 18 ss.; (1968) 397 ss.

<sup>575</sup> VOCI (1967) 177 ss. En concreto, discute la visión de MEINHART sobre la *bonorum possessio decretalis*, la transmisión de la delación y el derecho de acrecimiento, la sustitución pupilar, la capacidad de suceder *abintestato*, la posición del *infans* como adquiriente de la herencia o la concesión del *beneficium abstinendi*

<sup>576</sup> El reconocimiento es tan natural, que Ulpiano lo extiende al senadoconsulto Orficiano, y este es el sentido de D. 38, 17, 1, 11 (Ulpiano, *12 ad Sabinum*) aunque el discurso no esté completo.

llamada *in solidum*. Y, de este modo, para VOXI concurriendo padre, madre y hermana del fallecido, el padre era excluido por la hermana que acudiría a la delación y, en el caso de no aceptar, la madre por sí sola no podría heredar.

## 2.7. Yaron<sup>577</sup>:

En su interesante estudio, "Two notes on intestate succession: 1. Succession by agnates; 2. Mother *versus* sisters under the *Sc. Tertullianum*", YARON se interesa por dos cuestiones, una más general pero que incide en el tratamiento del senadoconsulto Tertuliano y otra específica de esta norma: la sucesión de los agnados, y la concurrencia de madre y hermanas del fallecido.

En cuanto a la segunda de ellas, conocemos que la madre era excluida por los *liberi* del fallecido, por el padre y por los hermanos. Si había hermanos de ambos sexos, compartían la herencia entre ellos desplazando a la madre del fallecido, pero, en el supuesto que el fallecido dejara sólo hermanas, éstas compartían con la madre por mitad. Si hasta aquí las normas de concurrencia parecen claras, se planteaba el caso de la madre que debía repartir no con una hermana, sino con varias, pues parece resolverse en ciertos textos en el sentido de dividir una de las mitades entre tantas hermanas como hubiera, correspondiendo la otra mitad por entero a la madre.

En opinión de YARON, esta visión es errónea puesto que en presencia de hermanos varones, las hermanas se consideraban en igualdad con ellos en el reparto por cabezas excluyendo a la madre, y no se entendería que se las perjudicara cuando competían exclusivamente con ésta. A decir verdad, es muy probable que los legisladores en tiempos de Adriano ni siquiera pensarán en el caso de pluralidad de hermanas<sup>578</sup>. Pero menos se entendería que, de haberlo hecho, premiaran a la madre cuando en todos los casos recogidos por las fuentes de que disponemos madre y hermanas son tratadas por igual, resultando extraño al espíritu de la norma que la madre se beneficiara frente a varias hermanas<sup>579</sup>.

Por eso, se refiere a:

---

<sup>577</sup> YARON (1957) 385 ss.

<sup>578</sup> D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8; Instituciones 3, 3, 3.

<sup>579</sup> D. 37, 8, 1, 11 (Ulpiano, 40 *ad edictum*). La *nova clausula Iuniani* preveía que si había un emancipado que concurría a la herencia con sus hijos que habían quedado bajo la potestad del fallecido obtuviera la mitad, y la otra mitad al resto de *filii*. Para YARON (1957) 385 se trata de un caso muy distinto al del senadoconsulto Tertuliano, aunque de una época parecida.

Código Teodosiano, 3, 8, 2, 1:

*Illud etiam addimus, legi, si aliquis ex filiis. Quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non etiam fratrem reliquins senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantu, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore sucepti matrimonio filiis relinquat nec super istius modi facultatibus testandi in quam libet aliam extraneam personam vel quidquam alienandi habeat potestatem.*

Esta constitución versa sobre el caso de una mujer casada en segundas nupcias, y menciona varias hermanas de la persona fallecida, de la cual desconocemos su género, lo que puede ser interesante. También debe analizarse:

*C. 5, 9, 3 Imp. Gratianus Valentinianus et Theodosisu AAA. Floro pp. Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis, ut dictum est, priorum maritorum fuerint adsecutae, id totum, ita ut perceperint, integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant vel ad quemlibet ex filili (dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus), in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. 1 Nec quicquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesumant atque habeant potestatem: possidendi tantum ac fruendi in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. nam si quid ex isdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum, ex maternis redintegrabitur facultatibus, quo illibata ad hos quos statuimus liberos bona et incorrupta perveniant. Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, matre iam secundis nuptiis funestata, alius etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus, id, quod per eandem successionem ab intestato vel ex testamento suae posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne bis qui supererunt ex priore susceptis*

*matrimonio filiis relinquat nec super istiusmodi difficultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quicumque alienandi habeat potestatem. 2 Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natos natus decesserint, omne, quod quoquo modo perceperit, pleni proprietate iuris obtineat atque ex his nanciscendi dominii et testandi circa quem voluerit liberam habeat potestatem. D. xv k. Ian. Constantinopoli Antonio et Syagrio cons.* [a. 382].

El texto repite, muy alterado, el caso recogido en Código Teodosiano, 3, 8, 2, 1 del año 381 d. C. al eliminar *qui sorores vel sororem, non etiam fratrem reliquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantu, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit.*

Si damos por hecho que en este suceso el fallecido era varón, la madre y hermanas se repartirían la herencia sin que deduzca del texto que a la primera se la beneficiara con la mitad del *as* hereditario. Pero, si la fallecida era mujer, sí es muy probable que se aplicara un favorecimiento a la madre que se habría restringido más adelante, de forma que erraría la visión de la *lex Romanorum Visigotorum* en el sentido que la madre siempre venía consiguiendo la mitad:

*Lex Romanorum Visigotorum* 28, 2-3:

*Mater per fratrem excluditur, et in successione frater cum sorore aequa sorte succedat. Quod si frater defuerit, mater et filiae, quante fuerit, aequales capiunt portionem, secundum speciem Pauli libro quarto: De intestatorum successione. Ad Senatusconsultum Tertullianum.*

Por otra parte, resulta de interés la siguiente constitución que vuelve a hablar de *soror* en singular en el año 426 d. C.:

Código Teodosiano 5, 8, 1:

*Mater, qua habens ius liberorum defuncto filio sine liberis filiave, cuius eius sorore succedit, pari sortis paternae teneatur exemplo, ut, si eorum priorem secundo non mutarit amplexu, omnia filii morte delata pleno iure conquirat.*

Finalmente, otra disposición imperial, C. 6, 56, 5 *Imp. Theodosius et Valentinianum AA. ad senatum urbis Romae*, de nuevo menciona las hermanas en plural, y contradice a Código Teodosiano 3, 8, 2, 1 del año 381 d. C.<sup>580</sup>:

C. 6, 56, 5 *Imp. Theodosius et Valentinianum AA. ad senatum urbis Romae. Mater, quae defuncto filio filiave sine liberis ex testamento vel ab intestato succedit, si matrimonium secundum post mortem filii vel filiae non contraxerit, omnia filii morte delata pleno iure conquirat. I Sin vero alterius elegerit coniugium mariti, extrinsecus quidem quaesita filio filiaeve simili firmitate possideat, rerum vero paternarum defuncti solo usu fructu humanitatis contemplatione potiat, proprietatem sorori et fratribus transmissura defuncti. D. vll id. Nov. Ravennae 17 Theodosio XII et Valentiniano II AA. cons.* [a. 426].

Entonces, ¿las hermanas suceden proporcionalmente o reparten entre ellas una mitad de la herencia? Parece que, si hablamos de equidad, debiera adoptarse la primera solución, sin olvidar que las hermanas del fallecido no siempre son las hijas de la madre, aunque el texto de la *Lex Romanorum Visigotorum* haya dado por hecho esta situación. La verdad que Código Teodosiano 3, 8, 2, 1 del año 381 d. C. y Código Teodosiano 5, 8, 1 del año 426 d. C. parecen contradecirse con C. 6, 56, 7 *Imp. Iustinianus A. Mena pp.* [a. 528]. La única certeza es que Justiniano, en la Novela 22, 47, 2 el año 535 d. C. acabó por situar a la madre en igualdad con los hermanos y hermanas, poniendo punto y final a estas controversias.

YARON concluye que, dado el silencio de los clásicos sobre la concurrencia de la madre y varias hermanas, hubo de esperarse a Código Teodosiano 3, 8, 2, 1 para el tratamiento de esta situación familiar, lo que le hace suponer que todas ellas recibían la misma cuota en época clásica. Asimismo, opina que se debieron establecer diferencias según la persona fallecida fuera hombre o mujer, hasta que se generaliza la interpretación favorable a la madre en Código Teodosiano 5, 8, 1 fueran cuántas fueran las hermanas que se repartían la otra mitad. Todo ello puede justificar que Justiniano favoreciera a la madre sobre las hermanas, pretendiendo que pasara como norma clásica del senadoconsulto Tertuliano y por ello, incluso habiendo hermanos, tiene derecho a suceder la madre, hasta que esta situación sea racionalizada por Justiniano.

---

<sup>580</sup> Paulo, *Sententiae* 4, 9, 10.

C. 6, 57, 1 *Imp. Alexander A. Euangelo. Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet. PP. xv k. Febr. Fusco II el Dextro cons.* [a. 225].

## 2. 8. Samper<sup>581</sup>.

En su trabajo destinado a la evolución del *ius liberorum* en el derecho postclásico, el autor colombiano señala el auge experimentado por este beneficio tras la promulgación por Adriano del senadoconsulto Tertuliano pues, en tanto en cuanto el *ius liberorum* había visto la luz con las leyes caducarias de Augusto con una función eminentemente demográfica, el sentido de dicho instituto había ido decayendo en la etapa imperial.

Antes que su concesión graciosa, primero por el Senado y después por el príncipe, se hubiera generalizado otorgándose a personas que no cumplieran con los requisitos de procreación exigidos, el senadoconsulto Tertuliano había situado de nuevo en un primer plano a las madres que gozaran del *ius liberorum*, preferidas a los parientes agnados del fallecido. Por ello, tras la abolición por una *lex Claudia* de la tutela agnaticia de las mujeres, el único papel relevante que jugaría el *ius liberorum* sería en materia de sucesión intestada para mejorar las expectativas sucesorias de la madre que perdiera un hijo fallecido sin testamento.

Más adelante, ya en época de Constantino, este beneficio seguiría perdiendo su relevancia, pues Código Teodosiano 8, 16, 1 del año 320 d. C, y Código Teodosiano 5, 1, 1 del año 321 d. C. muestran como residuales las aplicaciones del *ius liberorum*, en tanto que *caelibes, orbi y pater solitarius* recuperaban su capacidad sucesoria plena, antes limitada por las leyes augusteas.

En concreto, por lo que al senadoconsulto Tertuliano se refiere, estudia SAMPER la influencia de Código Teodosiano 5, 1, 1 del año 321 d. C. en el sistema de concurrencias entre parientes del fallecido, en particular en los casos en que el fallecido hubiera dejado a su madre y parientes colaterales de tercer grado, los *patrui* o tíos por parte de padre. Tras esa disposición imperial, los colaterales de tercer grado van a compartir con la madre la herencia del fallecido, aunque aquélla disponga del *ius liberorum*. El valor de esta constitución radica, por un lado, en la supresión del requisito del *ius liberorum* a la madre del fallecido en el único supuesto de concurrencia en que era realmente operativo, pues, como veremos, en los supuestos de competir la madre con los descendientes, los hermanos o con el padre del fallecido, quedaba excluida (compartiendo con las hermanas). Bien pudo eliminarse incluso el requisito del *ius*

---

<sup>581</sup> SAMPER (1972) 77 ss.



*liberorum* anteriormente, aunque, a ciencia cierta no se exigiera desde el año 321 d. C. y, con seguridad, desde antes de Código Teodosiano 5, 1, 2<sup>582</sup> en el año 369 d. C. En cuanto a los cognados de grado ulterior, la madre siempre había sido preferida aun sin gozar del *ius liberorum*.

## 2.9. Lavaggi<sup>583</sup>.

El interés de LAVAGGI, en “Modifiche legislative postclassiche al *Senatoconsulto Tertulliano*” se dirige a aclarar las repercusiones de ciertas disposiciones imperiales postclásicas en las reglas establecidas por la legislación del senadoconsulto Tertuliano. Esas constituciones imperiales serían los precedentes de la definitiva reforma justiniana e incidieron particularmente en la rebaja de expectativas sucesorias de las madres cuyo hijos fallecieron sin testamento si concurrían con agnados de tercer grado, es decir, con los tíos del fallecido, hasta ahora desplazados por la madre.

En particular, centra su estudio en tres constituciones: la ya mencionada Código Teodosiano 5, 1, 1, del año 321 d. C. que no reviste especiales complicaciones para su interpretación; Código Teodosiano 5, 1, 2 de Valentiniano I y Valente del año 369 d. C. y Código Teodosiano 5, 1, 7 por Teodosio II y Valentiniano III, en el año 426 d. C. Los dos últimos textos están bastante alterados y su técnica legislativa deja mucho que desear. Precisamente por ello, opina el autor italiano con cierta frustración, que ninguna corrección del texto parece resolver los problemas para su entendimiento.

En el año 321 d. C., Constantino en Código Teodosiano, 5, 1, 1 había potenciado la ayuda a la madre del fallecido que no gozara del *ius liberorum*, que, ante cualquier agnado, obtendría un tercio de la herencia. Teniendo en cuenta que el requisito del *ius liberorum* era ineludible, el emperador ciertamente liberaba a las madres de la carga de ser prolíficas para suceder a sus hijos fallecidos sin testamento. Pero a la vez, y a modo de compensación, se indica que la madre con *ius liberorum* cuyo hijo falleciera intestado cedería un tercio al concurrir con agnados del tercer al quinto grado, por cierto, aunque éstos fueran *capitis deminuti*. Sin duda, se estaba perjudicando precisamente a la mujer que había contribuido a la sociedad con más hijos, pues no se le mantienen sus aspiraciones tal y como permitiría el senadoconsulto Tertuliano.

---

<sup>582</sup> Finalmente, debemos destacar la aportación de SAMPER (1971) 149 ss. sobre la sucesión en los bienes de los libertos. En particular, es de nuestro interés su estudio sobre la influencia de la normativa del senadoconsulto Orficiano en esta materia, en la que profundizaremos en las páginas dedicadas al estudio de esta disposición, cifrando en el año 383 d. C. la inoperancia del *ius liberorum* en la sucesión de los libertos.

<sup>583</sup> LAVAGGI (1946) a 157 ss.; (1954) 749 ss.

Por tanto, las dudas que plantea esa constitución serían:

1. En caso de concurrencia de la madre con *ius liberorum* y el agnado ¿debía ser beneficiada por el senadoconsulto Tertuliano, desplazando al agnado?
2. En caso de concurrencia de la madre con *ius liberorum* y los *patruus* cognados, es decir, aquellos que por *capitis deminutio* habían dejado de ser parientes agnados del fallecido, ¿podría la madre en virtud del senadoconsulto Tertuliano recibir la herencia total?
3. En caso de concurrencia de la madre sin *ius liberorum* y los *patruus* cognados ¿le entregaría el pretor la *bonorum possessio* a la madre antes que a todos los cognados del fallecido?

La paradoja de la mala redacción de la disposición es que, en ocasiones, la madre sin *ius liberorum* recibiera incluso más que aquella que gozara del beneficio. LAVAGGI entiende que, en los supuestos anteriores de *patruus capitis deminutus* obtendría la madre dos tercios, y un tercio el *patruus*, una solución claramente beneficiosa para la mujer que no había cumplido con el requisito de la procreación exigido por Adriano. A la vista de lo anterior, el *ius liberorum* serviría exclusivamente para aumentar la cuota de la madre del fallecido a los dos tercios en presencia de agnados, siendo irrelevante ese honor si se trataba de parientes cognados. No obstante, aún podía complicarse más la situación si concurrieran la madre y dos parientes colaterales de diferente grado, dándose la circunstancia que el de grado próximo había salido de la familia del fallecido y perdido el parentesco de agnación, pero el de grado ulterior lo mantuviera. Así, en el caso que haya un *frater capitis deminutus* y un *patruus integrum ius agnationis habens* en concurso con la madre del fallecido, en base a las normas del senadoconsulto Tertuliano, la madre con *ius liberorum* habría recibido la herencia entera.

La curiosidad es que, tras la constitución imperial que analizamos, la madre acabaría obteniendo dos tercios, siendo manifiestamente injusto que el agnado de grado ulterior obtuviera el tercio restante y nada el hermano del fallecido, al que no consideraba una disposición referida exclusivamente al *patruus*. Por el contrario, si la madre no dispusiera del *ius liberorum*, obtendría solamente un tercio, quedándose de nuevo, el agnado de grado lejano con los otros dos y perjudicando nada menos que a un hermano del fallecido. Parece que la postura que toma Constantino, en realidad buscaba eliminar las expectativas hereditarias de quien perdiera la agnación.

Aun más indescifrable sería el contenido de Código Teodosiano 5, 1, 2 del año 369 d. C., a la que califica de *oscura e ininteligible*, a la vez que critica la *interpretatio* del texto. Parece que los emperadores excluyeron a la madre del fallecido en concurrencia con el

hermano agnado natural o adoptivo aun en el caso que el hermano hubiese sido emancipado, y, lo que es más, siendo el emancipado hermano por adopción. Estos hermanos serán preferidos a agnados ulteriores, para corregir el despropósito de Código Teodosiano 5, 1, 1 del año 321 d. C. Así las cosas, se acabaría aplicando una solución de compromiso: la madre si tuviera el *ius liberorum*, obtendría dos tercios, un tercio en caso contrario. En opinión de LAVAGGI es inaceptable, por un lado, la consideración del hermano adoptivo y emancipado, pues el vínculo de agnación es inexistente. Asimismo, entiende que se estaba equiparando al *frater* con el *patruus*, algo que nunca pretendió Constantino. Por último, critica que se haya otorgado de nuevo al *ius liberorum* demasiada importancia, cuando había sido notablemente rebajada en la constitución que vimos anteriormente.

Finalmente, analiza Código Teodosiano 5, 1, 7 del año 426 d. C. que viene a contemplar los casos de concurrencia de la madre y el hermano del fallecido con más claridad<sup>584</sup>. La pérdida del parentesco de agnación pasa a ser irrelevante, y, como mínimo, el hermano recibirá un tercio de la herencia, frente a los dos tercios de la madre y superando a los demás agnados por lo que se vuelve la línea del senadoconsulto Tertuliano al menos en relación a los *fratres*. De nuevo, se insiste como ya hiciera la constitución del año 369 d. C., en el favorecimiento del hermano emancipado, que va a recibir siempre un tercio de la herencia, compita contra quien compita (madre, *patruus* agnado o cognado) reafirmando para la parte occidental del Imperio lo que se aplicaba en la parte oriental. Pero, desgraciadamente, la norma también presenta claroscuros: en el *principium*, recoge la constitución del año 321 d. C. sobre la cesión por la madre sin *ius liberorum* de un tercio del *as* hereditario al *patruus capitis deminutus*. Recordemos que Constantino se había preocupado del supuesto de la madre sin *ius liberorum* y del *patruus* agnado, en razón de un tercio y dos tercios respectivamente. Pero, ahora, la madre no cumple el requisito del *ius liberorum* pero el *patruus* ha perdido la agnación, de forma que la madre se impone con dos tercios. Es razonable que, en ese momento histórico, el estar o no en posesión del *ius liberorum* no repercutiera en materia sucesoria.

## 2.10. Fernández Vizcaíno<sup>585</sup>.

La autora española realiza en "El *ius adcrendi* en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano", un recorrido por la normativa del senadoconsulto Tertuliano, para detenerse especialmente en la problemática del derecho de acrecimiento, objeto de su monografía " *El ius adcrendi en la sucesión abintestato romana*".

---

<sup>584</sup> LAVAGGI (1954) 770 ss.

<sup>585</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2009) 524 ss.

FERNÁNDEZ VIZCAÍNO parte de la idea que en época clásica, y a pesar de los continuos cambios promovidos por el pretor, las relaciones hereditarias continuaban revestidas por los principios tradicionales del *ius civile*. Las limitaciones a la sucesión recíproca entre parientes consanguíneos de primer orden, madres e hijos, postergados por los agnados en ambos sistemas, requería de atención por parte del legislador y ambas normas suponen un punto de inflexión en la consideración de la relación materno filial, si bien este movimiento se demorará durante siglos, hasta Justiniano puesto que se fueron efectuando los cambios de forma fragmentada y desordenada. El resultado de este proceder sería un derecho complicado para su aplicación y aun más difícil para su reconstrucción por las pocas certezas que nos ofrecen las fuentes jurídicas y literarias. Acerca de la influencia del senadoconsulto Tertuliano en la verificación del *ius adcrescendi*, se plantea cómo se interpuso la madre del fallecido en la *delatio* a los agnados, los herederos tradicionales de la sucesión civil intestada y solicitantes habituales de la *bonorum possessio*<sup>586</sup>. Esa posición de privilegio de la madre influyó en uno de los presupuestos básicos del derecho de acrecer pues la llamada *in solidum* venía en multitud de casos eliminada al recibir el *as hereditario* un solo sujeto, dado que la madre no compartía su derecho excepto en el supuesto de la existencia de hermanas consanguíneas del difunto, hasta que Justiniano la admitió incluso ante la existencia de hermanos consanguíneos<sup>587</sup>. Por ello, la autora apoya la tesis presentada por VOICI, en el sentido de identificar una diferente fuente en la *delatio* de la hermana y de la madre, lo que excluye el llamamiento *in solidum* a una misma herencia o parte de ella. En definitiva, en el caso que la hermana no aceptara, la madre no podía ejercer su derecho, lo que impedía considerar una llamada solidaria, y era relegada por el padre incluso si éste se había dado en adopción y estaba en una familia diferente a la de su hijo. Por el contrario, la madre que no aceptase su parte no impedía suceder a la hermana quien venía a adquirir el total de la herencia, pero no por el *ius adcrescendi*, sino porque le pertenecía por el *ius antiquum* en cuanto agnada, con preferencia incluso al *pater naturalis*.

---

<sup>586</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2011) 545 ss.

<sup>587</sup> Antes de Justiniano, pues, la llamada de las hermanas consanguíneas beneficiaba a la madre, y ante la presencia de un sólo hermano varón la madre se veía privada de todo derecho sucesorio respecto de la herencia de su propio hijo.

## CAPÍTULO III

### La regulación de la herencia intestada por el Senadoconsulto Tertuliano

#### I. El fallecido en la regulación del senadoconsulto Tertuliano.

1. *Status familiae*. El caso del *vulgo quaesitum*.
2. *Status libertatis*.
3. El parentesco de cognación entre madre e hijo.

#### II. Las condiciones requeridas por el senadoconsulto Tertuliano a la madre para ser heredera legítima del hijo fallecido intestado.

1. El *ius liberorum* y su relación con el *matrimonium iustum*.
2. La admisión de la mujer latina como heredera de sus hijos fallecidos sin testamento.
3. La *mulier famosa*.

#### III. El sistema de prelación entre los distintos parientes del fallecido.

1. La preferencia de los descendientes del fallecido sobre la madre.
  - 1.1 El llamamiento a los *sui heredes* y *bonorum possessores unde liberi*.
  - 1.2. El llamamiento a los hijos adoptados y luego emancipados.
  - 1.3. Los supuestos de suspensión de las expectativas sucesorias de la madre del fallecido.
2. La preferencia del *pater naturalis* del fallecido sobre la madre.
  - 2.1. La delimitación del concepto *pater* para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano.
  - 2.2 El supuesto del *pater naturalis* que no fuera *parens manumissor*.
  - 2.3. La frase de cierre de D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): *Sed nec ad bonorum possessionem contra eum tabulas admitti, pater cum pater esse desierit*.
3. La preferencia de los hermanos consanguíneos del fallecido sobre la madre.
4. La concurrencia entre las hermanas y la madre del fallecido.



## I. El fallecido en la regulación del Senadoconsulto Tertuliano.

### 1. *Status familiae*. El caso del *vulgo quaesitum*.

La primera cuestión relevante al abordar las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano referidas a las características de la persona fallecida sin testamento, se presenta no exenta de polémica. El texto inicial dedicado a este senadoconsulto en el título 17 del libro 38 del Digesto ya menciona a la madre del fallecido como su posible heredera intestada:

D. 38, 17, 2 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>588</sup>:

*Sive ingenua sit mater sive libertina, habebit Tertullianum commodum.*

A continuación, se describe al fallecido susceptible de ser heredado en aplicación de esta disposición:

D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Filium autem vel filiam accipere debemus, sive iusti sint procreati vel vulgo quaesit. idque in vulgo quaesitis et Iulianus libro quinquagensimo nono digestorum scripsit.*

En un primer acercamiento a ambos textos, podemos intuir la intervención de los compiladores que habrían realizado un más que probable acortamiento de lo expresado por el senadoconsulto Tertuliano, e incluso por el propio Ulpiano. Si atendemos a lo expuesto por este jurista en:

*Tituli ex corpore Ulpiani 26, 8:*

*Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suo heres sit. quive inter suos heredes ad bonorum*

---

<sup>588</sup> LA PIRA (1930) 279 ss. El autor cree que se ha eliminado del pasaje la mención al *ius liberorum* de conformidad con las nuevas disposiciones justinianas, tales como C. 8, 58, 1 *Impm. Honoris et Theodosius AA. Isidoro* [a. 410]. LA PIRA identifica otra interpolación en D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) cuando se permite que la madre liberada *ex fideicommisso* heredara a su hijo nacido en el intervalo de cumplirse dicha liberación.

*possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorum possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus, quod si soror consanguinea sit ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

Nos resulta sorprendente la ausencia de mención a la exigencia a la madre del fallecido de gozar del *ius liberorum*, siendo mucho más precisa la información que nos ofrecen, si bien en un contexto diferente<sup>589</sup>, las Instituciones de Justiniano:

Instituciones 3, 3, 2:

*Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissimi de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestatem parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est.*

Por ello, podríamos aventurar que la expresión de Ulpiano en su comentario *ad Sabinum* bien pudo haber sido *mater ius liberorum habeat*<sup>590</sup>, al no dejar las otras fuentes margen para la duda sobre la vinculación que establecía el senadoconsulto Tertuliano entre las expectativas sucesorias de la madre y el beneficio del *ius liberorum*, como tributo de Adriano a las *leges augusteas*.

Una segunda posible manipulación se advierte en el texto por la ausencia de mención, precisamente en el texto que inicia el estudio del senadoconsulto Tertuliano, al fallecido intestado, es decir, al *filius* (ni, por extensión, a la *filia*) aunque el texto siguiente, D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) parece haber sido redactado como continuación de una idea expresada anteriormente de la que no tenemos constancia, lo que demostraría su carácter de pasaje incompleto.

Por tanto, y una vez asumido como punto de partida el acortamiento del texto, es necesario identificar el alcance de la intervención de los compiladores en referencia a las características de la persona fallecida: en relación a la madre, es bastante evidente que se ha eliminado la referencia al *ius liberorum*. Pero, en relación al fallecido, debemos plantearnos si la referencia de D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) a las hijas fallecidas, *filium autem vel filiam* como equiparadas al fallecido varón tendría un carácter clásico o justiniano.

---

<sup>589</sup> LA PIRA (130) 279 ss.

<sup>590</sup> SCHULZ (1922) 246 ss.



En relación a este asunto, y si bien algunos autores consideran el texto absolutamente obra de los compiladores, coincidimos con MEINHART<sup>591</sup> en que pudo ser redactado por Ulpiano, pues, aun admitiendo que se había suprimido la mención al *ius liberorum*<sup>592</sup> debido a la falta de justificación del instituto al tiempo de la compilación, no debe concluirse necesariamente un absoluto rechazo a la autoría ulpiana del fragmento. Para apoyar esta teoría, podemos recurrir al uso en el pasaje de la expresión *accipere debemus*, a menudo utilizadas por Ulpiano en situaciones análogas, lo que debería al menos hacernos valorar la originalidad del texto. Por ello el término *filius* (*filia*) expresado en D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) pudo haber sido realmente mencionado por Ulpiano aunque enlazando muy posiblemente con alguna información contenida en el texto del *principium*<sup>593</sup>.

Por supuesto, admitir que Ulpiano considerara la llamada *ex Tertuliano* a la herencia intestada de una hija fallecida no presupone que el propio texto legal hubiese mencionado expresamente esa delicada cuestión. Por el contrario, lo más probable es que las *filiae* no fueran directamente aludidas por la letra de la norma por razones de oportunidad política a la promulgación del senadoconsulto Tertuliano, pues creemos que se habría dictado primordialmente teniendo en consideración a un fallecido varón. Incluso las palabras utilizadas por el senadoconsulto Orficiano en el año 178 d. C. al regular la herencia de la madre fallecida sin testamento parecen indicarlo, como se deduce de textos como D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano 12 *ad Sabinum*), al que nos referiremos en múltiples ocasiones, o D. 38, 17, 6, 1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*) que versan sobre el retorno al *ius antiquum* en el caso de no adquisición de la herencia por los hijos de la mujer fallecida<sup>594</sup>. En efecto, si la norma dictada por Marco Aurelio<sup>595</sup> décadas después del senadoconsulto Tertuliano hacía expresa referencia tan sólo al hijo varón de la fallecida, parece altamente improbable que se

---

<sup>591</sup> MEINHART (1967) 21 ss. La autora enumera hasta ochenta citas de dicha expresión, entre ellas: D. 38, 16, 1, 2-3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): *Suos heredes accipere debemus filios, filias, sive naturales, sive adoptivos. Interdum etiam filius suus heres excluditur fisco praelato, ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam: hoc quo? ut nec iura sepulchrorum hic filius habeat.* D. 38, 16, 3 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*): *Intestato liberto mortuo primum suis deferritur hereditatem verum est: si hi non fuerint, tunc patrono. Libertum accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem Romanam perduxit, sive sponte sive necessitate, quoniam rogatus fuit eum manumittere: nam et ad huius legitimam hereditatem admittitur.*

<sup>593</sup> MEINHART (1967) 29.

<sup>594</sup> D. 50, 16, 84 (Paulo, 2 *ad Vitellium*): *"Filii" appellatione omnes liberos intellegimus.* D. 50, 16, 201 (Juliano, 81 *digestorum*): *Iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione "filii" sicut filiamfamilias contineri saepe respondebimus, ita et nepos videatur comprehendi, et "patris" nomine avus quoque demonstrari intellegatur.*

<sup>595</sup> Instituciones, 3, 4 pr.

hubiera contemplado en la disposición adrianea<sup>596</sup> la mención a las hijas como posibles personas cuyo fallecimiento intestado hiciera entrar en juego las reglas del senadoconsulto Tertuliano. Incluso el propio Ulpiano parece ratificar este extremo eligiendo de nuevo la referencia al hijo varón, como ya hemos visto en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8. Sin embargo, coincidimos con MEINHART<sup>597</sup> en considerar que, ante el caso bastante poco común del fallecimiento de una *filia sui iuris* sin testamento a la que hubiera sobrevivido su madre<sup>598</sup>, la cual a su vez gozara del *ius liberorum*<sup>599</sup>, los juristas se habrían podido inclinar por la aplicación del senadoconsulto Tertuliano para que la madre pudiera sucederla en lugar de los agnados, lo que seguramente parece reflejar:

D. 40, 5, 47, 4 (Juliano, 42 *digestorum*):

*Quaedam cum in extrema esset valetudine, praesentibus honestis viris compluribus et matre sua, ad quem legitima hereditas eius pertinebat, ita loccuta est "ancillas meas Maeviam et Seiam liberas esse volo" et intestata decessit: quaero, si mater ex senatus consulto legitimam hereditatem eius non vindicasset et hereditas ad proximum cognatum pertinuisset, an fideicommissa libertas deberetur. respondi debet: nam eam, quae in extremis dixisset "ancillas meas illam et illam liberas esse volo", videri ab omnibus, qui legitimi heredes aut bonorum possessores futuri essent. petisse, ut hoc fieri possit.*

Así pues, entendemos que en la práctica se habría admitido el llamamiento a la herencia *ex Tertulliano* a la madre de la fallecida, siempre que la primera hubiera obtenido el *ius liberorum*, vigente plenamente en la etapa antonina que volvía la mirada hacia un modelo tradicional de familia a la vez que no despreciaba el beneficio para el Estado que suponían los nacimientos de ciudadanos romanos, en una época en la que las guerras y epidemias mermaban la población romana<sup>600</sup>.

---

<sup>596</sup> KASER (1971) 310 ss. y 701 ss. sobre la situación de la mujer en el siglo II d. C. y su exclusión en ciertas situaciones del derecho privado. Además, el senadoconsulto Orficiano tenía como interés principal que al morir la madre no se estableciera competencia para suceder entre los hijos y los hermanos de la fallecida.

<sup>597</sup> MEINHART (1967) 32.

<sup>598</sup> MEINHART (1967) 32, nt. 14, sobre la realización de testamentos de mujeres bien posicionadas patrimonialmente como la única forma de conseguir que sus bienes pasaran a sus hijos hasta que se promulga el senadoconsulto Orficiano. D, 38, 16, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); Gai, 2, 112.

<sup>599</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 16, 2 y 26, 8; Paulo, *Sententiae*, 4, 8, 4; Instituciones, 3, 3, 3 es el único texto que lo menciona en el manual justiniano.

<sup>600</sup> MASCHIN (1978) 9 ss.; 83 ss., 139 ss. 275 ss.; 283 ss.; 296 ss.; SAMPER (1972) 17 ss.; ASTOLFI (1996) 1-15: 174-179.

Posiblemente, la cuestión más difícil de resolver acerca de las características exigidas a la persona fallecida para la aplicación de las normas del senadoconsulto Tertuliano sea determinar la exigencia de filiación legítima del fallecido sin testamento:

D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Filium autem vel filiam accipere debemus, sive iusti sint procreati vel vulgo quaesiti. idque in vulgo quaesitis et Iulianus libro quinquagesimo nono digestorum scripsit.*

Tal y como hemos mencionado reiteradamente, y puesto que se requería de las madres de dichos fallecidos estar en posesión del *ius liberorum*, parecería lógico considerar inicialmente tan sólo a los *fili secundum legem Papiam quaesiti* dado que las mujeres beneficiadas con el *ius liberorum* eran aquellas que habían contraído *matrimonium iustum* conforme a la legislación matrimonial augustea. Si adoptamos ese criterio, se deberían excluir la herencia de los hijos *vulgo quaesiti*, a los que sin embargo el texto que nos ocupa menciona expresamente. Así las cosas, es conveniente detenernos en el análisis del pasaje y tratar de determinar si el senadoconsulto Tertuliano, o al menos el propio Ulpiano, consideraron a esos hijos como fallecidos a cuya muerte intestada procedía a aplicarse el senadoconsulto Tertuliano<sup>601</sup>. Es cierto que el texto presenta una redacción un tanto incoherente, lo que queda de manifiesto por el uso de conjunciones como *autem, sive, vel* y que, al menos, hay en el mismo tres mensajes independientes. En primer lugar, la frase *autem ..... debemus*, parece remitir a un pronunciamiento previo con el que conectara y que pudo haber detallado qué condiciones debía reunir la persona fallecida para que le sucediera su madre. En segundo lugar, *sive iusti sint procreati vel vulgo quaesiti*, se refiere indistintamente al nacido en el matrimonio legítimo como al nacido fuera de él<sup>602</sup>. Finalmente, se hace mención a Juliano<sup>603</sup>, *in vulgo quaesiti et Iulianus libro quinquagesimo nono digestorum scripsit*, como un referente para considerar que la madre sería apta como aspirante a la herencia *ex Tertulliano*<sup>604</sup> del *vulgo quaesitus*.

Pero, ¿cómo puede entonces valorarse la referencia en D. 38, 17, 1, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) a los *vulgo quaesiti*? Por una parte, entendemos que admitir a la madre a la herencia de hijos e hijas que hubieran sido concebidos fuera del matrimonio habría supuesto un

---

<sup>601</sup>MEINHART (1967) 33, nt. 1.

<sup>602</sup>SCHULZ (1922) 246.

<sup>603</sup>LENEL (2000) a 464, 740; 465, 741-745.

<sup>604</sup>MEINHART (1966) 181 ss. El propio senadoconsulto Tertuliano explica las normas de concurrencia por si han sobrevivido al hijo su padre natural, hermanos y hermanas y la madre, pues, cuando los supervivientes son los hijos legítimos del fallecido, la prevalencia de éstos es incontestable.

desbordamiento del texto del senadoconsulto Tertuliano que no se acomodaría ni al espíritu de las leyes augusteas ni a la concepción de la familia en la etapa de los Antoninos, a la vez que representaría un giro copernicano no ya en el derecho de sucesiones, sino en las normas del *ius civile* sobre la familia. Recordemos que el *spurius* no sólo no tiene *paterfamilias*, sino que no vive bajo la *potestas* de ciudadano alguno al carecer de parientes agnados, así que podemos definir al hijo ilegítimo en esos siglos como "invisible" para el *ius civile*, y, en palabras de Gayo:

Gai. 1, 64:

*Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos: itaque hi, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique, nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit: nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit: unde solent spurii filii appellari* <sup>605</sup>.

Por tanto, los *vulgo quaesiti* eran consideradas tan sólo por el ordenamiento jurídico como sujetos con relaciones de parentesco natural, como expresaría Ulpiano en:

D. 38, 8, 4 (Ulpiano, 6 *regularum*):

*Si spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis aut adgnationis hereditas eius ad nullum pertinet, quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur: proximitatis autem nomine mater eius aut frater eadem matre natus bonorum possessionem eius ex edicto petere potest.*

A todos estos argumentos debemos añadir que los nacidos fuera del matrimonio encontraban serias dificultades para la prueba de su ingenuidad y de su ciudadanía por razón de la *lex Papia et Poppaea* o de la *lex Aelia Sentia*<sup>606</sup>, al no ser incluidos en el *album* que se llevaba para las *testationes liberorum natorum*.

---

<sup>605</sup> Instituciones, 1, 10, 12; Gayo, *Epitome* 1, 4, 8.

<sup>606</sup> WEISS (1948) 316 ss.; SCHULZ (1942) 170 ss.; KASER (1971) 236; LEVY (1961) 142 ss.; ROTONDI (1990) 455.

*Tituli ex corpore Ulpiani 5, 7:*

*Si quis eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit; ideoque liberi in potestate eius non fiunt, sed quasi vulgo concepti spurii sunt.*

D. 23, 2, 54 (Escévola, 1 *regularum*):

*Et nihil interest, ex iustis nuptiis cognatio descendat an vero non: nam et vulgo quaesitam sororem quis vetatur uxorem ducere.*

D. 23, 2, 14, 2 (Paulo 35 *ad edictum*):

*Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt. igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem: tantundem iuris est et in sorore et sororis filia. idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse. unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere<sup>607</sup>.*

En definitiva, y aun siendo los *vulgo quaesiti* un numeroso grupo de personas, llevaban siglos legalmente postergados y realmente habría sido revolucionario por parte de Adriano reconocer en el senadoconsulto Tertuliano, que no olvidemos era una norma de *ius civile*, una posición asimilada a los hijos legítimos en el ámbito sucesorio intestado. Por ello, la doctrina mayoritaria entiende que, si bien se produjeron en la práctica los llamamientos a la herencia de hijos ilegítimos en favor de sus madres, un principio general de este cariz no habría sido incluido en la norma. Posiblemente, Juliano fuera el primer jurista en mostrarse partidario de equiparar a estos hijos a los legítimos a la hora de ser sucedidos por su madre como heredera civil *ex Tertulliano*, pues el jurista en su libro 59 *digestorum* establece claramente que entre los *filii* y *filiae* a los que podrá heredar la madre estaban incluidos los *vulgo quaesiti* junto a los nacidos legítimos.

En este sentido, resulta especialmente interesante el tratamiento de Juliano acerca de los *sui et legitimi heredes*:

---

<sup>607</sup> Instituciones, 1, 10, 12.

D. 38, 16, 8 pr. (Juliano, 59 *digestorum*):

*Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. nam quod in consuetudine nepotis cognati appellatur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius anaphorikos accidit.*

Juliano, tras haber estudiado la Ley de las XII Tablas sobre la herencia intestada, así como el orden establecido por el pretor, concluiría en relación a la *bonorum possessio unde cognati* que se debía admitir a la misma<sup>608</sup> a los *vulgo quaesiti* para acceder a los *bona materna*. El enfrentamiento entre los hijos y los agnados maternos también pudo ser abordado por Celso y Escévola en sus *quaestiones, responsa* y otros manuales prácticos desconocidos<sup>609</sup>. Por tanto, podríamos considerar que, inspirado en la obra de Juliano a quien no duda en mencionar expresamente a la vez que influenciado por las disposiciones del senadoconsulto Orficiano<sup>610</sup>, Ulpiano habría optado por incluir a los *vulgo quaesiti* en D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

A fin de paliar situaciones de desprotección de las madres tras la pérdida de sus hijos, el edicto ya había previsto su inclusión en la clase *unde cognati* de forma que la petición de la *bonorum possessio* sería el remedio habitual ante el desamparo, fueran sus hijos legítimos o no:

D. 38, 8, 2 (Gayo, 16 *ad edictum provinciale*):

*Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant. itaque etiam vulgo quaesiti liberi matris et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati, usque adeo ut, praegnas quoque manumissa si peperit, et is qui natus est matri et mater ipsi et inter se quoque qui nascuntur cognati sint.*

El emperador Adriano, tal y como relata Plinio, *Epistulae* 119<sup>611</sup>, adoptaría una medida para ayudar a un pequeño grupo de *spurii* a los que permite adquirir la *bonorum possessio unde*

---

<sup>608</sup> D. 38, 2, 47, 3 (Paulo, 11 *responsorum*); D. 38, 8, 8 (Modestino, 14 *responsorum*); D. 38, 16, 6 (Juliano, 59 *digestorum*).

<sup>609</sup> MEINHART (1967) 41.

<sup>610</sup> D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>611</sup> FIRA. 1, 78 ss.; *Scriptores Historiae Augustae, Marcus Aurelius philosophus*, 9, 7. Marco Aurelio dispone en un decreto que los niños nacidos ciudadanos libres, incluidos los ilegítimos, fueran registrados en el Registro de Nacimientos dentro de un plazo de tiempo prefijado. La razón de estas medidas descansaba en el deseo del

*cognati* de su padre en el caso que éste no estuviera casado con su madre por la prohibición de matrimonio dirigida a las tropas de manera que la *pietas principis* mejora la posición de estos hijos aun sin llegar a otorgarles relación de parentesco civil. No obstante, el tratamiento favorable en ciertas situaciones no implicaría el reconocimiento expreso y general por el senadoconsulto Tertuliano admitiendo a la madre como heredera legítima de los hijos *vulgo concepti*, pues esa apertura a favor de los hijos ilegítimos entraría en grave contradicción con el sentido de esta norma y la exigencia del *ius liberorum* para la madre del fallecido. Llegados a este punto, es conveniente recordar el supuesto recogido en:

D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus, a captiva procreatus, cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti, quasi vulgo quaesitus.*

El pasaje muy bien pudiera referirse al caso de Sarmatia, que trataremos posteriormente, contenido en un rescripto entre el año 198 y 201 d. C. , precisamente un texto donde Ulpiano estaría haciendo referencia a la delicada cuestión de la herencia en caso de ilegitimidad de los hijos fallecidos previamente a su madre:

C. 8, 50, 1 *Impp. Severus et Antoninus AA. Ovinio. Ex duobus captivis Sarmatia nata patris originem ita secuta videtur, si ambo parentes in civitatem nostram redissent. quamquam enim iure proprio postliminium habere non possit quae capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam. 1 Qui cum ab hostibus interemptus sit, matris dumtaxat condicionem, quae secum filiam duxit, videtur necessario secuta. nam fictio legis Corneliae,*

---

emperador de que hubiera constancia de los nacidos libres, y, por tanto la norma benefició a los *vulgo quaesiti* para probar su ingenuidad. Por rescripto de los *Divii Fratres*, también los *spurii* fueron admitidos al *ordo decuriorum* si no tenían competidores que demostraran su nacimiento dentro de matrimonio legítimo. D. 50, 2, 3, 2 (Ulpiano, 3 *de officio proconsulis*): *Spurios posse in ordinem allegi nulla dubitatio est; sed si habeat competitorem legitimi quaesitum, praeferiri eum oportet, divi fratres Lolliano Avito Bithyniae praesidi rescripserunt.* Puesto que para el desempeño de este trabajo se exigía llevar una vida honorable, la inclusión de los *vulgo* supuso una notable mejoría en su posición social como refiere MEINHART (1967) 43. Por su parte, el senadoconsulto Orficiano, si bien no mencionaba a los hijos ilegítimos, habría incluido a todos los hijos en la sucesión de la madre *iure civile*, a la vez que no exigía el *ius liberorum* para la fallecida a diferencia de lo regulado por el senadoconsulto Tertuliano para la heredera.

*quae legitimos apud hostes defuncto constituit heredes, ad eam quae illic suscepta est non pertinet, cum eo tempore quo captus est diem suum pater obisse existimetur. PP. sine die et consule.*

A nuestro parecer, la referencia en el texto de Ulpiano al hijo ilegítimo excede de lo dispuesto por el senadoconsulto Tertuliano, pues si bien Adriano o Antonino Pío defienden decididamente el derecho a la vida y tienden a legitimar la situación de los niños nacidos fuera del *matrimonium iustum*, la incorporación de los *vulgo quaesiti* a la herencia intestada habría sido un gesto que parece ir más allá de la filosofía que subyace en el senadoconsulto Tertuliano. La mención al *vulgo quaesitus* resultaría, por tanto, ajena a la mentalidad clásica, si bien se inicia precisamente a principios del siglo II d. C. un movimiento a favor del parentesco natural y las mejoras de la situación de estos niños<sup>612</sup>. Muestra de ello son la mencionada *Epistula* 119 de Adriano o las diferentes concesiones imperiales tras la promulgación del senadoconsulto Orficiano en el año 178 d. C., que por cierto tampoco se atrevió a mencionar el tema abiertamente, si bien desde un primer momento en su aplicación práctica no se hicieron distinciones entre hijos legítimos y *vulgo quaesiti* como aspirantes a los *bona materna*<sup>613</sup>.

## 2. *Status libertatis* del fallecido.

La regulación del senadoconsulto Tertuliano, en principio, era aplicable en caso de fallecimiento de un *civis* que gozara de libertad, aun cuando pudo admitirse, según refiere Ulpiano, a aquel ciudadano que había nacido libre pero pasara a ser *libertinus effectus*, con la dificultad dogmática añadida de haber perdido el parentesco de cognación con su madre durante ese período en el no gozaba de la consideración de hombre libre.

D. 38, 17, 2, 2 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si filius vel filia libertini sint effecti, mater legitimam hereditatem vindicare non poterit, quoniam mater esse huiusmodi filiorum desiit: idque et Iulianus scripsit et constitutum est ab imperator nostro.*

---

<sup>612</sup> MEINHART (1967) 43, nt. 35. Acerca del reconocimiento de alimentos a favor de los *spurii*, BRUNS (1909) 145, 346 ss.; KASER (1958) 114. Sobre los registros de nacimiento, SCHULZ (1942) 170 ss.

<sup>613</sup> *CIL*. III, 14428. Ulpiano reproduciría la decisión imperial para que el hijo de Sarmatia heredara a su madre *ex Orphitiano* aunque el propio texto de la norma, veinte años antes, no hubiese recogido la mención a los hijos ilegítimos. El jurista se sirve de esas mejoras y afirma que los hijos ilegítimos sucedían a su madre *ex Orphitiano*, y, a partir de ahí, la madre heredaría a sus hijos *ex Tertulliano*. D. 49, 15, 9 (Ulpiano, 4 *ad legem Iuliam et Papiam*).



En este texto, Ulpiano se refiere a lo resuelto por Juliano, *Iulianus scripsit*, y decidido por el propio emperador, *constitutum est ab imperator nostro*, partiendo de la consideración de *libertinus effectus* del fallecido, por cierto una expresión no muy utilizada por los juristas que definía al hombre que fue libre y después esclavo, para de nuevo alcanzar la libertad. En el mismo sentido, hallamos un texto de Modestino en el que no se diferencia ente *ingenuus* y *libertinus*:

D. 1, 5, 21 (Modestino, 7 *regularum*)<sup>614</sup>:

*Homo liber, qui se vendidit, manumissus non ad suum statum revertitur, quo se abdicavit, sed efficitur libertinae condicionis.*

A efectos de una posible aplicación del senadoconsulto Tertuliano, se hace necesario resaltar que lo relevante era que el fallecido fuera libre al sobrevenirle la muerte. Así, Paulo expone:

Paulo, *Sententiae* 4, 10, 2:

*Ad filiam ancillam vel libertam ex senatus consulto Claudiano effectam legitima matris intestatae hereditas pertinere non potest, quia neque servi neque liberti matrem civilem habere intelleguntur*<sup>615</sup>.

En cualquier caso, la preocupación de Ulpiano se centraba en la interrupción del parentesco de cognación entre madre e hijo cuando una u otro hubieran perdido temporalmente la libertad. Puesto que ese lazo de parentesco era un requisito exigido para que la madre se beneficiara de lo dispuesto por el senadoconsulto Tertuliano, la imposibilidad de restaurar la conexión cognaticia con su hijo le haría perder sus expectativas sucesorias. O, lo que es lo mismo, la manumisión no haría nacer el parentesco cognaticio.

---

<sup>614</sup> D. 40, 5, 53, 1 (Marciano, 4 *regularum*).

<sup>615</sup> KASER (1971) 283 ss. Sobre los *servi privati* y *servis poenae*. El *libertinus effectus* cuya sucesión intestada pudiera ser tramitada según las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano, sería siempre un *servus privatus*, no un *servus poenae*., una persona que no habría sido privada de libertad por sanción penal. En relación al senadoconsulto Orficiano, D. 38, 17, 1, 6 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): *Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret locavit quive res capitalis damnatus neque restitutus est, ex senatus consulto Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur: sed humana interpretatione placuit eum admitti. idem erit dicendum et si hic filius in eius sit potestate, qui in causa supra scripta sit, posse eum ex Orphitiano admitti.* D. 38, 17, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): *Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio principis sit restitutus.* Sobre la *capitis deminutio*, COLI (1922) 16 ss.; DESSERTAUX (1909) 25 ss.

Juliano, por su parte, se refiere en D. 38, 16, 8 pr. (Juliano, 49 *digestorum*) a quienes *defuncto mortis tempore cognati fuerint*.

En definitiva, parece, de nuevo, poco probable<sup>616</sup> que el senadoconsulto Tertuliano se ocupara expresamente de prever esta situación si bien debieron surgir en la práctica consultas a los juristas que hicieron necesario que Juliano y Ulpiano (que remite a una Constitución de Caracalla) lo abordaran. Algunos autores han aducido que si Modestino o Juliano trataban esta cuestión al referirse a la aplicación de la *bonorum possessio unde cognati*, podía ser que no tuviera repercusiones si lo que se solicitaba era la *hereditas legitima* en aplicación del senadoconsulto Tertuliano, a lo que responde MEINHART<sup>617</sup> que no parece lógico que Juliano tratara por separado la cognación referida a la *bonorum possessio* y en relación al senadoconsulto Tertuliano. Como principio general, para que fuera pertinente la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, el hijo fallecido debía haber sido libre de una forma continuada sin interrupciones<sup>618</sup>, pues de lo contrario se produciría la pérdida de la *cognatio* entre madre e hijo.

Las consecuencias en la herencia legítima de la irreparabilidad de dicha ruptura en el parentesco es una idea perfectamente expresada por Modestino tanto en sede de *bonorum possessio unde cognati* como en su estudio sobre los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, que resume en la siguiente regla:

D. 38, 8, 7 (Modestino, 6 *regularum*):

*Is, qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem.*

---

<sup>616</sup>MEINHART (1967) 48 ss.

<sup>617</sup>MEINHART (1967) 50. Para KRÜGER, Juliano habría titulado su libro 59 *digestorum* como *ad Senatus consultum Tertullianum*, basándose en las citas indirectas de D. 38, 17, 1, 11 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), D. 38, 17, 2, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y una decisión de Antonino Pío a las que daría un nuevo diseño, si bien el texto de Ulpiano no indicaba expresamente su procedencia del libro 59 de Juliano. MEINHART se muestra contraria a esta teoría pues, en su opinión, los párrafos de este jurista acerca de dicha norma no fueron incluidos por los compiladores que ordenaron su material según un esquema que comenzaba a menudo con un capítulo *ad legem XII*: de *hereditate legitima*, dentro del cual más que referencia históricas se incluían las adiciones por el pretor a la herencia *abintestato*. Otros textos de Juliano de interés serían: D. 37, 10, 7 (Juliano, 24 *digestorum*), D. 38, 8, 8 (Modestino, 14 *responsorum*) y D. 38, 16, 6 (Juliano, 49 *digestorum*): *Titius exheredato filio extraneum heredem sub conditione instituit; quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postuum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex dudodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.* D. 38, 16, 8, pr. (Juliano, 59 *digestorum*); D. 40, 5, 47, 4 (Juliano, 42 *digestorum*); D. 48, 23, 4 (Paulo, 17 *quaestionum*); D. 50, 17, 91 (Paulo, 17 *quaestionum*).

<sup>618</sup> D. 35, 1, 59, 1 (Ulpiano, 13 *ad legem Iuliam et Papiam*) sobre la *restitutio* para quienes perdieron la libertad habiendo sido acusados de robo.

### 3. El parentesco de cognación entre madre e hijo. Casos dudosos.

Ulpiano, tras haber estudiado en D. 38, 17, 2, 2 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) aquellos supuestos en los que el hijo fallecido siendo *libertinus effectus* había perdido temporalmente la libertad y, consecuentemente, la relación de consanguinidad con su madre, pasa a abordar una serie de casos en los que, de nuevo, se podría cuestionar la existencia de dicho parentesco de cognación entre madre e hijo. Realmente, lo llamativo de estas situaciones es que tienen en común la condición de *ingenuus* del hijo fallecido aun habiendo sido concebido por mujer esclava. En efecto, esos niños nacieron después de la liberación de la madre o, en otras ocasiones, llegaron a ser concebidos y nacidos *in servitute*, a pesar de lo cual se les aplicaba el mismo tratamiento que al *ingenuus*.

D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si in servitute concepit filium et manumissa ediderit, ad legitimam eius hereditatem admittetur: idemque et si serva poenae concepit et restituta edidit: hoc idem et si libera concepit, edidit serva poenae, mox restituta est: sed et si libera concepit et in servitute redacta edidit, mox manumissa est, ad legitimam hereditatem eius admittetur. item si adhuc praegnas manumissa est, dicendum erit prodesse. et in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur, ut puta si post moram factam in fideicommissa libertate peperit, vel apud hostes et cum eo rediit, vel si redempta edidit*<sup>619</sup>.

Nos enfrentamos a un texto complejo<sup>620</sup> en el que se pueden identificar diversas categorías de situaciones, las cuales, a su vez, agrupan varios supuestos.

Un primer grupo comprendería los siguientes dos casos: *sed si in servitute concepit filium et manumissa ediderit, ad legitimam eius hereditatem admittetur* y *idemque et si serva poenae concepit et restituta edidit*. El primero, se refiere al hijo nacido de mujer liberta al que Ulpiano consideraba *ingenuus* si nacía tras la liberación de la madre, y el segundo a la mujer

<sup>619</sup>LA PIRA (1930) 278 cree que el texto está muy interpolado, y que sólo es ulpiano el caso de la mujer que regresa del cautiverio. MEINHART (1967) 53 recoge la opinión de los autores sobre la obra de los compiladores en este fragmento, en especial la frase de cierre. La madre será admitida a la herencia legítima del hijo nacido en esclavitud, por ejemplo, si hubiese dado a luz después de causarle mora en el fideicomiso en que se la manumitía o si dio a luz en poder de los enemigos y regresó con él o fue rescatado. Y en la C. 6, 56, 7 *Imp. Iustinianus A. Mena pp. D. k. Iun. Constantinopoli dn. Justiniano A. pp. II cons. [a. 528]* se reflejaba que quien naciera en esclavitud, no venía sucediendo a la madre.

<sup>620</sup>MEINHART (1967) 52; KASER (1971) 279 ss.

restituida del castigo de esclavitud que primero fuera libre, luego esclava, y de nuevo libre, *poenae concepit et restituta edidit*. Para ambos, admite Ulpiano la existencia entre madre e hijo de parentesco de cognación de forma que la eventual privación de libertad de la madre no fuera tenida en cuenta a efectos sucesorios.

Por otro lado, existe otra categoría que abarca otras dos situaciones que muestran grandes semejanzas: *hoc idem et si libera concepit, edidit serva poenane, mox restituta est y sed et si libera concepit et in servitute redacta edidit, mox manumissa est, ad legitimam hereditatem eius admittetur*: el hijo que no tuviera parentesco de cognación con su madre al haber sido concebido estando condenada, sería considerado de nuevo *ingenus*.

Es cierto que hay suficientes textos del siglo III d. C. que nos mostrarían las contribuciones jurisprudenciales para la ampliación del efecto de la *restitutio*<sup>621</sup> como por ejemplo:

D. 48, 23, 4 (Paulo, 17 *quaestionum*):

*In metallum damnata mulier eum quem prius conceperat edidit, deinde a principe restituta est, humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta videri.*

Paulo parece admitir que si hubiera *restitutio* no se aplicaría el derecho anterior, lo que supone tácitamente que se recuperaría la *cognatio*<sup>622</sup>. Pero no debemos olvidar que el argumento *humanitas dicetur* presenta claras reminiscencias justinianas.

Nuestra postura sobre esta cuestión es que, al tiempo de la redacción por Ulpiano de su comentario *ad Sabinum*, aún no se consideraba como posible la reposición del parentesco de *cognatio* como uno de los beneficios derivados de la *restitutio*, por lo que difícilmente habría podido ofrecer una solución de este calibre como principio general. Ahora bien: es cierto que pudo haberse elaborado algún tipo de respuesta particular para que la relación cognaticia no se perdiera en ciertos casos de *restitutio*<sup>623</sup>.

En lo que se refiere al texto objeto de estudio, D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), nos resulta verdaderamente sorprendente una ampliación de tal magnitud que vendría a favorecer extraordinariamente a estas madres sin ofrecer motivaciones y sin aludir a alguna disposición imperial. Por otra parte, se estaría produciendo una abierta contradicción con los

---

<sup>621</sup> KRÜGER (1898) 6 ss. ; MEINHART (1967) 53.

<sup>622</sup> MEINHART (1967) 53 ss.; D. 48, 23, 4 (Paulo, 17 *quaestionum*) nos permite conocer que *restitutio* y *cognatio* son en sí mismas instituciones independientes, no necesariamente simultáneas. C. 2, 50 *Imp. Severus et Antoninus AA. Chiloni*; COLI (1922) 16 ss.; DESSERTAUX (1909) 25 ss.

<sup>623</sup> PERIÑÁN (2008) 99 -118.

supuestos de los dos casos que pertenecen al primer grupo del fragmento y con los principios contenidos en D. 38, 17, 2, 2 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>624</sup> que acabamos de ver.

Coincidimos con LA PIRA<sup>625</sup> y MEINHART<sup>626</sup> en reconocer la intervención de los compiladores en los casos tercero y cuarto del texto, que posiblemente fueron una nota marginal al texto del caso quinto que veremos a continuación, y que ya pertenece a la tercera de las categorías con tres supuestos más: *et in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur; si post moram factam in fideicommissa libertate peperit, vel apud hostes et cum eo rediit, vel si redempta edidit*. En efecto, ahora se aborda el caso del hijo *in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur*, quien excepcionalmente puede ser heredado por su madre pese a haberse perdido el parentesco de cognación, sin duda un supuesto muy extraordinario que viene a suponer una fractura de las reglas antes enunciadas por el senadoconsulto Tertuliano. Precisamente por ello, percibimos en Ulpiano la necesidad de razonar su decisión y considerar con atención diversos puntos de vista, puesto que pretende resolver la situación en la que la liberación de la madre tras el fallecimiento de su hijo intestado tuviera efectos jurídicos para que se la pudiera llamar *ex Tertulliano*.

Como hemos visto, para que se admita a la madre como aspirante a la herencia de su hijo, deben confluír los siguientes requisitos:

1º. La madre había sido puesta en libertad tras la muerte del hijo.

2º. La madre se había visto perjudicada por un retraso en la concesión de libertad, que la hizo dar a luz no siendo libre, *ut puta si post moram factam in fideicommissa libertate peperit*.

Es importante recalcar que Ulpiano, en el libro 12 de su comentario *ad Sabinum* había tratado en dos ocasiones más este caso. En el primero de ellos, en la sección dedicada a los *sui heredes*, Ulpiano trataba una posible sucesión del padre en la herencia del hijo fallecido:

D. 38, 16, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Quaeri poterit, si ex ea, quae in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an suus patri existat. et cuum placeat, eum ingenuum nasci, ut est a Divis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa haec habeatur, ut uxor ducta suum pariat? nec mirum sit, ex serva ingenuum nasci, cum ex captiva*

<sup>624</sup> D. 38, 10, 4, 11 (Modestino, 12 *pandectarum*): *Is cui aqua et igni interdictum est aut aliquo modo capite deminutus est ita, ut libertatem, et civitatem amitteret, et cognationes et adfinitates omnes, quas ante habuit, amittit*. Posiblemente del año 213 el siguiente rescripto (de la época de Ulpiano): C. 9, 47, 4 *Imp. Titus Aelius Antoninus A. Marinae. Si ante conceptus est puer, de quo libellos dedisti, quam mater eius in metallum daretur, natus conditionis eius est, cuius ante condemnationem mater eius fuit*. D. 38, 8, 1, 2 (Ulpiano, 46 *ad edictum*): *Pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio*.

<sup>625</sup> LA PIRA (1930) 278.

<sup>626</sup> MEINHART (1967) 63-65.

*rescriptum sit, ingenuum nasci. quare ausim dicere, etsi pater huius pueri eiusdem sortis fuerit, cuius mater moram passa in libertate fideicommissa, ipseque moram passus est, suum eum patri nasci exemplo captivorum parentium, cum quibus rediit. ergo sive postea pater eius post moram manumittatur, recipiet eum in potestate, sive ante decesserit, definiendum erit suum existere.*

Por el contrario, en el segundo texto, ya en sede de senadoconsulto Orficiano, el jurista mostraba el siguiente caso:

D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus, a captiva procreatus, cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti, quasi vulgo quaesitus.*

Ulpiano parece inspirarse en una constitución de Marco y Vero y otra de Antonino Pío, ambas posiblemente perdidas<sup>627</sup>, tratando de aplicarlas a supuestos en los que se debatía la pertinencia de las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano y Orficiano. Las constituciones imperiales habrían tratado el tema de la ingenuidad de los hijos nacidos de madre esclava por haberse producido un retraso en el cumplimiento del fideicomiso de concesión de libertad. Desafortunadamente, puesto que nos hallamos ante situaciones jurídicamente muy controvertidas, los compiladores eliminaron todo rastro de la inspiración de Ulpiano para llegar a esa solución.

Por su parte, el *Codex* sí recoge claramente una solución favorable a la ingenuidad del hijo y las expectativas sucesorias de la madre en la siguiente constitución:

C. 6, 57, 6. *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Quidam ancillae suae per fideicommissum libertatem reliquit, eo autem, a quo libertas relicta est, moram in libertate praestanda faciente peperit ancilla. et esse quidem ingenuum puerum vel puellam, qui post moram nati sunt, omnes*

---

<sup>627</sup>MEINHART (1967) 57, nt. 17.

*veteris iuris auctores consentiunt, dubitabatur autem inter eos, si matri morienti potest succedere. 1 Huiusmodi itaque dubitationem eorum decidentes ulterius eam procedere non patimur, sed sancimus eandem matris progeniem heredem abintestato posse ei existere, salvo iure legitimo ex auctoritate senatus consulti Orfitiani proli servando et tam matre ex senatus consulto Tertulliano quam prole ex Orfitiano senatus consulto invicem ad suas hereditates venientibus. D. k. Oct. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.*

El planteamiento ulpiano en D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) ha dividido a la doctrina: LA PIRA<sup>628</sup> lo considera interpolado, pues cree que la solución propuesta deriva directamente de la constitución mencionada, y no sería un pronunciamiento clásico sino justiniano la alusión a un retraso en la concesión de libertad a la esclava como requisito para que se pudiera acudir a las normas del senadoconsulto Tertuliano. En opinión del autor italiano, tampoco puede admitirse lo previsto en D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano 12 *ad Sabinum*) en relación al senadoconsulto Orficiano como directamente proveniente de Ulpiano, quien no se habría expresado tan decididamente en su texto originario con las palabras *mater admittetur*.

Por su parte, MEINHART<sup>629</sup> acepta la intervención de los compiladores en la solución de estos casos, pero difiere de la absoluta negación del carácter ulpiano del texto, pues considera un exceso de rigurosidad dicha valoración. En su opinión, no habría de esperarse a C. 6, 57, 6 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* [a. 530] para dar una respuesta a este problema, que venía preocupando a Ulpiano lo que se manifiesta en varias ocasiones.

Por lo que sabemos, D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) junto a D. 38, 16, 11 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) son textos en los que el jurista se refiere a fuentes que ha manejado y de las cuales extrae su solución, posiblemente las dos constituciones imperiales<sup>630</sup> de las que no dispusieron los compiladores. Ulpiano habría trabajado con dichas constituciones cuando realizaba su comentario sobre la herencia, volviendo sobre ellas para resolver el problema de la mujer esclava que diera a luz y cuyo hijo falleciera antes que ella. Finalmente, habría optado por considerar *ingenuus* al hijo, aun tratándose de casos muy problemáticos, pues si la condición de *ingenuus* la hubiera alcanzado el hijo *conceptus et editus in servitute* por rescripto imperial, ya no habría duda de su inclusión entre los fallecidos a cuya muerte se planteaba la aplicación de la normativa del senadoconsulto Tertuliano.

---

<sup>628</sup> LA PIRA (1930) 293 ss.

<sup>629</sup> MEINHART (1967) 59 entiende que probablemente sólo D. 38, 16, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) está interpolado, aunque las citas son indiscutiblemente de Ulpiano.

<sup>630</sup> RATTI (1927) 112 ss.

En el caso de admitir como *ulpiana* la solución anterior, relacionaríamos el supuesto recogido, *vel apud hostes et cum eo rediit*, como una evaluación adicional al caso de Sarmatia, recogido en la siguiente constitución que recogen la decisión de Caracalla y Septimio Severo decidiendo a favor de restablecer la cognación entre madre e hijos nacidos en cautividad:

C. 8, 50, 1 *Impp. Severus et Antoninus AA. Ovinio. Ex duobus captivis Sarmatia nata patris originem ita secuta videtur, si ambo parentes in civitatem nostram redissent. quamquam enim iure proprio postliminium habere non possit quae capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam. 1 Qui cum ab hostibus interemptus sit, matris dumtaxat condicionem, quae secum filiam duxit, videtur necessario secuta. nam fictio legis Corneliae, quae legitimos apud hostes defuncto constituit heredes, ad eam quae illic suscepta est non pertinet, cum eo tempore quo captus est diem suum pater obisse existimetur. PP. sine die et consule.*

En el caso de Sarmatia, nos hallamos ante un rescripto dirigido a una hija cuyo padre había fallecido *apud hostes*. Sarmatia regresa con su madre otorgándose por rescripto la *condicio matris*, es decir, el parentesco cognaticio, así como la ingenuidad y ciudadanía a través del *ius postliminii*<sup>631</sup>. La afirmación imperial, *matris condicionem sequi*, si bien se referiría a la cuestión del *status* sin que se derivara, en principio, la adquisición de otro derecho, podría otorgar argumentos suficientes para trasponer sus consecuencias al ámbito hereditario, e incluso discutir si se estaban cumpliendo los requisitos previos fijados por la jurisprudencia para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano. Es cierto que el caso de Sarmatia habla de *filius*<sup>632</sup>, pero no es sorprendente pues la forma masculina se podía usar para referirse a varones y mujeres<sup>633</sup>, y el emperador sólo se cuestionaría el tema del *status* de uno o más solicitantes<sup>634</sup>.

---

<sup>631</sup> CUENA BOY (2006) b 13 ss.

<sup>632</sup> D. 49, 15, 25 (Marciano, 14 *institutionum*).

<sup>633</sup> MEINHART (1967) 59 ss. La doctrina ha juzgado de forma muy diferente esta constitución, pues hay tres posturas: primero, la de aquellos autores para quienes C. 8, 50, 1 *Impp. Severus et Antoninus AA. Ovinio* fue obra de la *interpretatio* que se hiciera en el Código Gregoriano del rescripto de Septimio y Caracalla; en segundo término, la tesis que otorga un origen clásico al texto, aun con retoques para adecuarlos a la época de la compilación y, finalmente, la de quienes creen que fuera clásico en su totalidad. Por otra parte, la decisión del emperador sólo había tratado el caso de los hijos de Sarmatia porque había muerto el padre. LEVY (1961) 142 ss.; DAUBE (1959) 255; RATTI (1927) 112 ss.; AMIRANTE (1950) 152 ss.; KRÜGER (1931) 203 ss.

<sup>634</sup> Gai. 1, 93. Gayo también refiere supuestos de personas que solicitaban el *status* de ciudadano romano para sí o sus hijos una vez conseguida la ciudadanía, puesto que alcanzarla no traía como consecuencia automática el establecimiento de la *patria potestas*. A veces, los esclavos eran liberados, pero el emperador debía conceder la *patria potestas* sobre sus hijos, lo que se trataba en pieza separada sobre la *patria potestas*, debiendo razonarse si existía parentesco, agnaticio o cognaticio con los hijos.



D. 1, 7, 46 (Ulpiano, 4 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*In servitute mea quaesitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio principis potest: libertinum tamen eum manere non dubitatur*<sup>635</sup>.

En resumidas cuentas, lo verdaderamente relevante de D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) sería la posibilidad de recuperar por rescripto la libertad y la ciudadanía para una mujer o un matrimonio romano que regresaran del cautiverio con su hijo nacido *in captivitate*, aunque ello no supusiera *ipso iure* el reconocimiento de una relación familiar jurídica con el niño. Por ello, o se debían restablecer los lazos de parentesco civil, o se adquirirían de nuevo.

Ulpiano, ante este problema, dudaría entre ambas posibilidades, apostando finalmente por la solución positiva a que ese niño fuera tratado de igual forma a los nacidos *in civitate*, y de ahí su respuesta, *fili iura habent*. La solución se apartaría de los principios tradicionales y precisamente, por ello, el jurista se habría visto impelido a dar una justificación más detallada acudiendo al rescripto imperial que concedía un tratamiento a ese hijo como si tuviera el *ius postliminium*<sup>636</sup> así como una posición de parentesco legal en la relación familiar, como si sus padres nunca hubieran estado cautivos.

Si reconducimos esta cuestión al ámbito sucesorio, el supuesto *vel apud hostes et cum eo rediit*, abriría el debate de la concesión de derechos hereditarios tras el restablecimiento de la relación familiar. Asimismo, D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) abiertamente concedería la oportunidad a estos hijos de heredar a sus madres *ex Orphitian*. La relación hereditaria se podría ver como la consecuencia necesaria de la rehabilitación de la familia regresada en virtud de:

D. 49, 15, 9 (Ulpiano, 4 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*Apud hostes susceptus filius si postliminio redierit, filii iura habet: habere enim eum postliminium nulla dubitatio est post rescriptum imperatoris Antonini et divi patris eius ad Ovinium Tertullum praesidem provinciae Mysiae inferioris.*

Todo lo anterior viene a significar que, habiendo cumplido los hijos con el requisito básico para la aplicación del senadoconsulto Orficiano, el parentesco de cognación entre madre

---

<sup>635</sup> AMIRANTE (1950) 152 ss. El criterio tradicional se recoge en D. 38, 8, 1, 2 (Ulpiano, 46 *ad edictum*): *Pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio.*

<sup>636</sup> PERIÑAN (2008) 23-64.

e hijo, también podría considerarse que, caso de ser el hijo el que falleciera primero, la madre pudiera ser llamadas a su herencia intestada aplicando las normas de senadoconsulto Tertuliano. En nuestra opinión, y si bien es cierto que la frase *mater admittetur* resulta bastante lapidaria y parece poco probable que Ulpiano hubiera llegado tan lejos en su solución (la misma C. 6, 57, 6 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* [a. 531] expresa dudas sobre el tratamiento a este caso, como se aprecia en la expresión *dubitabatur*), no hay que despreciar la idea de que, al menos, se hubieran planteado estos casos si bien expresándose con cierta cautela al observar la existencia de diversos puntos de vista sobre su solución. Finalmente, Justiniano habría asumido como propio el punto de vista de Ulpiano en la constitución.

El último caso, *vel si redempta edidit*, no se nos antoja muy relevante, pues el supuesto de la mujer romana liberada del cautiverio que tuviera un hijo al regresar es muy similar al caso de Sarmatia, cambiando sólo el hecho que la madre regresa y da a luz. No podemos olvidarnos que, si bien Ulpiano<sup>637</sup> se había venido pronunciando sobre los *redempti* en más ocasiones<sup>638</sup>, aunque sería Diocleciano quien reconociera derechos a los hijos nacidos de una mujer *redempta*<sup>639</sup>, por lo que hasta entonces no debió existir una respuesta clara.

En conclusión, aunque el principio general al publicarse el senadoconsulto Tertuliano fuera excluir de la herencia intestada a las personas *in servitute concepti et editi*, Septimio Severo y Caracalla en sendos rescriptos, y el mismo Ulpiano en su comentario, les reconocieron derechos hereditarios al fallecer sus madres. Por supuesto, se trataría de casos excepcionales, siendo necesario que un rescripto imperial concediera a los niños la libertad y la ciudadanía, aunque nacieran siendo su madre esclava por retraso en la liberación, o si pudieron regresar a Roma. Realmente, esas decisiones imperiales sobre las que trabajara Ulpiano otorgaron visibilidad al problema de estas personas, de tal manera que la jurisprudencia habría comenzado a considerar la relación de parentesco de madres e hijos como si ésta hubiera sido libre al dar a luz, con el consiguiente reconocimiento de derechos hereditarios para que se les pudiera aplicar los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

---

<sup>637</sup> D. 38, 16, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); D. 49, 16, 8 (Ulpiano, 8 *disputationum*); D. 49, 15, 21 pr. (Ulpiano, 5 *opinionum*); MEINHART (1967) 65; KRÜGER (1931) 203 ss.; LEVY (1961) 142 ss.; DAUBE (1959) 255; RATTI (1927) 112 ss.; AMIRANTE (1950) 152 ss.

<sup>638</sup> C. 8, 50, 16 *Imp. Severus et Antoninus AA. et CC. Basilinae. Commercio redemptae filios, licet ex servo meedio susceptos tempore, origini ingenuitatis matris iuxta ea quae benigne placuerunt reddi convenit. S. V. K. Sept. Viminacii AA cons.* [a. 293].

<sup>639</sup> LA PIRA (1930) 279, 306.

## II. Las condiciones requeridas por el senadoconsulto Tertuliano a la madre para ser heredera legítima del hijo fallecido intestado.

### 1. El *ius liberorum* y su relación con el *matrimonium iustum* <sup>640</sup>.

Las únicas referencias que hallamos en el Digesto a los requisitos que se exigen a la madre para suceder a sus hijos fallecidos sin testamento serían los siguientes pasajes:

D. 38, 17, 2 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sive ingenua sit mater, sive libertina, habebit Tertullianum commodum.*

D. 38, 17, 2, 4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittetur.*

D. 38, 17, 2, 5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Impuberem cui pater secundam tabulas fecit, tunc certum est intestatum decessisse, cum ommiserint substitui hereditatem eius. quare et si impubes adrogatus sit, dicendum est matrem ad bona eius admitti, quae haberet, si intestatus decessisset.*

En páginas anteriores nos hemos aproximado a los requisitos exigidos al fallecido a la hora de considerar la aplicación a su sucesión intestada de las normas del senadoconsulto Tertuliano. En ese contexto, se ha mencionado la necesidad de nacimiento del fallecido en el seno de *matrimonium iustum*. A la vez, se plantearía la exigencia a la madre de gozar del *ius trium (quattuor) liberorum*, es decir, de haber dado a luz a tres *hijos* si fuera ingenua o a cuatro hijos si liberta. Finalmente, es una condición *sine qua non* la existencia ininterrumpida de parentesco cognaticio entre la madre y el hijo fallecido, puesto que el principio general en el derecho clásico romano era la irrecuperabilidad de dicho vínculo, aun cuando pasajes como D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) permiten matizar esa afirmación y abren la posibilidad de retomar la relación cognaticia por concesión imperial.

La cuestión del *ius liberorum*, sobre la que se expresa Ulpiano en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8 conduce a su vez a la exigencia de la legitimidad de los fallecidos, pues sólo los

---

<sup>640</sup> MEINHART (1967) 43 ss.; 109-110; JÖRS (1893) 30 ss.; KÜBLER (1909) 154 ss. y (1910) 176 ss.; SAMPER (1972) 7 ss.; MONACO (2000) 75 ss.; ASTOLFI (1996) 174-179; NÚÑEZ PAZ (1988) a 37-40; SOLAZZI (1918) a 586 ss.; STEINWATER (1897) 1282; BERGER (1953) 530 ss.; ZABLOCKA (1988) 361 ss.

hijos legítimos podrían ser heredados por las disposiciones de esta norma. Los juristas habrían extendido la aplicación de la norma a la sucesión intestada de los hijos ilegítimos y, décadas después, el senadoconsulto Orficiano no discriminaría entre *legitimi* y *vulgo quaesiti*<sup>641</sup> como llamados a suceder a su madre, entendiendo que el parentesco cognaticio entre madre e hijos era independiente del matrimonio de los padres.

La ausencia de tratamiento en las fuentes del *ius liberorum* dificulta particularmente su estudio, por lo cual debemos intentar delimitar lo máximo posible sus características. Necesariamente, partiremos del único dato objetivo del que disponemos, paradójicamente, su abolición por Justiniano:

Instituciones, 3, 3, 4:

*Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in eius admitti detrimentum: si enim ingenua ter vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successionem suorum liberorum: quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? et dedimus ius legitimum plenum matribus sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quaeve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

Los compiladores debieron eliminar de los textos referidos al senadoconsulto Tertuliano toda mención al *ius liberorum*, aunque previsiblemente Ulpiano debió tratar este tema en su comentario *ad Sabinum*. Realmente, la imposición a las mujeres del requisito del *ius liberorum* para heredar a sus hijos *ex Tertulliano* nos demuestra que Adriano debió tener en mente los supuestos más comunes y que menos controversia habrían generado entre los sectores más conservadores a la hora de beneficiar a las madres romanas, es decir, a las mujeres casadas legítimamente, tan bien consideradas por su contribución con una familia numerosa al Imperio.

Aun manteniendo una línea ciertamente transgresora con el reconocimiento de la primacía al parentesco cognaticio sobre la agnación, el senadoconsulto Tertuliano necesitaba lograr un amplio consenso y respaldo de la sociedad, debiendo el emperador vencer las reticencias de la aristocracia romana por el desplazamiento del parentesco civil agnaticio. Por

---

<sup>641</sup> D. 38, 17, 2, 4 y 5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); C. 7, 6, 1 *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. Cc.*

esta razón, Adriano habría optado por exigir a la madre *iustae nuptiae* de forma que las potenciales beneficiadas fueran mujeres casadas o viudas emparentadas por cognación con sus hijos, el otro requisito verdaderamente importante para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano. Pese a que el senadoconsulto Tertuliano fue parco en la definición de las condiciones requeridas a la madre como heredera, y tan sólo al tratar los supuestos de concurrencia con otros parientes se dedicaría a analizar su idoneidad, se decidió exigir a las madres la posesión del *ius liberorum*. Asimismo, la norma habría delegado en la interpretación de los prudentes la solución de casos muy especiales y fuera de lo común.

Indudablemente, el emperador Adriano se mostraba influenciado por la legislación matrimonial augustea<sup>642</sup> pues su concepto de la familia coincidía a grandes rasgos con el que Augusto trató de imponer al instaurar el Principado y por esta razón la inclusión del *ius liberorum*<sup>643</sup> como exigencia para considerar heredera *abintestato* a la madre del fallecido no debe causarnos extrañeza. Tampoco habría sido objeto de polémica al tiempo de Adriano pues, si es bien conocido que las leyes augusteas de la familia habían causado desde su nacimiento el descontento social, la figura de la *mater liberis honorata* conciliaba la estima y el respeto de la sociedad y era difícil hallar razones objetivas que negaran a estas mujeres la sucesión y la administración del patrimonio de sus hijos<sup>644</sup>.

La exigencia del *ius liberorum* actuaría, a la vez, como requisito y como excusa técnico-política para enlazar las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano con los principios de las leyes augusteas sobre la familia, venciendo la resistencia de las capas más tradicionales de la sociedad romana. Pensemos que esos sectores, poseedores y generadores de riqueza, eran los principales afectados por sus disposiciones y sentirían como una amenaza el impulso a la cognación. Adriano habría ejercido especial influencia en orden a superar las dificultades en el Senado, acerca de cuya votación no tenemos desgraciadamente rastro en las fuentes, pero también fuera de él, previsiblemente con el apoyo del *consilium principis*. Los juristas de confianza de Adriano debieron actuar en un primer momento realizando su trabajo técnico-jurídico al identificar los casos a los que aplicar el senadoconsulto y, en un segundo nivel, más político, allanando por encargo del propio emperador la aprobación del Senado a su revolucionaria propuesta legislativa.

Por lo que sabemos, el *ius liberorum* podía obtenerse por ley o por concesión del príncipe, si bien desconocemos si en este segundo supuesto el efecto automático a la concesión

---

<sup>642</sup> SIRAGO (1974) 141 ss.; QUERZOLI (2000) 115 ss.; RICCOBONO (1950) 6 ss.; VOCI (1980) 419 ss.; ASTOLFI (1996) 15 ss.

<sup>643</sup> ASTOLFI (1996) 174 ss.

<sup>644</sup> CASTRESANA (1993) 18 ss.; 49 ss.; 110 ss.

del *ius liberorum* era la obtención de expectativas sucesorias *ex Tertulliano*. Parece que algunas de las ventajas asociadas a haber tenido un número de hijos no se contemplaban si el *ius liberorum* fuera una concesión imperial como se deduce de:

*Fragmenta Vaticana*, 170:

*Ius liberorum a principe impetratum nec ad hanc causam nec ad munera prodest.*

El *ius liberorum* debía ser solicitado por la propia mujer en una ceremonia recogida en la *lex Papia et Poppaea*<sup>645</sup>. Previamente a su concesión se verificaba que la solicitante hubiera contraído matrimonio según dichas normas, lo que excluiría a aquellas mujeres sometidas a prohibiciones matrimoniales (bien con respecto a senadores o sus descendientes, bien con cualquier *ingenuo* a salvo de esporádicas dispensas)<sup>646</sup>. Sin ningún género de duda, el mayor rédito de la obtención del *ius liberorum* para las mujeres sería la exención de tutela, aunque se daban otras ventajas como asistir a las celebraciones con ocasión del cumpleaños del príncipe o a la ceremonia de los *iura maritorum*<sup>647</sup>. También los hombres con hijos eran contemplados por las leyes augusteas a efectos de concederles numerosos privilegios, como la asunción de los *fasces consulares*, la exoneración de la *sortitio* en la atribución de las provincias o el acortamiento de los plazos para acceder a las magistraturas en tantos años como hijos se tuvieran. Posiblemente también les sirviera la paternidad para la *excusatio tutelae*<sup>648</sup>.

Por el contrario, no hallamos en las fuentes supuestos de solicitudes y, mucho menos, de la concesión del *ius liberorum* a personas solteras, lo que nos lleva a afirmar que un previo *matrimonium iustum* acorde a la legislación de Augusto era requisito ineludible para obtener el beneficio.

La exigencia de haber dado a luz un número de hijos determinaba la obtención del beneficio, pero si la naturaleza impedía la procreación, las mujeres podían solicitar el beneficio de forma directa al príncipe. En el caso que se atendiera dicha solicitud, la peticionaria quedaba eximida de la obligación de dar a luz, como recoge Casio Dión<sup>649</sup>. En todo caso, la alusión a la infertilidad como eximente para alcanzar el *ius liberorum* debe ponerse en relación, de nuevo, con el matrimonio legítimo acorde a las leyes augusteas:

---

<sup>645</sup> KÜBLER (1909) 154 ss. y (1910) 176 ss.; SAMPER (1972) 7-18.

<sup>646</sup> JÖRS (1893) 30 ss. CUENA BOY (2004) 99-108.

<sup>647</sup> Casio Dión, 54, 30; 60, 24. También la *lex Malacitana*, 56.

<sup>648</sup> ASTOLFI (1996) 333 ss.; D. 4, 4, 2 (Ulpiano, 19 *ad legem Iuliam et Papiam*); Plinio el Joven, *Epistulae* 16; Tácito, *Annales* 2, 51; Gai. 3, 42.

<sup>649</sup> Casio Dión, 55, 2 y 56, 10 sobre la ceremonia.

Marcial, 2, 91<sup>650</sup>:

*Quod fortuna vetat fieri, permitte videri, natorum genitor credat ut esse trium.*

Plinio, *Epistulae* 94<sup>651</sup>:

... *impetrandumque a bonitate tua per nos habet, quod illi fortunae malignitas denegavit*<sup>652</sup>.

Una de las cuestiones que dificultan el conocimiento de esta institución es la duda sobre su origen, que para algunos autores bien pudo ser la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del año 17 a. C. No obstante, la *lex Papia Poppaea* ya en el año 9 d. C.<sup>653</sup> determinaba un régimen de exención de las sanciones por incapacidad sucesoria a favor de varones y mujeres, con un cierto número de hijos. En todo caso, desde sus inicios este beneficio se vio moldeado por las necesidades sociales, pues la misma pareja imperial, Augusto y Livia, en cuanto *orbi* sin hijos naturales recibieron el privilegio del Senado, una práctica que se aplicaría a otras personas. Más adelante, los emperadores asumirían la facultad de concederlo a quienes ni siquiera cumplían los requisitos de procreación, y, a partir del siglo IV d. C., se otorgaba de forma indiscriminada. Constantino, para favorecer el celibato cristiano, terminaría por abolir las sanciones contra *orbi* y *caelibes* impuestas por Augusto en el año 320 d. C.<sup>654</sup>. A la vez, el destino del *ius liberorum* iría unido a la progresiva desaparición de la tutela de las mujeres: desde que comienza a perder importancia hasta su definitiva abolición por la *lex Claudia* para las ingenuas, y en época de Constantino para las libertas, ambas instituciones acabaron por desvanecerse.

<sup>650</sup> Marcial, *Epigrammata*, 2, 92 se refiere a su propia esposa: *valebis uxor, non debet dominio perire munus*.

<sup>651</sup> Plinio, a su vez, parece formular un ruego para su amigo Suetonio, casado y sin descendencia: *Huic ius trium necessarium faciunt duae causae. Nam est iudicia amicorum prometeretur, et parum felix matrimonium expertus est*. Y, aunque podía conseguirse excepcionalmente el *ius liberorum* en caso de tener un número inferior de hijos, paradójicamente, había casos de denegación a personas con familias numerosas.

<sup>652</sup> *CIL*. V, 4392. En todos estos casos de concesión de *ius liberorum* con exención de la obligación de procrear, debía justificarse la infertilidad. JÖRS (1893) 30 ss., y más tarde KÜBLER (1909) 154 ss. estudian las inscripciones sobre el *ius liberorum*, y niegan a mujeres solteras la posibilidad de solicitarlo. En una de ellas se habla del celibato en el caso de un *decurio*, *P. Alitus Philippus*, ejemplo que apenas ayuda a responder nuestras dudas, porque el *iura maritorum* ya lo habían obtenido las tropas.

<sup>653</sup> ASTOLFI (1996) 97 ss.; 133 ss. El régimen de Augusto afectaba a *caelibes*, *orbi*, *patres solitarii*, a los cónyuges entre sí y a las *feminae probosae*, aunque se discute si fue la *legislación augustea* o normas posteriores las que las denominaron incapaces de suceder. Recordemos que los *caelibes*, varones entre 25 y 60 años, y mujeres entre 20 y 50 años, los cuales fueran al abrirse un testamento o cien días después solteros, viudos o divorciados, no podían recibir los bienes hereditarios en su totalidad, considerados como *caduca* que pasarían a personas establecidas por las propias leyes caducarias. Para las mujeres, se concedía un periodo, la *vacatio*, de un año desde la muerte del marido o seis meses desde el divorcio, ampliado por la *lex Papia* a dos años y dieciocho meses respectivamente a fin de evitar la *turbatio sanguinis*. Para los hombres, no había tal periodo. El senadoconsulto Perniciano, del año 34 d. C., incluyó como incapaces a quienes llegaran a los 60 o 50 años sin contraer matrimonio y el senadoconsulto Claudiano liberaba de incapacidad al varón de más de sesenta años que se casara con mujer de menos de cincuenta años. El senadoconsulto Calvisiano no liberaba de la incapacidad a la mujer de más de 50 años que se casara con hombre menor de 60 años, y consideraba la dote como *caducum*.

<sup>654</sup> Código Teodosiano 8, 16, 1.

Son numerosos los testimonios jurídicos sobre la exigencia a las mujeres ingenuas de tres hijos y a las libertas de cuatro para su concesión, y más escasos los textos sobre los hombres, lo que se debe a que el privilegio se extendió en el tiempo para las primeras. Aun así, de los textos literarios se puede deducir que los hombres necesitaban en todo caso tres hijos, ya fueran libertos o ingenuos<sup>655</sup>.

Sin embargo, la oscuridad que envuelve a este instituto no debe dirigirnos hacia una equiparación estricta entre las personas favorecidas con el *ius liberorum* y aquellas que escapaban de la aplicación del régimen de incapacidades de la legislación augustea. Augusto sancionaba a los *orbi* o casados sin hijos con una incapacidad parcial para suceder por testamento, quedando limitadas sus expectativas a la mitad de la herencia que no fuera del otro cónyuge, puesto que la capacidad de los cónyuges para sucederse recíprocamente se medía por otros principios. Los textos se refieren a los *orbi* como *qui liberos non habent*, por lo que no se pueden equiparar con quienes habían engendrado hijos, pero no alcanzaban el número de hijos exigido para obtener el *ius liberorum*: un solo hijo permitía a hombre o mujer superar la condición de *orbi*. El carácter demográfico de estas leyes exigía que se tratara de un hijo natural, excluyendo a los adoptivos, tal y como explica el senadoconsulto *Memmiano*, del año 63 d. C.<sup>656</sup>:

D. 50, 16, 148 (Gayo, 8 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*Non est sine liberis, cui vel unus filius, unave filia est: haec enim enuntiatio "habet liberos, non habet liberos", semper plurativo numero profertur, sicut est pugiliares, et codicilli.*

Los hijos modificaban las expectativas sucesorias de los cónyuges<sup>657</sup> de tal forma que, naciendo un hijo vivo del matrimonio, se alcanzaba la capacidad total para suceder entre ellos, así como si naciera un póstumo o si hubieran tenido un hijo que murió púber o tres que llegaron al *dies nomini* si uno al menos de los tres vivió dieciséis meses. También la muerte de uno o dos hijos pasados los nueve días, hacía aumentar en una o dos décimas la cantidad a

---

<sup>655</sup> ASTOLFI (1996) 333 ss.

<sup>656</sup> ASTOLFI (1996) 97-125.

<sup>657</sup> SAMPER (1971) 10 ss. Aparte del nacimiento de hijos, había diversas causas que podían modificar esta situación. Así, que alguno de los cónyuges no hubiera cumplido la edad del celibato, que la hubiera superado, que estuvieran ligados por parentesco de cognación hasta el sexto grado o que el marido muriera durante la ausencia *rei publicae*, o en el año después del regreso.



heredar por el cónyuge<sup>658</sup>. Por su parte, el *ius liberorum* consistía en tener un número de hijos tras contraer matrimonio, de manera que los *caelibes* no podían obtenerlo pues el padre o madre con hijos entraba en la categoría de *pater solitarius*, donde coincidía con aquellas personas que tenían hijos por razón de un matrimonio disuelto por fallecimiento del cónyuge o divorcio. En líneas generales<sup>659</sup> el *ius liberorum* no influía decisivamente en materia de incapacidad sucesoria pues la situación de los *orbi*, por ejemplo, mejoraba cuando nacía su primer hijo, pasando a ser *patres*, como expone D. 50, 16, 148 (Gayo, 8 *ad legem Iuliam et Papiam*). Sin embargo, el encaje del *ius liberorum* con la capacidad sucesoria funcionaba de la siguiente manera: tener tres hijos para el varón y tres o cuatro para la mujer, según fuera ingenua o liberta, les permitía alcanzar la capacidad total sucesoria, mientras que un número inferior les suponía, al menos, una incapacidad parcial. Para este autor a las mujeres se les computaban también los hijos ilegítimos, de forma que si una viuda o divorciada dieran a luz a su tercer hijo pasado el plazo de *vacatio*, este nacimiento podía servirle para alcanzar el *ius liberorum* siendo *mater solitaria*<sup>660</sup>.

No obstante, el verdadero valor del *ius liberorum* era el regreso al régimen anterior a las leyes caducarias pues el *pater solitarius* que lo obtenía quedaba desde entonces inmune a las leyes decimarias si llegaba a contraer nuevas nupcias al aportar tres hijos que le facilitaban el acceso a la capacidad para suceder tanto frente a su nuevo cónyuge como a otras personas que no cumplieran con lo dispuestos en las leyes augusteas<sup>661</sup> y a las que podría superar.

---

<sup>658</sup> ASTOLFI (1996) 77 ss. Los hijos de matrimonio anterior aumentan en tantas décimas como hijos la capacidad para el padre o la madre en relación al otro cónyuge, mientras que si se estableciera la condición de tener hijos en otro matrimonio futuro, se podía dejar al cónyuge hasta un tercio de los bienes.

<sup>659</sup> SAMPER (1972) 18.

<sup>660</sup> SAMPER (1972) 15.

<sup>661</sup> En otro orden de cosas, la legislación caducaria relacionaba el *ius liberorum* con la sucesión intestada en los bienes del liberto, enumerando SAMPER (1972) 19 ss. tres posibles combinaciones: 1º. *Ius liberorum* en relación al liberto o liberta: Si el liberto sin *ius liberorum* fallecía, el patrono obtenía la mitad de la herencia intestada y la mitad de lo dispuesto en testamento. Si el liberto disponía del *ius liberorum*, en la sucesión testada el patrono sólo podía pedir la mitad de los bienes si no había el liberto instituido a sus descendientes. Además, si el liberto tuviera patrona, el *ius liberorum* impedía a ésta adquirir la misma posición que un patrono, negándosele la posibilidad de pedir cuota viril contra los instituidos. A partir del senadoconsulto Orficiano, los hijos de la liberta con *ius liberorum* excluyen al patrono de la sucesión intestada. En cuanto a la sucesión testada, este beneficio hacía cesar la tutela del patrono, pudiendo disponer la liberta con libertad de sus bienes, aunque para compensar la pérdida de *auctoritas*, podía el patrono pedir una cuota viril. 2º. *Ius liberorum* en relación al patrono o patrona. Para el patrono, la obtención de este beneficio no era relevante puesto que su cuota en la herencia del liberto o liberta no variaba con el número de hijos, pero sí se beneficiaba la patrona con dos o tres hijos si ingenua o liberta, y se equiparaba al patrono en la sucesión, situación aún más favorable si la patrona lo era de una liberta. En efecto, hasta la promulgación del senadoconsulto Orficiano, la patrona podría adquirir la totalidad de la herencia intestada o la mitad testamentaria. 3º. *Ius liberorum* de la descendencia agnada del patrono. El Edicto las excluía de la *bonorum possessio sine tabulis* como *contra tabulas*, y las leyes augusteas las premiaron si gozaban del beneficio, pues ya obtendrían en la sucesión del liberto lo mismo que el patrono (la mitad de la cuota en la sucesión intestada, y, en la sucesión testada, por la *bonorum possessio contra tabulis liberti*, la mitad del patrimonio del liberto que no hubiera instituido al menos a uno de sus descendientes). Asimismo, las hijas del patrono con *ius liberorum* salían beneficiadas en la sucesión de la liberta, recibiendo una cuota viril intestada o hasta la mitad en la sucesión

En definitiva, coincidimos con ASTOLFI<sup>662</sup> en que para los *orbi*, un solo hijo bastaba para adquirir esa capacidad total mientras que el *ius liberorum* les reportaría otras ventajas a ambos cónyuges. Un argumento en apoyo de esta tesis es que, en cuanto a la herencia recíproca de los cónyuges, el cómputo de hijos incluso fallecidos permitía a estos ir mejorando las expectativas sucesorias, así como los hijos de otros matrimonios, sumando décimas partes de herencia, por lo que la concesión del *ius liberorum* era a veces innecesaria.

*A sensu contrario*, podría darse el caso de personas que contrajeran nuevas nupcias habiendo conseguido ya el *ius liberorum* con su cónyuge anterior, por lo que, aun estando necesariamente relacionado este beneficio con la capacidad sucesoria, creemos que el sentido del mismo excedía de lo previsto en estas leyes y respondía a fines políticos más ambiciosos.

En otro orden de cosas, es interesante la relación entre la consideración de *mulier famosa* y una eventual concesión del beneficio del *ius liberorum*. Si se aceptara la teoría de Savigny de una imposición tardía de la incapacidad de la mujer probosa, podría aplicárseles el *ius liberorum* en época de Augusto. Acudiendo a D. 38, 17, 2, 4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) parece que la mujer así calificada no estaba afectada por la incapacidad en materia de sucesión intestada en la herencia de sus hijos, y que habrían sido admitidas por el senadoconsulto Tertuliano. Por supuesto, lo verdaderamente problemático es determinar si una mujer probosa podría gozar del *ius liberorum*, el presupuesto para que se les aplicara dicha disposición, lo que procederemos a estudiar en un epígrafe posterior.

A nuestro parecer, el senadoconsulto Tertuliano colocó en el epicentro de su regulación al *ius liberorum* como requisito exigido a la madre que aspiraba a suceder *abintestato* a su hijo fallecido, si bien se inicia a finales del siglo I d. C. un movimiento para relajar la concesión del mismo que no llega a derogarlo: así, los senadoconsultos Persiciano, Claudiano, Calvisiano o Memmiano. El florecer del *ius liberorum* por el papel destacado que le otorgara el senadoconsulto Tertuliano, seguramente lo hizo extenderse en el tiempo más siglos de lo que habría sido natural, y sólo con la abolición por Justiniano en el año 528 d. C.<sup>663</sup> quedan por fin extendidos a todas las madres los beneficios del senadoconsulto Tertuliano, tal y como expone:

---

testamentaria de la liberta sin *ius liberorum* (tras el senadoconsulto Orficiano, se va a favorecer a los hijos de la liberta).

<sup>662</sup> ASTOLFI (1996) 97 ss.; 174 ss.; 333 ss.

<sup>663</sup> C. 8, 57, 2 *Imp. Gordianus A. Zoilo. Intestata mortua quondam nuru tua neptis tua, quae ex ea filio tuo quaesita est, quandoque potest ad eius venire successionem. Nec tamen ea post mortem filii tui, ex quo quaesierat filiam, alii nuptui se collocando dotem dans prohibebatur quam vellet condicionem eidem doti dicere. Sed si mortis causa donationem in fratrem suum conferens in casum mortis suae eam dotem eundem fratrem suum stipulari passa est, cum divi Severi constitutione etiam in mortis causa donationibus, si de cetero patrimonio quantum Falcidia iubet heres extiterit eius constitutionis beneficium non prohibetur postulare. PP. X k. Febr. Gordiano A. et Aviola cons. [a. 239].*

Paulo *Sententiae* 4, 9, 8:

*Ius liberorum mater habet, quae tres filios aut habet aut habuit, aut neque habet neque habuit. Habet, cui supersunt; habuit, quae amisit; neque habet neque habuit, quae beneficio principis ius liberorum consecuta est.*

## 2. La admisión de la mujer latina como heredera de sus hijos fallecidos sin testamento<sup>664</sup>:

Un asunto tradicionalmente poco tratado en el Digesto es el relativo a la situación hereditaria de las mujeres latinas cuando fallecían sus hijos, posiblemente porque al momento de la compilación debió considerarse de poco interés dado que Justiniano había abolido las diferencias entre *latini* y *cives*:

C. 7, 6, 1 *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Cum dediticii liberti iam sublati sunt, quapropter imperfecta Latinorum libertas incertis vestigiis titubata et quasi per saturam inducta adhuc remanet et non inutilis quidem pars eius deminuitur, quod autem ex ipsa rationabile est hoc in iuss perfectum deducitur? Cum enim Latini liberti ad similitudinem antiquae Latinitatis, quae in coloniis missa est, videntur esse introducti, ex qua nihil aliud rei publicae nisi bellum accessit civile, satis absurdum est ipsa origine rei sublata imaginem eius derelinqui. 1a Cum igitur multis modis et paene innumerabilibus Latinorum introducta est condicio et leges diversae et senatus consulta introducta sunt et ea bis difficultates maximae emergebant tam ex lege Iunia quam ex Largiano senatus consulto nec non ex edicto divi Traiani, quorum plenae quidem fuerant nostrae leges, non autem in rebus fuerat eorum experimentum: studiosissimum nobis visum est hac quidem omnia et Latinam libertatem resecare, certos autem modos eligere, ex quibus antea quidem Latina competeat libertas, in praesenti autem Romana defertur condicio, ut his praesenti lege enumeratis et cives Romanos nascentibus ceteris omnes modi, per quos Latinorum nomen inducebatur, penitus conquiescant et non Latinos pariant, sed ut pro nullis habeantur. 1b Quis enim patiatum talem esse libertatem, ex qua in ipso tempore mortis in eandem personam simul et libertas et servitium concurrunt et, qui quasi liber moratus est, eripitur non tantum in modum, sed etiam in servitum? 1c Sancimus itaque, si quis per epistulam servum suum in libertatem producere maluerit, licere ei hoc facere quinque testibus adhibitis, qui post eius litteras sive in subscriptione positas sive per totum textum effusas suas litteras supponentes fidem perpetuam*

---

<sup>664</sup>KASER (1971) 243 ss.; KÜBLER (1909) 162 ss.

*possint chartulae praebere. et si hoc fecerit, sive per se scribendo sive per tabularium, libertas servo competat quasi ex imitatione codicilli delata, ita tamen, ut et ipso patrono vivente et libertatem et civitatem habeat Romanam. D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. Cc.*

En todo caso, resulta conveniente hacer mención de dos textos de Paulo, respectivamente referidos al senadoconsulto Tertuliano y al senadoconsulto Orficiano:

Paulo, *Sententiae* 4, 9, 9:

*Latina ingenua ius Quiritum consecuta si ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa.*

Paulo, *Sententiae* 4, 10, 3:

*Ad legitimam intestatae matris hereditatem filii cives Romani, non etiam Latini admittuntur. Cives autem Romanos eo tempore esse oportet, quo eis defertur et ab his legitima hereditas aditur. Perinde autem matris certiores filii fiunt, non nuntio accepto, sed pro liquido comperto, quod intestata decesserit.*

Paulo, puesto que la mujer latina no podía suceder por el *ius Quiritum* a sus hijos y, en el caso que ella misma falleciera sin testamento, no podía ser sucedida por aquéllos, muestra su interés<sup>665</sup> sobre esta cuestión que debió ser objeto de discusión por los juristas. MEINHART<sup>666</sup>, de hecho, considera la posibilidad de haber sido abordado ya por Ulpiano en su comentario *ad Sabinum*, pues la minuciosidad en el examen de un gran número de particularidades en la aplicación de ambos senadoconsultos lleva a pensar que le hiciera reparar en la situación de las *latinae*<sup>667</sup>. En cualquier caso, en tiempos de Justiniano no cabían dudas sobre su aplicación a dichas mujeres.

---

<sup>665</sup>SCHULZ (1961) 213 ss.

<sup>666</sup>MEINHART (1967) 112.

<sup>667</sup> Sin embargo, en los textos de Paulo no existe ninguna pista fiable acerca de su carácter previo o posterior a la *Constitutio Antoniana* del año 212 d. C.

### 3. Las expectativas hereditarias de la *mulier famosa*.

El análisis de los requisitos exigidos a una mujer para ser aspirante a la sucesión intestada del hijo fallecido nos conduce ahora a un tema objeto de polémica ya al tiempo de promulgación del senadoconsulto Tertuliano, debido a las implicaciones de orden jurídico, ético o incluso religioso que revestía: la posibilidad de reclamar la aplicación del senadoconsulto Tertuliano por las mujeres señaladas con infamia.

D. 38, 17, 2, 4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittatur.*

Ulpiano parece optar por considerar a la *mulier famosa* como posible heredera de su hijo *ex Tertulliano*. Pero, en realidad, existen dos cuestiones no resueltas, posiblemente por la más que previsible intervención de los compiladores recortando el texto. Por un lado, extraña la falta de concreción del concepto de *mulier famosa* y, por otra parte, en el caso de admitirse como clásica la aceptación de dichas mujeres, debía realizarse la coordinación de la condición de mujer infame con la exigencia de gozar del beneficio del *ius liberorum*<sup>668</sup> por parte de la madre aspirante a suceder a sus hijos.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, la concreción de los motivos que causaron la infamia podría discriminar los casos en los que la llamada a la sucesión de los hijos estuviera permitida de aquellos otros en los que fuera inviable. Por ello, echamos en falta la inclusión por Ulpiano de un elenco de motivos de infamia, cuando lo más natural ante una cuestión de este cariz es que se hubiese preocupado de determinar bajo qué circunstancias dicha calificación tenía como consecuencia la inaplicación del senadoconsulto Tertuliano<sup>669</sup>.

Ante la escasez de respaldo en las fuentes, resulta muy difícil aventurar el preciso tratamiento que ofreciera el senadoconsulto Tertuliano a las personas afectadas por infamia, aunque podemos intuir que el término *mulier famosa*, de haber sido tenido en cuenta por la letra de la norma, se habría presentado en un sentido bastante abstracto y para dotarlo de contenido habría sido necesario acudir a otras disposiciones, particularmente al Edicto, que sí aclaraba las razones que llevaban a la infamia y las consecuencias para las personas así marcadas. Puesto que el punto de partida del senadoconsulto Tertuliano era el interés del propio emperador Adriano en beneficiar con el acceso a la herencia intestada a personas del círculo

<sup>668</sup>*Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8; C. 8, 58, 1 *Imp. Honoris et Theodosius AA. Isidoro pu.* [a. 410].

<sup>669</sup>KASER (1956) 220 ss.

familiar estrecho del fallecido, bien pudiera ser que, desde su promulgación, se hubiera optado por no excluir expresamente a la *mulier famosa*, quien independientemente de su comportamiento, mantenía los lazos de cognación requeridos con el fallecido. Ahora bien: se hace difícil imaginar una mención expresa a la admisión de estas mujeres, dada la relevancia social de la nota de infamia y el apego de Adriano por el modelo moral y familiar augusteo. No olvidemos que precisamente las *leges Iulia et Pappia Poppaea* eran especialmente rigurosas con estas mujeres a las que prohibía el matrimonio.

Todo lo anteriormente expuesto nos induce a pensar que las discusiones jurisprudenciales debieron ser numerosas, más teniendo en cuenta que el *ius civile* nunca llegó a elaborar un listado general de las causas de infamia y que fue la *praxis* imponiendo gran cantidad de sanciones por diversos comportamientos.

D. 37, 1, 13 (Africano, 5 *quaestionum*):

*Edicto Praetoris bonorum possessio his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt neque in integrum restituti sunt. rei autem capitalis damnatus intelligitur is, cui poena mors aut aquae et ignis interdictio sit. cum autem in relegatione quis erit, ad bonorum possessionem admittitur.*

Este texto se refiere concretamente a las personas *rei capitalis damnati neque restituti* como afectados por una prohibición incluida por el pretor en el Edicto, lo que nos lleva a considerar que se mantendría en el caso de aplicar el senadoconsulto Tertuliano. Sin embargo, al tratar el senadoconsulto Orficiano, nos encontramos en D. 38, 17, 1, 6 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). Ulpiano ahora incluye como circunstancias infamantes el arrendar los servicios como luchador con animales y el no haber sido restituido de condena criminal, lo que impide a estos dos grupos de personas acudir a la sucesión de la madre fallecida sin testamento. Parece difícil que Ulpiano no se pronunciara sobre la posible infamia que pesara sobre la mujer fallecida cuyos hijos querían heredar<sup>670</sup> pero sí procediera a identificar a los hijos que fueran luchadores con animales<sup>671</sup> o *rei capitalis damnati* como excluidos de la llamada *ex Orphitiano* por su comportamiento. Por el contrario, es muy posible que el jurista siguiera ese mismo esquema definiendo qué mujeres infames aspirantes a la herencia de sus hijos estaban excluidas de la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, aun cuando la norma no hubiera profundizado

---

<sup>670</sup> Sin embargo, la prohibición dirigida al luchador con fieras poco después de promulgarse el senadoconsulto Orficiano, ya gobernando Cómodo, fue cancelada. MEINHART (1965) 230 ss. En cuanto a la del condenado no indultado, persistió hasta Justiniano.

<sup>671</sup> DELL'ORO (1960).

en dicha cuestión. Por desgracia, la única certeza a la que podemos recurrir es la referencia que nos ha llegado sobre esa cuestión en D. 38, 17, 2, 4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) que trata a la *mulier famosa* como apta para suceder sin diferenciar entre las diversas situaciones por las que aquella había sido marcada con *infamia*. Por nuestra parte, nos parece bastante razonable que ese texto tuviera en mente el concepto de mujer infame acorde a la legislación matrimonial augustea, puesto que la *lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *lex Papia et Poppaea*<sup>672</sup> habían sido de gran influencia para redactar el senadoconsulto Tertuliano.

KASER<sup>673</sup> entiende que el concepto de mujer infame relevante a efectos de aplicación del senadoconsulto Tertuliano debe necesariamente relacionarse con la prohibición de la *lex Iulia de maritandis ordinibus* impuesta para contraer matrimonio con *ingenui* a ciertas mujeres a las que Ulpiano se refiere en ocasiones como *notatae*:

D. 23, 2, 44 pr. (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*Lege Iulia ita cavetur: qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa eiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit, sponsa nuptae sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto.*

Este texto enumera las prohibiciones matrimoniales y para los *sponsales*<sup>674</sup> impuestas por la *lex Iulia* a los senadores y sus hijos, nietos y bisnietos *ex filio*, con libertas y mujeres que se dedicaban o se habían dedicado, bien ellas o sus padres, al teatro. Asimismo, prohíbe a las hijas de senadores, nietas o bisnietas *ex filio* el matrimonio con libertos y hombres que se

---

<sup>672</sup> MEINHART (1967) 117 y 18, nt. 25, sobre las menciones de *famosus*. KASER (1956) 267-268.

<sup>673</sup> KASER (1956) 220 ss.; D. 23, 2, 43, 12 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*); *Tituli ex corpore Ulpiani*, 16, 2: *Si famosam quis uxorem duxerit (...)* y *Tituli ex corpore Ulpiani*, 13, 2: *ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam*.

<sup>674</sup> ASTOLFI (1996) 20. Los compromisos que contravenían estas prohibiciones eran nulos y no simplemente irrelevantes para las *leges Iulia et Papia*. No es pacífica en la doctrina la equiparación entre el compromiso matrimonial y el propio matrimonio, aunque teniendo en cuenta que el rango senatorial rara vez se perdía, a diferencia del rango de magistrado que lo era por un período de tiempo limitado, parece lógico que se extendieran las prohibiciones a los *sponsales*. VOLTERRA (1940) 90 ss. cree que se trataba de un impedimento temporal, atendiendo a D. 23, 2, 27 (Ulpiano, 3 *ad legem Iuliam et Papiam*) de forma que de los *sponsales* podría acabar saliendo un matrimonio ilícito. ASTOLFI pone el ejemplo del matrimonio de la mujer casada con un extranjero, pues pasaba a ser lícito el matrimonio si adquiría éste la ciudadanía, por lo que no considera que se pueda hablar de impedimentos temporales. Además, D. 24, 1, 32, 28 (Ulpiano, 33 *ad Sabinum*) recoge que si en un matrimonio entre dos personas afectadas de prohibición se realizara una donación, al ser el matrimonio nulo la donación es válida y considerada realizada entre extraños aunque confiscable.

dedicaban o se habían dedicado, bien ellos o sus padres al teatro<sup>675</sup>. La rigurosidad era tal que, aunque el futuro cónyuge o sus progenitores hubieran dejado la profesión artística antes del matrimonio o compromiso, seguiría rigiendo la prohibición matrimonial. En el caso que la esposa comenzara a dedicarse a las artes escénicas, el marido podría divorciarse de ella pasando a ser *caelebs* a los efectos de las *leges Iulia et Papia*. Sin embargo, si alguno de los padres de los cónyuges pasara a ejercer como actor o actriz tras celebrarse el matrimonio, no se declararía ilícita la unión por razones de equidad. Asimismo, en el caso que un hombre casado con liberta llegara a senador, considera Paulo que el matrimonio seguía siendo lícito a fin de conservar la unidad familiar<sup>676</sup>:

D. 23, 2, 44, 6-7 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*Si postea ingenuae uxoris pater materve artem ludicram facere coeperit, iniquissimum est dimittere eam debere, cum nuptiae honeste contractae sint et fortasse iam liberi procreati sint. Plane si ipsa artem ludicram facere coeperit, utique dimittenda erit.*

También entiende más justa esta solución la siguiente constitución de Justiniano:

C. 5, 4, 28 *Imp. Iustinianus a Iohanni pp. Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus, an solvatur matrimonium, apud Ulpianum quaerebatur, quia lex Papia inter sentares et libertas stare conubia non patitur. 1. Nos igitur dei sequentes iudicium non patimur in uno eodemque conubio mariti felicitatem uxori fieri infortunium, ut, quantum vir in altum tollatur, tantum et coniux eius decrescat, immo magis penitus depereat. 2. Absit itaque a nostro tempore huiusmodi asperitas et firmum maneat matrimonium et uxor marito concreseat et sentiat eius fulgorem stabileque maneat matrimonium ex huiusmodi superventu minime deminutum. 3. Simili modo si privati hominis filia ad liberti veniat connubium et postea pater mulieris ad senatoris dignitatem fuerit elatus, taceat Papiae legis crudelissima sanctio et neque per hunc modum dissolvatur matrimonium inter facti senatoris filiam et libertum, ne soceri prosperitas sine genero inveniatur. 4. Melius est enim legis Papiae severitatem in utroque casu compescere, quam eam sequendo hominum*

---

<sup>675</sup> ASTOLFI (1996) 16 ss.: A los efectos de esta prohibición, se considera hijo al adoptivo y al dado en adopción, así como al emancipado, al igual que los padres de los artistas pueden ser naturales o adoptivos siempre que hayan nacido de matrimonio legítimo. Las madres de los artistas pueden haberlos tenido fuera de matrimonio legítimo, es decir, los artistas *vulgo concepti*.

<sup>676</sup> ASTOLFI (1996) 17 ss. Para el caso opuesto, si dejara de ser senador estando casado con mujer liberta, el matrimonio sería en ese momento lícito para las leyes augusteas D. 23, 2, 27 (Ulpiano, 3 *ad legem Iuliam et Papiam*). SOLAZZI (1939) 49-67.



*matrimonia dispergere non ex vitio mulieris et mariti, sed ex prospera alterutrius partis fortuna: cum enim ex una radice vitium nascitur, consequens est, una lege tollatur.*

[ a. 531 vel 532].

Las prohibiciones de matrimonio aplicables a personas de dignidad senatorial e incluso las referidas a los ingenuos no regían para los libertos. Los hijos de familia senatorial que hubieran perdido la dignidad sí podrían contraer matrimonio lícito para las *leges Iulia et Papia*, como demuestra:

D. 23, 2, 47 (Paulo, 2 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem ludicram fecerit, aut iudicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit: nec enim honos ei servatur, quae se in tantus foedum deduxit.*

Ciertamente, la determinación de la influencia de la infamia en las aspiraciones de la madre a la herencia intestada de su hijo no puede circunscribirse a las mujeres de clase senatorial. Así pues, hemos de detenernos en las prohibiciones matrimoniales que Augusto impuso a ingenuos y libertos, los *ceteri ingenui* que, por supuesto, afectaban también a los senadores. Como veremos, la gravedad de los hechos que habían causado la infamia es tal que no es de extrañar que llegaran a quedar afectadas las expectativas sucesorias:

*Tituli ex corpore Ulpiani*, 13, 1:

*Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corporem quaestum facientem.*

*Tituli ex corpore Ulpiani*, 13, 2:

*Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone lenave manumissam et in adulterio deprehensam et iudicio publico damnatam et quae artem ludicram fecerit: adicit Mauricianus et a senatu damnatam.*

Los ingenuos tenían prohibido el matrimonio con prostitutas o ex prostitutas<sup>677</sup>, proxenetas<sup>678</sup>, adúlteras condenadas o sorprendidas durante la comisión de la infidelidad<sup>679</sup> y con aquellas mujeres *iudicio publico damnatae*<sup>680</sup>. Una vez que se obtenía la condena por adulterio, se requería el divorcio pues si el marido no se divorciaba de la adúltera estaría él mismo incurriendo en prohibición matrimonial, lo que demuestra que la condena *per se* no conllevaba la nulidad del matrimonio. En relación a las condenadas por adulterio, la *lex Iulia de adulteriis coercendis*<sup>681</sup> les prohibía también el matrimonio<sup>682</sup>, persiguiendo penalmente a quienes no respetaran la norma. Aun así, es dudoso que el matrimonio fuera declarado nulo cuando el cónyuge era persona diferente del cómplice, aunque conocemos que, en tiempos de Papiniano, el matrimonio entre reos de adulterio era considerado nulo.

Un texto problemático es el siguiente:

D. 23, 2, 43, 10 (Ulpiano, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*Senatus censuit non conveniens esse ulli senatori uxorem ducere et retinere damnatam publico iudicio, quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas.*

El pasaje hace mención a la *mulier iudicio publico damnata*, al igual que *Tituli ex corpore Ulpiani* 13, 2, pero en relación a un senadoconsulto que prohibía el matrimonio de los senadores con este tipo de mujeres, posiblemente emitiendo el Senado la condena penal. Por un lado, estas mujeres no coincidirían con aquellas *in adulterio deprehensae* con las que ningún ingenuo podía casarse, pero tampoco esta norma coincide con aquella en la que Marco Aurelio declaraba expresamente la nulidad de los matrimonios prohibidos a los senadores. ASTOLFI<sup>683</sup> cree que se trataría de aquellas mujeres *quae corpore quaestum vel artem ludicam fecerit*, añadiendo la exigencia al senador de divorciarse, pues el matrimonio era válido para el *ius civile*, aunque ilícito para las leyes augusteas.

*Tituli ex corpore Ulpiani*, 13, 1 tiene el valor de enumerar un elenco de prohibiciones matrimoniales legales impuestas a los *ingenui* de cualquier clase social. ASTOLFI explica que,

---

<sup>677</sup> D. 23, 2, 43 pr.-5 (Ulpiano, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>678</sup> D. 23, 2, 43, 6-9 (Ulpiano, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>679</sup> D. 23, 2, 43, 12 y 13 (Ulpiano, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>680</sup> D. 23, 2, 43, 10 (Ulpiano, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>681</sup> ROTONDI (1990) 445; 507.

<sup>682</sup> ASTOLFI (1996) 3 ss. considera que debe extenderse al compromiso matrimonial.

<sup>683</sup> ASTOLFI (1996) 135 ss.

al redactarse el *Epítome*, se producen discordancias con el Digesto como que las prohibiciones de matrimonio con artistas o ex artistas y sus hijos dirigidas a los senadores se atribuyan también a los ingenuos. En su opinión, el caso de la *mulier iudicio publico damnata* debía afectar tan sólo a los senadores por el mencionado senadoconsulto de Marco Aurelio<sup>684</sup> y Cómodo, aunque se extendió indebidamente por el *Epítome* a todos los *ingenui*<sup>685</sup>.

El elenco resulta de utilidad en relación a la prohibición dirigida a los pertenecientes a la clase senatorial de contraer matrimonio con libertos:

D. 23, 2, 23 (Celso, 30 *digestorum*):

*Lege Papia cavetur, omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere*<sup>686</sup>.

En efecto, el hecho que Augusto no concediera el *ius conubium* a los libertos no suponía considerar ignominiosa la situación de quien se casaba con ellos sin pertenecer a la clase senatorial. Por tanto, la mujer liberta ostentaría la dignidad de *materfamilias* y sus hijos sería *ingenui*, una medida que en realidad favorecía el matrimonio por razones demográficas, a la vez que mostraba la cercanía a las costumbres sociales tendentes a la equiparación de libertos e ingenuos. También es cierto que no todas las familias miraron con buenos ojos esos matrimonios, y que, en ocasiones, estuvieron en el punto de mira de las normas legales<sup>687</sup>.

Una vez que hemos identificado a las *famosae*, siguiendo la definición de *Tituli ex corpore Ulpiani* 13, 1 con aquellas con las que ningún ingenuo podría contraer matrimonio, ha llegado el momento de abordar la segunda cuestión planteada en relación a estas mujeres: ¿cómo compaginar su situación con la exigencia, aun desaparecida de los textos por obra de los compiladores, al *ius liberorum*<sup>688</sup>?. Seguramente, no hubo de esperarse a la época justiniana<sup>689</sup> para que las mujeres sin *ius liberorum* fueran admitidas a la herencia de sus hijos fallecidos sin

---

<sup>684</sup> Para Marco Aurelio y Lucio Vero, los hijos de un matrimonio son *iusti* sólo si cumplen los requisitos matrimoniales de las leyes augusteas.

<sup>685</sup> D. 48, 5, 14, 2 (Escévola, 4 *regularum*): *Marito primum vel patri eam filiam, quam in potestate habet, intra dies sexaginta divortii accusare permittitur, nec ulli alli id tempus agendi potestas datur, ultra eos dies neutrius voluntas expectatur. lure mariti qui accusant, calumniae periculum non evitant.* Paulo, *Sententiae* 4, 8, 4. VACCARO DELOGU (1941) 41 ss.

<sup>686</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani*, 16, 2.

<sup>687</sup> D. 23, 2, 47 (Paulo, 2 *ad legem iuliam et Papiam*).

<sup>688</sup> No encontramos pistas de si el *ius liberorum* en esa época aún se concedía en una ceremonia pública, o si podía solicitarse sin haber dado a luz a los tres (o cuatro) hijos.

<sup>689</sup> Instituciones, 3, 3, 4 sobre la derogación por Justiniano. KASER (1975) 258 ss.; Código Teodosiano 5, 1, 1 es una constitución del año 318 d. C. que otorga el derecho de suceder a una mujer sin *ius liberorum*.

testamento<sup>690</sup>, aunque es cierto que el senadoconsulto Tertuliano lo exigía. Ciertamente, a finales del siglo II d. C. quedaban ya lejanas en el tiempo las prohibiciones matrimoniales augusteas, por otra parte tan contestadas desde su promulgación<sup>691</sup>. En cuanto *leges imperfectae*, los ciudadanos buscaron siempre la forma de vulnerarlas, alentados por la falta de sanciones. Puesto que en numerosas ocasiones directamente fueron ignoradas, habían nacido muchos hijos de matrimonios prohibidos y Marco Aurelio decidió someter de nuevo a una muy estricta vigilancia los matrimonios sospechosos de infringir las prohibiciones, llegando a establecer incluso un significativo incremento de las mismas.

No nos resulta extraño que, al redactar Ulpiano su comentario *ad Sabinum*, se hiciera eco de este problema<sup>692</sup> y se planteara la admisión de la *mulier famosa* a la herencia de sus hijos. Por un lado, la realidad mostraba que la legislación augustea matrimonial había sido obviada a veces de forma muy imaginativa; por otro, los redactores del senadoconsulto Tertuliano habían tenido en mente a mujeres que cumplían con la ley augustea asumiendo con cierta ingenuidad que las madres que quisieran heredar a sus hijos tendrían una situación acorde a la legislación matrimonial. Una discreta mención al *ius liberorum* debería servir para indicar a los ciudadanos que se estaba pensando en mujeres de vida honorable, casadas legítimamente conforme a la *lex Papia et Poppaea* como las llamadas a reclamar la herencia de sus hijos: sólo esas mujeres de comportamiento moral exquisito eran dignas de ser herederas civiles de sus hijos premuertos.

No obstante, aun siendo éste el pensamiento del legislador al momento de la promulgación del senadoconsulto Tertuliano, las prohibiciones para el *matrimonium secundum leges Papiam Poppaeam* posiblemente se habrían reducido y las fuentes nos transmiten la voluntad de los juristas del siglo II d. C. de buscar una solución equitativa, pese a que Marco Aurelio volviera a endurecer las ya de por sí estrictas leyes del matrimonio. Precisamente en este sentido, para justificar la actitud de los juristas ante esa problemática, es conveniente acudir de nuevo a D. 23, 2, 44, 6 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*).

Paulo al tratar en su comentario a las leyes augusteas la prohibición de contraer matrimonio dirigida a la mujer que *artem facit fecerit*, o cuyo padre o madre se hubieran dedicado a ello, refiere el caso en que, tras haberse contraído el matrimonio, se dedicaran a estas actividades la esposa o su padre o su madre por vez primera. Puesto que existía una

---

<sup>690</sup> KÜBLER (1910) 194 ss.; (1909) 171 ss.

<sup>691</sup> Marco Aurelio promulga el senadoconsulto Orficiano y sigue una postura muy restrictiva con los matrimonios que incumplían las prohibiciones de las leyes augusteas, considerando a los hijos nacidos de esas uniones como ilegítimos. D. 23, 2, 57 (Marciano, 2 *institutionum*); D. 23, 2, 16 pr. (Paulo, 35 *ad edictum*). CUENA BOY (2004) 99-108.

<sup>692</sup> KASER (1956) 263 ss.

prohibición legal de matrimonio si la esposa *fecerit ludicram artem* antes del matrimonio, la aplicación rigurosa de la norma conducía a la prohibición de que el matrimonio continuara. Pero, para el caso que fuera el uno de los padres de la esposa quien posteriormente al matrimonio practicara las artes escénicas, no se debía perjudicar al matrimonio existente.

MEINHART<sup>693</sup> se hace eco de la discusión doctrinal sobre este texto, considerado por BESELER y SOLAZZI<sup>694</sup> obra justiniana en su parte última. BONFANTE<sup>695</sup> va más allá y entiende la pieza entera como interpolada, por su más que razonable paralelismo con la constitución C. 5, 4, 28 *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* [a. 531 vel 532].

Sin embargo, la autora austríaca apuesta por la autenticidad del fragmento, pues cree que en el caso de la esposa cuyos padres se dedicaran al teatro Paulo se habría planteado una vía que mitigara la dureza de la disolución del matrimonio cuando no había culpa de la esposa, pues era contrario a la sensibilidad social una separación del matrimonio de la hija por conductas indecorosas de sus progenitores. Es evidente que si Paulo apoyara la teoría oficial de obligar a la separación de los cónyuges en todo momento no debería tratar por separado los dos casos, es decir, el de la hija que se convierte en actriz y el de los padres artistas escénicos tras contraer matrimonio su hija.

En relación a la constitución mencionada, cabría hacer las siguientes puntualizaciones: en principio, Justiniano comienza recurriendo a Ulpiano en la cuestión de si el matrimonio de un senador debía disolverse por los requisitos incumplidos por la esposa, lo que parece indicar que hacía tiempo se venía demandando una solución de este tipo. Ulpiano concluía que el matrimonio era lícito si el senador perdía su *dignitas*. En segundo lugar, Justiniano no acepta que se disuelva un matrimonio si una de las partes involucradas no cumpliera posteriormente los requisitos, pues se estaría perjudicando a la pareja, y, como tantas otras veces, recurre a la enseñanza de los *veteres auctores*: la opinión de Ulpiano en el *principium* da la apariencia de estar, a su vez, inspirada en las *leges augusteas* y su regulación del matrimonio, a la que contradice mostrando una imagen benévola de hombre bondadoso que abogaría por la felicidad de una pareja injustamente separada. A continuación, ya en el párrafo segundo, Justiniano introduce dos argumentos principales: que la felicidad del hombre no debe provocar la desgracia de la mujer, y que el matrimonio entre las personas en cuestión debe seguir

---

<sup>693</sup> MEINHART (1967) 124 ss.

<sup>694</sup> BESELER (1910) 3, 87; SOLAZZI (1925) 318 ss.

<sup>695</sup> BONFANTE (1974) 278 ss. cree que los compiladores justifican la clemencia de Justiniano, pues la única causa del bienestar del marido no debía causar otro desastre como destruir un matrimonio porque uno de los padres de la esposa se hubiera vuelto infame por su posterior trabajo como actor. MEINHART (1967) 125. El senador cae bajo la prohibición del matrimonio porque su rango superior le obligó a la particular cuidada selección de su esposa y el infame tiene también prohibido el matrimonio, debiendo serles autorizadas las excepciones a ellos y sus hijos por rescripto del emperador.

existiendo para, ya en el párrafo tercero, referirse a D. 23, 2, 26 pr. (Paulo, 35 *ad edictum*) en el que el padre de un nacido libre casado con liberta llegaba a la dignidad de senador, negando que la *lex Papia* tuviera efecto alguno y debiendo mantenerse el matrimonio del hijo del senador. Finalmente, Justiniano en el párrafo cuarto decide mostrar clemencia en ambos casos, pues no se ha producido una violación de la ley por los esposos en el momento de contraer matrimonio<sup>696</sup>.

Es cierto que los casos referidos a las prohibiciones matrimoniales por diferencia de clases no tienen la misma solución que aquellas prohibiciones debidas a la infamia de uno de los cónyuges, y el mismo hecho que en C. 5, 4, 28 *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* [a. 531 vel 532] Justiniano se esfuerce en ofrecer tantas explicaciones es una muestra de que el apoyo a la continuidad de esos matrimonios no era una decisión tradicional. Así pues, los compiladores no habían sido los creadores del texto de Paulo dado que no necesitaban justificarse de nuevo. Por su parte, la decisión originaria de Paulo habría sido favorable a proteger el matrimonio preexistente a pesar de que el padre o la madre de la novia después *facere ludicram artem*, una postura del jurista en contra de lo señalado por la ley. MEINHART<sup>697</sup> rechaza que D. 23, 2, 44, 6 (Paulo, 1 *ad legem Iuliam et Papiam*) sea obra de los compiladores y responde a BONFANTE, BESELER Y SOLAZZI<sup>698</sup> que optar por la continuidad del matrimonio antes que por su separación cuando los padres de la mujer se apartaban de los requisitos era una apuesta decidida por la equidad.

Es el momento de presentar unas conclusiones sobre la admisibilidad a la herencia intestada de sus hijos de la mujer famosa y la posibilidad de que, en una misma mujer, coincidieran esa calificación y la posesión del *ius liberorum*. La continua mención a las *leges augusteas*, tan inflexibles como contestadas socialmente, nos ha servido para definir el concepto de mujer infame como el de aquellas mujeres que no podrían contraer matrimonio con los ingenuos<sup>699</sup>. Tal y como hemos visto en el texto de Paulo que acabamos de analizar, en ocasiones la *pietas* se impuso en la interpretación de los juristas, favorables al mantenimiento de la relación conyugal aun cuando alguno de los esposos incurriera en causa de prohibición. Parece que la solución se ve especialmente acertada cuando la vulneración de esas normas no

---

<sup>696</sup> VOCI (1968) 405 ss.

<sup>697</sup> MEINHART (1967) 125 ss.

<sup>698</sup> BONFANTE (1974) 278 ss.; BESELER (1910) 3, 87 y SOLAZZI (1925) 318 ss.

<sup>699</sup> Desde otra óptica, VOCI (1968) 400 ss. entiende que el concepto de *mulier famosa* en cuanto a la aptitud de suceder *ex Tertulliano* debería ponerse en relación con la noción de *mulier probosa* a la que Domiciano considera incapaz de suceder. Así, las sucesión *ex Tertulliano* de esas mujeres sería un aspecto de la regla general, puesto que las disposiciones caducarias se referían en realidad al testamento

se había planteado al celebrar el matrimonio, sino con posterioridad al mismo, y más aún si los comportamientos poco decorosos provenían de los parientes de los cónyuges.

Pero, ¿cómo plantear la situación de una mujer que gozara del *ius liberorum* y luego cayera en infamia? ¿Podría ser admitida a suceder a su hijo fallecido sin testamento? Seguramente ese caso se le habría planteado a Ulpiano, todo un desafío a las normas aplicables conformes a la situación jurídico-política creada por Marco Aurelio, quien había aumentado el control de los matrimonios desiguales. Podemos imaginar el descontento social ante esa regresión, y puede que Ulpiano se hiciera eco del sentir de los romanos y se decantara por la solución más equitativa ante un nuevo previsible incremento de las elusiones a las prohibiciones.

Es cierto que había variado el papel de la mujer en la sociedad imperial respecto a los primeros años del Principado, pero también es incontestable que el senadoconsulto Tertuliano nace influenciado por los términos de la *lex Papia Poppaea*. El *ius liberorum* fue exigido por Adriano a las madres para suceder a sus hijos. Pero ese instituto había nacido como una concesión por interés demográfico y moral y se había ido despojando con el tiempo de esa pátina, de forma que se concedía arbitrariamente por gracia del emperador, llegando a ser una mera formalidad que ni siquiera era siempre necesaria. Por ello, entendemos que, aun cuando las madres en las que pensara Adriano fueran mujeres viudas o divorciadas que habían contraído matrimonios legítimos y que gozaban del *ius liberorum*, las diversas situaciones planteadas pidiendo la aplicación del senadoconsulto Tertuliano indujeron a una apertura del modelo. De esta manera, si una viuda aspiraba a heredar a su hijo, habiendo contraído matrimonio de acuerdo a las leyes de Augusto careciendo del *ius liberorum*, siempre se la podría dispensar como si el matrimonio todavía existiera. Una vez que se empezaron a admitir este tipo de excepciones, ¿por qué no admitir que cuando redacta Ulpiano los comentarios *ad Sabinum*, pudiera concebirse que la viuda con *ius liberorum* que cayera en infamia por convertirse en actriz adquiriera la herencia de sus hijos? ¿En el caso de una mujer con *ius liberorum* cuyos hijos habían nacido de matrimonio prohibido por esa leyes, podría aceptarse la sucesión de la madre fingiendo que había un legítimo matrimonio?

Recordemos que el senadoconsulto Orficiano, generoso en la vocación de los hijos ilegítimos que no habían nacido de matrimonio acorde a las reglas matrimoniales augusteas, a cambio excluyó a ciertos hijos de mala vida de la herencia legítima de sus madres, como si en el primer caso exculpara a los hijos de las inmoralidades de los padres, pero no de las cometidas por ellos mismos. Pero, a diferencia de lo prescrito por Marco Aurelio para el senadoconsulto Orficiano, Adriano no había prohibido expresamente el acceso a la herencia a

ciertas mujeres por la vida que llevaban desde la premisa que exigir el *ius liberorum* salvaba el elemento moral.

Por nuestra parte creemos que puede definirse D. 38, 17, 2, 4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) como un texto "recortado", pues Ulpiano debió ser más concreto ya que realizaba una apuesta valiente por admitir a la herencia *ex Tertulliano* a mujeres para las que no estaba originalmente diseñado, procediendo, al menos, a enumerar los casos de infamia que pudieran salvarse de la exclusión de la aplicación del senadoconsulto<sup>700</sup>. Caso a caso, se habría analizado la conveniencia de admitir a ciertas mujeres como herederas de sus hijos, independientemente de que cumplieran con los requisitos de las leyes augusteas. Lo que no obstaba a que el *ius liberorum* siguiera siendo un requisito para la posible consideración de la madre como heredera de sus hijos, lo que prolongó la vida de la institución hasta Justiniano.

En definitiva, podemos decir que al tratarse las leyes augusteas de normas de gran dureza e impopulares prácticamente desde que vieron la luz, los juristas acudían para aplicar la regulación del senadoconsulto Tertuliano en ocasiones a principios diferentes, en la búsqueda de soluciones más equitativas sobre todo para socorrer a madres que, caso de ser excluidas, se verían en una delicada situación económica<sup>701</sup>. Caso contrario, el rechazo generalizado de las leyes augusteas por la sociedad romana habría encontrado un nuevo acicate en el desamparo económico de dichas mujeres.

Desgraciadamente, la escasez de fuentes, difícilmente nos permite responder a si la infamia fue un obstáculo para ganar el *ius liberorum*, y, en contrapartida, si dicho derecho podía perderse por la infamia. Tan sólo podemos aventurar que, puesto que el *ius liberorum* había otorgado gran importancia al número de hijos en una época ya lejana, cuando la repoblación de Roma era un factor clave de la política de Augusto, los tiempos nuevos harían que se relacionara con un comportamiento moral correcto y conforme a la *lex Papia*, de forma que fuera realmente sorprendente su concesión a quien incumpliera esos requisitos morales.

---

<sup>700</sup> MEINHART (1967) 121. La tendencia a endurecer las leyes sobre el matrimonio de Marco Aurelio no se relacionaba con el *ius liberorum*, que ya no era considerado prioritario, por lo que no se desarrollaron normas para excluir su adquisición por mal comportamiento, ni hay textos sobre su pérdida por la misma razón.

<sup>701</sup> El padre precedía a la madre en la herencia de los hijos.



### III. El sistema de prelación entre los distintos parientes del fallecido.

#### 1. La preferencia de los descendientes del fallecido sobre la madre.

Hasta el momento, hemos tratado de identificar los requisitos exigidos por el senadoconsulto Tertuliano a la persona fallecida y a su madre en cuanto aspirante a sucederle *abintestato*, lo que ha puesto de manifiesto la relevancia que otorgaba la disposición senatorial impulsada por Adriano a los lazos de sangre entre madre e hijo.

La manifestación más evidente del reconocimiento del parentesco de cognación sería la conservación de las expectativas sucesorias por parte de la madre aun el caso que hubiese cambiado el *status familiae* del fallecido, por ejemplo, por haber sufrido una *capitis deminutio minima*<sup>702</sup>. No obstante, el respeto al antiguo régimen patrimonial de la familia romana se mantuvo en todo caso, pues si la persona fallecida o su madre fueran *alieni iuris*, el *paterfamilias* de cada uno de ellos sería el evidente destinatario de los bienes hereditarios<sup>703</sup>.

Un asunto que preocupaba especialmente al legislador era la posible concurrencia de parientes del fallecido, para lo cual el senadoconsulto Tertuliano establecería un complejo sistema construido sobre el principio básico de la primacía de los descendientes del fallecido sobre los demás parientes. En ciertas situaciones especiales, se llegará al extremo de suspender el derecho de la madre a la sucesión precisamente en consideración a los descendientes del causante.

#### 1.1. El llamamiento a los *sui heredes* y *bonorum possessores unde liberi*.

En el supuesto que el fallecido intestado fuera persona *sui iuris* que había dejado al morir a sus hijos, *sui* o emancipados, varones o hembras, naturales o adoptivos, e incluso descendientes ulteriores que ocupaban por *successio in locum* el lugar de sus ascendientes premuertos, la madre del fallecido perdería sus expectativas sucesorias quedando postergada por los parientes pertenecientes a la clase *unde liberi* pretoria<sup>704</sup>. Si atendemos a la enumeración anterior, se hace evidente que la madre superaría tan sólo a los hijos naturales

---

<sup>702</sup>D. 38, 16, 11 (Pomponio, 10 *ad Quintum Mucium*); D. 38, 17, 1, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); ); D. 38, 17, 1, 8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); D. 38, 17, 2, 13 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); Instituciones, 3, 4, 2.

<sup>703</sup>D. 38, 17, 1, 6 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*); D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orfitianum*); Gai. 3, 2 y 3, 4 pr.

<sup>704</sup>Por ello, D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) los llama *liberi*.

entregados en adopción a otra familia (aunque la doctrina se encuentra dividida en este aspecto) y a los hijos adoptivos del fallecido que posteriormente fueron emancipados.

Por otra parte, Instituciones, 3, 3 afirma explícitamente que, originariamente, los hijos de las hijas no eran preferidos a la madre de la persona fallecida. Serían constituciones del Bajo Imperio, como Código Teodosiano 5, 1, 3 y Código Teodosiano 5, 1, 8, del año 426 d. C. las que les reconocen sus derechos preferentes<sup>705</sup> a los nietos *ex filia*. Asimismo, una constitución de Antonino Pío dispuso que los hijos del hijo dado en adopción a otra familia dividieran la herencia con la madre del difunto, norma que se considera punto de partida de las reformas postclásicas<sup>706</sup>.

El principio general del desplazamiento de la madre por los descendientes de su hijo fallecido es, sin duda, uno de los pilares del senadoconsulto Tertuliano y así queda expuesto en:

*Tituli ex corpore Ulpiani 26, 8:*

*Intestati hereditas filii ad matris ex lege duodecim tabularum non pertinet. sed si ius liberorum habeat, ingenua trium libertina quattuor, legitima heres fit ex senatus consultum Tertullianum, mater legitima heres fit ex senatus consulto Tertuliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus; quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

En efecto, estas palabras de Ulpiano nos explican las limitaciones impuestas por la reforma adrianea a la madre del fallecido intestado, dado que no serían sólo los descendientes del fallecido quienes la superarían, sino también el padre natural o los hermanos consanguíneos del causante. En cuanto a las hermanas consanguíneas, se producía el reparto de la herencia con la madre. Realmente, puede decirse que el senadoconsulto Tertuliano beneficiaba a la madre del fallecido cuando concurría con parientes a partir del tercer grado colateral, lo que de por sí es un importante avance y permite calificar como innovadora a la norma. La herencia intestada permanecía estática desde la Ley de las XII Tablas y las reformas del Edicto pretorio, y el senadoconsulto Tertuliano no llegaría a dar el paso decisivo de primar la cognación sobre la agnación en todo caso. Seguramente, los juristas debieron recibir gran cantidad de consultas, tal

---

<sup>705</sup> D. 38, 17, 2, 7 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); D. 38, 17, 2, 5 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*); D. 38, 17, 5, 1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*) D. 38, 17, 10, 1 (Pomponio, 2 *ad senatusconsultum*); Instituciones, 3, 3, 3.

<sup>706</sup> D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) recuerda ese *decretum*, pues habla de la hija del fallecido y menciona que hubo una adopción, mientras que las hijas de hijas eran cognadas sin adopción.

y como se desprende de los textos que nos han llegado, produciéndose supuestos muy interesantes de conflictos entre parientes diversos que competían por la herencia. En particular, debemos referirnos al amplio tratamiento realizado por Ulpiano acerca del sistema de prelación que conocemos bien por el libro 13 *ad Sabinum*, bien por el texto del *Epítome Ulpiani*. En efecto, el jurista se preocupa de señalar unas bases para solventar estas situaciones siendo, como no podía ser de otra manera, el primer grupo de personas llamadas a suceder en caso de fallecimiento intestado los *filii* del fallecido, ya fueran *sui heredes* reconocidos por el *ius civile* o *bonorum possessores* según el orden pretorio, lo que lleva a aceptar también entre ellos a los *emancipati* (más dudosamente, a los hijos dados en adopción a otra familia).

D. 38, 15, 1 pr. (Modestino, 6 *pandectarum*)<sup>707</sup>:

*Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor.*

Instituciones 3, 3, 3:

*Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primi gradus sive ulterioris. sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori.*

D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam femini, tam naturales quam adoptivi matremque excludunt, bonorum possessores vero etiam non sui et quidem soli naturales. adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus: nam licet sit emancipatus. bonorum possessione accepta matri obstabit.*

En relación al último de estos fragmentos, las distinciones *tam virilis sexus quam femini* y *tam naturales quam adoptivi* podrían ser fruto de la intervención de los compiladores<sup>708</sup>. En

---

<sup>707</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani*, 28, 8 se refiere a los adoptivos, y aunque no aclara que acabando la adopción ya no pertenecen a la clase *unde liberi*, previamente en *Tituli ex corpore Ulpiani*, 28, 3 se había tratado este tema.

esencia, el pasaje coincide bastante con el contenido el fragmento del *Epítome* y con el texto de Modestino, así como con la breve pero clara especificación de las Instituciones: por ello, entendemos que no puede negarse por completo su autoría ulpiana. Así pues, y salvando lo anterior, nos resulta especialmente significativo que la primera mitad de *Tituli ex Corpore Ulpiani* 26, 8 mencione a *heredes* y *bonorum possessores* conjuntamente como preferidos a la madre.

La Ley de las XII Tablas, y si acaso, la *lex Voconia*<sup>709</sup>, eran las fuentes de *ius civile* que marcaban los requisitos para acceder a la *hereditas*. Pero, siendo una disposición de *ius novum*, el senadoconsulto Tertuliano conectará los requisitos exigidos al heredero civil con los requisitos impuestos por el edicto pretorio al *bonorum possessor* de manera que, si hay un ámbito en el que la necesaria coordinación de llamamientos pretorios y civiles produce abundantes controversias y las consecuentes consultas a los juristas, era el régimen de concurrencias entre parientes.

El análisis de las fuentes nos permite asegurar que la decisión de admitir a los llamados por los dos sistemas fue tratada por otros juristas que comentaron el edicto y por el mismo Justiniano en su compilación, aunque erróneamente pudiera pensarse que, siendo el senadoconsulto Tertuliano *ius civile novum*, sólo se dirigiría a los *heredes* del *ius civile* como preferentes a la madre del fallecido. Por supuesto, la llamada por el *ius novum* como herederos legítimos a los hijos emancipados con el consiguiente desplazamiento de la madre del fallecido, desde un punto de vista dogmático, revistió gran importancia, pues esos *liberi* cuyo mejor derecho derivaba del edicto<sup>710</sup> habían sido postergados hasta entonces por el *ius civile*.

La voluntad de Adriano habría sido, por tanto, innovar el régimen anterior sin provocar, puesto que la sociedad de su tiempo aún no se encontraba preparada, un giro copernicano en la sucesión legítima que hubiera colocado las expectativas de la madre del fallecido en el primer lugar entre los parientes. En este sentido, la posición<sup>711</sup> de la madre estaría claramente limitada por el *ius civile* a favor de los *liberi* pues, si bien se quiere con el senadoconsulto Tertuliano conceder una ventaja hereditaria para las madres que han alcanzado el *ius liberorum*, no se pretende romper con la estructura de la herencia legítima civil ni pretoria existentes, lo que habría encontrado una gran oposición social y dogmática. Sin embargo, LA PIRA<sup>712</sup> considera que la frase *bonorum poseessores vero etiam non sui et quidem naturales* se debe a la

---

<sup>708</sup> MEINHART (1967) 181 ss.

<sup>709</sup> KASER (1971) 575 ss.; Gai. 2, 274, pues debía hablar de *heres*.

<sup>710</sup> No sólo *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 8 dice *mater fit heres*, sino en D. 38, 7, 2, 4 (Ulpiano, 46 *ad edictum*), texto en línea con Gai. 3, 32.

<sup>711</sup> NIEDERMAYER (1930) 93 ss.

<sup>712</sup> LA PIRA (1930) 285 ss.

intervención justiniana, y no cree que el senadoconsulto Tertuliano (ni tan siquiera los juristas en su *interpretatio*) hubieran considerado la aplicación de esta norma a los hijos dados en adopción, aunque el estudioso italiano aceptaría incluir entre los *liberi* a los hijos emancipados que no formaran parte de una nueva familia.

## 1.2. El llamamiento a los hijos adoptados y luego emancipados.

El supuesto más complejo y discutido vendría a ser el reflejado en la segunda mitad de D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): (...) *adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus: nam licet sit emancipatus, bonorum possessione accepta matri obstabit.*

Ciertamente, es discutible una preferencia de los hijos adoptivos luego emancipados por su padre adoptivo sobre la madre del fallecido, dado que es difícil de justificar la entrada en la herencia de parientes ya alejados del círculo más estrecho del fallecido. No obstante, hay un caso muy particular, tratado por Ulpiano:

D. 37, 8, 1, 9 (Ulpiano 40 *ad edictum*):

*Si pater ex duobus filiis, quos in potestate habuit, alterum emancipaverit et nepotem ex eo in locum filii adoptaverit et praeterito emancipato decesserit: Iulianus ait nepoti in locum filii adoptato succurri oportere, ut quasi filius portionem habeat, quam haberet et si extraneus adoptatus esset. sic fiet, inquit, ut filius, qui in potestate fuit, tertiam partem, nepos in locum filii adoptatus aliam tertiam emancipatus filius cum nepote altero retento in potestate partiatur: nec enim minus debet ferre nepos in locum filii adoptatus, quam si ab extraneo esse adoptatus.*

D. 37, 4, 3, 3 (Ulpiano, 39 *ad edictum*):

*Si filium habens et ex eo nepotem in locum filii nepotem adoptavero, ambo admittetur, plane si fuerit emancipatus nepos, non admittetur, quia pater eum praecedat.*

El supuesto se refiere a la adopción por el abuelo de su nieto natural, al que luego emancipa. Para el caso de fallecimiento del nieto, el jurista ofrece una solución absolutamente inusual, y que podría ser relacionada con los cambios que se muestran en las fuentes sobre el tratamiento de los hijos biológicos y de los adoptados. En efecto, en el caso del varón adoptado

por su abuelo, supuesto del que hay algunos textos de interés<sup>713</sup>, la adopción podría ser de carácter temporal tras la emancipación del padre del niño, estando siempre en mente del adoptante la emancipación, de forma similar a lo que se expresa en:

D. 37, 4, 3, 7 (Ulpiano, 39 *ad edictum*) :

*Si quis filio suo emancipato nepotem, quem ex eo retinuerat, dederit in adoptionem, nepos iste ad contra tabulas bonorum possessionem avi sui admittitur patre eius ante defuncto, quia in eius est familia, qui et ipse admitti potuit ad bonorum possessionem contra tabulas.*

Así como en este otro pasaje:

D. 37, 8, 1, 7 (Ulpiano 40, *ad edictum*):

*Liberos autem non omnes simul vocat praetor, sed gradatim hoc est eos, qui sui sunt, scilicet nepotes, si sunt, si minus, eos qui sunt inferioris gradus: nec eos miscebinus. plane si sint ex emancipato nepos et ex nepote eius alio pronepos, diciendum erit utrumque et iungi: ambo enim in suorum locum successerunt.*

La norma general establecida para llamar a la herencia a un pariente de la segunda generación, exigía que se probara que los sujetos de la primera generación habían perdido sus aspiraciones a la herencia. Sin embargo, volviendo a D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) hay un matiz que cambiaría por completo la solución al caso: no puede tratarse de la misma manera una adopción del nieto que se realizara en vida del padre natural del adoptado o cuando éste ya había muerto.

MEINHART<sup>714</sup> se inclina por reconocer en el texto la primera de las posibilidades: el *pater naturalis* del fallecido era su abuelo, y, aunque la agnación ya se había roto por la emancipación posterior a la adopción, era llamado a suceder con preferencia a la madre del fallecido sin que se considerara a su progenitor, con el que había perdido la agnación y la posibilidad, por estar vivo el abuelo, de ser *parens manumissor*. El único parentesco posible entre ellos sería, por tanto, el cognaticio. *A sensu contrario*, si un *paterfamilias* adoptaba a alguien que no mantenía con él parentesco natural y lo emancipaba, fallecido el adoptado, la madre sería llamada con preferencia.

---

<sup>713</sup> D. 37, 4, 13, 3 (Juliano, 23 *digestorum*).

<sup>714</sup> MEINHART (1967) 185 y 186.

No debemos olvidar que el pretor permitía pedir la *bonorum possessio unde liberi* a los *sui heredes* y a los hijos emancipados, incluso tras su nueva adopción<sup>715</sup>, ofreciendo Ulpiano su definición de *liberi* en el sentido del edicto pretorio:

D. 38, 6, 1, 6 (Ulpiano, 44 *ad edictum*):

*Liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos. sed adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate: ceterum si sui iuris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione.*

En el mismo sentido, se pronunciaba Gayo:

Gai. 2, 136:

*Adoptivi filii, quamdiu manent in adoptione, naturalium loco sunt: emancipati vero a patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris pertinet, inter liberos numerantur*<sup>716</sup>.

Los juristas trabajaron, pues, en encontrar una progresiva solución para que las normas aplicables a los *sui heredes* lo fueran también a los hijos adoptados y emancipados, con el objetivo que, dependiendo de las circunstancias de dicha adopción, el *adoptatus* emancipado pudiera heredar de al menos de uno de sus padres: el que lo emancipara antes de la adopción o el que lo emancipara tras adoptarlo.

Gai. 2, 137:

*Qua ratione accidit, ut ex diverso quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in familia adoptiva, numero extraneorum habeantur, si vero emancipati fuerint ab patre adoptivo, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si, ab ipso naturali patre emancipati fuissent.*

No obstante lo anterior, hay un texto notablemente más restrictivo sobre esta cuestión:

---

<sup>715</sup> Gai. 3, 25-26; *Tituli ex corpore Ulpiani*, 28, 8; Instituciones, 3, 9, 1; D. 37, 4, 1, 6 (Ulpiano, 39 *ad edictum*); KASER (1971) 341-351; 668 ss.; 695 ss.

<sup>716</sup> Instituciones, 2, 13, 4.

D. 37, 4, 6, 4 (Paulo, 41 *ad edictum*):

*Adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit. ceterum emancipatus ad bonorum possessionem parentium naturalium venit, sed emancipatus vivis eis, non etiam post mortem eorum: hoc enim verius est post mortem eorum emancipatum non admitti.*

En dicho pasaje se procede a limitar el llamamiento en la clase *unde liberi* a los adoptados<sup>717</sup> y luego emancipados sólo cuando el padre natural al momento de la emancipación de su hijo dado en adopción estuviera vivo. Por el contrario, la emancipación del adoptado después de la muerte de su padre natural supondría la absoluta inexistencia de relación agnaticia entre ellos a efectos de la herencia legítima, y tan sólo podría solicitar la *bonorum possessio unde liberi* en la familia del *adoptans pater*. Si quisiera reclamar bienes en la herencia de su padre natural, la única vía disponible<sup>718</sup> sería la *bonorum possessio unde cognati*.

Para concluir con este tema, aún nos quedaría referirnos a un caso excepcional<sup>719</sup> pero crucial para entender la solución ulpiana de D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), como es:

D. 38, 6, 4 (Paulo 2, *ad Sabinum*):

*Liberi et capite minuti per edictum praetoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint: hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem. sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum.*

Paulo se ocupa del supuesto de aquéllos que, tras su emancipación, fueron adoptados por su propio padre o por su abuelo y vueltos a emancipar, y resuelve que siempre tendrían la posibilidad de reclamar la *bonorum possessio unde liberi*.

En conclusión, creemos que la decisión de Ulpiano en D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) reconociendo como *liberi* a los admitidos por el derecho pretorio se inspiraría en principios ya reconocidos, como atestiguan otras fuentes que hemos expuesto, y, aun cuando el texto presente trazas de un probable acortamiento (no se mencionan quienes fueran los demás aspirantes a la herencia), debemos aceptar la autoría de Ulpiano<sup>720</sup>.

---

<sup>717</sup> DALLA (2007) 683-690.

<sup>718</sup> D. 38, 16, 6 (Juliano, 59 *digestorum*) y D. 38, 7, 8 (Celso, 28 *digestorum*).

<sup>719</sup> MEINHART (1967) 187.

<sup>720</sup> El comienzo en D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) contiene nada más que una reproducción de lo que se decía del senadoconsulto en *Tituli ex Corpore Ulpiani* 26, 8.



1.3. Los supuestos de suspensión de las expectativas sucesorias de la madre del fallecido.

Hasta el momento, hemos analizado el caso más típico de la sucesión intestada, que no es otro que la sucesión del fallecido por sus descendientes. A continuación, expondremos una serie de situaciones a las que se refiere Ulpiano, que plantean dudas al existir o haber probabilidades de que existan ciertos descendientes que harían que el derecho de la madre del fallecido a suceder *ex Tertulliano* quedara en suspenso.

Los supuestos problemáticos en este sentido pueden ser agrupados de la siguiente manera:

- 1º. El posible regreso del cautiverio de los descendientes del fallecido.
- 2º. El nacimiento de hijos póstumos del fallecido, o una *missio in ventris possessionem* a favor del futuro hijo.
- 3º. La concesión de la *possessio Carboniana* a favor del hijo impúber del fallecido.
- 4º. La existencia de un hijo *furiosus* del fallecido.
- 5º. *Infanti per tutorem petita possessio*.

En relación al primero de los grupos, el derecho de la madre para hacer uso del senadoconsulto Tertuliano depende de que no se produzca el regreso del cautiverio el su nieto, descendiente del hijo fallecido:

D. 38, 17, 2, 7 (Ulpiano 13 *ad Sabinum*):

*Si vero apud hostes est filius vel speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur.*

La segunda categoría de supuestos contempla el previsible nacimiento de un *suus heres* del difunto, al que hemos querido unir la concesión de la *missio ventris possessionem* :

D. 38, 17, 10, 1 (Pomponio, 2 *senatusconsultorum*):

*Quando in pendenti est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris ius integrum erit, quod medio tempore appenderit: veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci nec natus sit aut mortuus editus, vel quod etiam filius qui in hostium potestate erat postliminio non sit reversus.*

En primer término, debemos indicar que, a diferencia de lo que sucede en los casos del cautivo o el *furiosus*, que veremos a continuación, donde no existe un horizonte temporal definido para solventar la situación de pendencia (salvo que se demostrara la muerte del prisionero o la curación del demente), la certeza de la interrupción del embarazo o del nacimiento del hijo sin vida supondrían la resolución de la suspensión del derecho de la madre del primer fallecido.

D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor. et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem. igitur et si furioso decreto petita sit possessio et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit.*

Podemos aislar la primera parte del fragmento, *si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessionem*, en el que se narra cómo la madre del fallecido ve suspendida sus expectativas ante el futuro nacimiento de su nieto. En efecto, ese *nasciturus* ostenta mejor derecho que su abuela a la herencia legítima, en cuanto *suius heres*, o como *bonorum possessor unde liberi*, pues recordemos que el senadoconsulto Tertuliano antepone todos los descendientes del fallecido a la madre del mismo. Por tanto, mientras se espera el nacimiento del niño, se decretaría una *missio ventris in possessionem* y la duda se plantea en el supuesto que el niño naciera, pero muriera antes de adquirir la herencia.

En la segunda parte del texto, *et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur*, Ulpiano considera dos posibles soluciones: la primera, que el niño al ser *postumus suus*<sup>721</sup> del fallecido se convirtiera en heredero de su padre sin necesidad de acto alguno de aceptación, de forma que la madre del fallecido fuera definitivamente excluida de la herencia. Pero cabría una segunda posibilidad: que el niño falleciera sin llegar a ser *suius* del fallecido y que la *missio ventris in possessionem* por sí misma no supusiera la recepción de la herencia paterna, lo que lo situaría en la clase *unde liberi*. Por ello, la abuela paterna podría solicitar la herencia de su hijo transcurrido el tiempo necesario sin que nadie pidiera la *bonorum possessio*.

---

<sup>721</sup> LAMBERTI (2001) 7 ss.; 45-52; 69 ss.; 93 ss.; RIBAS ALBA (2002) 250 ss.

Parece que esta cuestión llamó la atención de Ulpiano, que habría vuelto sobre el asunto en:

D. 37, 9, 1, 11 (Ulpiano 41 *ad edictum*):

*Etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur, unde apud Iulianum libro vicensimo septimo digestorum quaeritur, si emancipatus quis sit uxore iam praegnate, deinde decessisset et pater eius mortus sit, an venter in possessionem emancipati patris mitti possit. et rectissime scripsit rationem non esse, cur venter, quem edictum admittit, repelli debeat: est enim aequissimum partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est. sed et si avus viveret, similiter ventrem admittemus.*

Este fragmento presenta un caso original de Juliano sobre un *filius*, emancipado tras contraer matrimonio, que muere mientras su esposa embarazada permanecía bajo la potestad del *paterfamilias*, de manera que el *nasciturus* estaría bajo la potestad del abuelo. Si el *pater naturalis* muriera poco después de la emancipación, sin haber aún nacido el niño, Ulpiano se basa en la decisión de Juliano para concluir que, a favor de ese niño, se otorgaría la *missio ventris* en la herencia de su padre natural, independientemente que su abuelo viviera<sup>722</sup>.

Las dos claves que podemos identificar sobre este asunto serían: si el hijo del emancipado fallecido nace vivo, desplaza a la madre de aquél al obtener la *bonorum possessio unde liberi*. En segundo lugar, si el póstumo muere antes de solicitarse la *bonorum possessio unde liberi*, el mero hecho de haber disfrutado de la *missio ventris* no compromete el derecho de la madre del fallecido, la cual recibiría la herencia de su hijo, *neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem*.

El mero alumbramiento no cambiaría la situación hereditaria, pues, si bien los *sui heredes* lo son aun sin aceptar la herencia, en este caso no se debe aplicar para este niño la *bonorum possessio unde liberi* automáticamente, lo que implicaría que la muerte del mismo abriría la puerta a un llamamiento a la madre del fallecido *ex Tertulliano*. La *missio ventris* desempeñaría un papel provisional que, en modo alguno, prejuzgaría la adquisición definitiva de la herencia y mucho menos la reemplazaría, pues para ello se necesitaba después del nacimiento que se realizaran ciertos actos y se cumplieran unos requisitos.

El tercer grupo de supuestos engloba aquellos casos en los que el difunto hubiera dejado un descendiente *impubes* al que se le había concedido la *possessio* por el *edictum*

---

<sup>722</sup> MEINHART (1967) 191. Aun estando el texto retocado, no queda privado de valor como ejemplo muy adecuado para analizar las situaciones de suspensión del derecho de la madre del fallecido.

*Carbonianum*. De nuevo, la madre del fallecido no pierde definitivamente sus expectativas sucesorias a pesar de lo expresado en:

D. 38, 17, 12 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si quis, cum status controversiam pateretur, Carbonianam solam acceperit, an noceat matri bonorum possessio, quaesitum quidem est: sed cum haec tempore finiatur, dicendum est matri post tempus non nocere aut, si impubes decesserit, matrem posse admitti.*

Ulpiano considera que la finalización de la *possessio Carboniana* no supone la adquisición de la herencia por el descendiente del fallecido, por lo que sigue siendo planteable una llamada a la madre de aquél. Y, lo que es más: en caso de fallecimiento de dicho descendiente también estaría permitido el llamamiento a la madre del primer fallecido.

Nos encontramos ante un texto que la doctrina considera muy retocado, posiblemente por haberse perdido el original de Ulpiano. Si bien los fragmentos inmediatamente anteriores han tratado sobre la *missio ventris* y el caso del *furiosus*, parece que Ulpiano los yuxtapone a la *possessio Carboniana*, puesto que el texto que nos ocupa arranca con un *sed* que resulta especialmente llamativo, al carecer de sentido utilizar una conjunción adversativa cuando el caso finalmente se decide en el mismo sentido que los dos anteriores.

Podemos intuir que la unidad de tratamiento de esas situaciones responde a la provisionalidad de la situación posesoria del descendiente. Partiendo de la base que no hay competidores adicionales a la madre del fallecido<sup>723</sup>, parece asumible que una vez que se termina por el transcurso del tiempo dicha posesión la madre mantenga intacto su derecho, pues finalizado ese plazo habría que comenzar por discernir si se cumplían los presupuestos para que el descendiente sucediera *ex Tertulliano*. Por supuesto, el fallecimiento del impúber supondría el llamamiento a la madre del primer fallecido.

No obstante, dar por sentado que la madre no tenía competencia de otros parientes es mucho suponer, y desde que se concedía la *possessio* en virtud del *edictum Carbonianum* hasta su finalización podrían aparecer otros familiares interesados en la herencia y con mejor derecho que la madre, de forma que, superado el obstáculo que suponía el *impubes*, tuvieran interés en competir y desplazar a la madre del fallecido.

---

<sup>723</sup> KASER (1971) 584; D. 37, 10, 3, 5 (Ulpiano, 14 *ad edictum*); C. 5, 70, 7, 7 *Impm. Iustinianus A. Juliano p.p. Tali itaque ordinatione in curatore furiosi disposita, si quid postea ad furiosum pervenerit sive ex hereditate vel successione vel legato vel fideicommissio vel alio quocumque modo, hoc furioso accedat et hoc cum alia eius substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo: et sub eius cura constituatur, quatenus, si quidem respuerit furiosos et acquisitionem admiserit, ipsi restituatur. [a. 530].*

En D. 37, 10, 3, 7 (Ulpiano, 41 *ad edictum*) se habla de un *impubes* como único hijo de la persona fallecida, un caso en el que la madre sólo debía aportar pruebas de que el oponente que se le enfrentaba no se trataba en realidad de un hijo de la persona fallecida para poder suceder a su hijo. Sin embargo, en D. 37, 10, 12 (Papiniano, 14 *quaestionum*) además del *impubes* aparecía compitiendo por la herencia un *scriptus heres*, aunque no se aclara la naturaleza de la relación con la persona fallecida y si tenía mejores expectativas que la madre *ex Tertulliano*. Así pues, en el caso que hubiera posibles *bonorum possessores* del fallecido, podrían luchar contra las aspiraciones de la madre y superarla<sup>724</sup>.

D. 37, 10, 8 (Africano, 4 *quaestionum*):

*Decessit, quem ego filium meum et in mea potestate esse dico: existit impubes, qui eum patrem familias et ad se hereditatem pertinere dicat: decretum necessarium esse respondit.*

En dicho texto se narra el supuesto de un hombre que, al morir, dejaba a su padre y a su hijo impúber, alegando el padre del fallecido que al haber muerto como *filius* la herencia le pertenecía a él. Por su parte, el hijo del fallecido afirmaba que su padre era un *paterfamilias* y que era él, como *suus heres*, quien debía sucederle. Pues bien: a ese *impubes* se le podía provisionalmente conceder la *possessio Carboniana* por decreto, pero, si moría antes de llegar a la pubertad, la herencia de la polémica iría al padre natural del primer fallecido, abuelo paterno del niño, antes que a la madre del fallecido. Por el contrario, si el *impubes*, siendo *suus* del fallecido hubiera sido dado en adopción<sup>725</sup> por éste, la madre del fallecido se antepondría.

D. 37, 10, 5, pr. (Ulpiano, 41 *ad edictum*):

*Sed si is, qui controversiam impuberi facit, ex liberis sit*<sup>726</sup>, *eveniet, ut, sive caveat hic, cui status fit controversia, sive non caveat, attamen simul sit in possessionem.*

NIEDERMAYER<sup>727</sup> observa que éste es el único texto en que se trata la finalización del *edicto Carbonianum* por mero transcurso del tiempo<sup>728</sup>. En cuanto a la transición de la

---

<sup>724</sup> El uso del masculino *consanguinei* indica que es necesario que al menos uno sea varón entre los hermanos, lo que excluye a la madre. La idea a extraer es que la muerte de un *impubes* no significa automáticamente que herede la madre del fallecido.

<sup>725</sup> La inclusión de los adoptados en los supuestos de concesión de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, en D. 37, 10, 1 pr. (Juliano, 24 *digestorum*).

<sup>726</sup> NIEDERMAYER (1930) 111; BESELER (1925) 476.

<sup>727</sup> NIEDERMAYER (1930) 92 ss.

<sup>728</sup> Hay una fechas acordadas para el beneficio de la postergación de los procedimientos: D. 37, 10, 3, 3 (Ulpiano, 41 *ad edictum*).

*possessio Carboniana* a la posesión ordinaria, ha de recordarse que al alcanzar la pubertad terminaba para el *impuber* la concesión de la posesión debiendo decidirse en un litigio la disputa hereditaria pospuesta<sup>729</sup>. La entrada en la pubertad del hijo del fallecido no era, pues, un obstáculo insalvable para la adquisición de la herencia por la madre del fallecido. Y, cuando se enfrentaban otras personas al ya *pubes factus*, éste tenía que demostrar en la disputa de la herencia su derecho a la misma como descendiente<sup>730</sup>. Por supuesto, si esos opositores fueran el *scriptus extraneus heres* o los agnados del fallecido, no iban a poner en peligro los derechos de la madre llamada por el senadoconsulto Tertuliano.

En definitiva, Ulpiano debió tratar los conflictivos supuestos de competencia entre el hijo *impubes* del fallecido, la madre de éste y algún otro pariente (incluso no reconocido como competidor de la madre por el senadoconsulto Tertuliano) tal y como hace al tratar otros supuestos similares sobre la *possessio Carboniana*. No en todos los casos los competidores de la madre tenían peor derecho que ésta<sup>731</sup>: parece que se ha recortado una parte del texto D. 37, 17, 2, 12 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), que permitiría entender mejor la frase *cum haec tempore finiatur, dicendum est matri post tempus non nocere*, puesto que el llamamiento a la madre del fallecido como heredera al concluir la *possessio Carboniana* no es automático<sup>732</sup>.

No podemos saber si Ulpiano escribió sobre lo que ocurriría en aquellos casos en que no adquiriera la herencia el *pubes factus*, porque debe haber una pérdida de texto sustancial. Pero el *pubes factus* sólo podía ser privado del patrimonio cuando se demostrara en un proceso que no era descendiente del fallecido. Por ello, en D. 38, 17, 2, 11-13 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) seguramente Ulpiano se refiriera al caso en el que la madre del fallecido cuestionara el *status familiae*<sup>733</sup> del ahora púber. Pero nos parece, como indica MEINHART<sup>734</sup>, que la primera posible solución de D. 38, 17, 2, 12 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) *cum haec tempore finiatur, dicendum est matri post tempus non nocere* era incompatible con la visión de los clásicos del *edictum Carbonianum*, debiendo intervenir un decreto del emperador. Como hemos dicho, el texto levanta muchas sospechas sobre su carácter clásico, pues que el impúber se hubiera

---

<sup>729</sup> Probablemente ha sido una característica especial del *edictum Carbonianum*, como se ve en D. 37, 10, 3, 14 (Ulpiano, 41 *ad edictum*) y D. 38, 6, 1, 4 (Ulpiano, 41 *ad edictum*).

<sup>730</sup> D. 37, 10, 3, 12 (Ulpiano, 42 *ad edictum*) muestra la ayuda a los *impubes*. Por otra parte, serviría D. 37, 10, 5, 2 (Ulpiano, 42 *ad edictum*) para informar sobre la parte oponente, si no se garantiza a los *impubes* su seguridad.

<sup>731</sup> D. 37, 10, 3, 4 (Ulpiano, 41 *ad edictum*). Acerca de la posibilidad de concesión simultánea de la *possessio* al oponente, D. 37, 10, 1, 1 (Ulpiano, 41 *ad edictum*) y D. 37, 10, 5, 2 (Ulpiano, 41 *ad edictum*). La mayoría de los ejemplos presentados muestran que los opositores al derecho del *impubes* difunto están tan estrechamente relacionados que excluyen a la madre como heredera *ex Tertulliano*, aunque de nuevo el uso de la adversativa (*aut*) hacía esperar una solución diferente.

<sup>732</sup> MEINHART (1967) 201.

<sup>733</sup> Se indica en la última frase con *alienis interdum*. KASER (1971) b 358.

<sup>734</sup> MEINHART (1967) 202.

convertido en heredero antes de morir por haber disfrutado de la *possessio ex Carboniano* perjudicando las expectativas de la madre del primer fallecido pudo ser una solución que los compiladores trataron de hacer pasar como ulpiniana<sup>735</sup>.

En todo caso, el interés que genera ese pasaje radicaría en el posible desarrollo de un régimen especial para los casos en los que la madre del fallecido compitiera con un *possessor ex edicto Carboniano*, puesto que la muerte o no adquisición del *impubes* podría suponer un obstáculo para que la madre adquiriera la herencia. Siendo perfectamente asumible que Ulpiano hubiese realizado una aproximación a esta concurrencia entre el *impubes*, la madre del fallecido y otros parientes, la intervención de los compiladores dificulta la labor de determinar cuál fuera la solución ofrecida por el jurista: si favorable al impúber o a los demás.

Igualmente, la existencia de un descendiente *furiosus* era otro de los supuestos en los que quedaba en suspenso el derecho de la madre del fallecido, a la espera de una curación de la enfermedad del hijo del fallecido:

D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor. et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem. igitur et si furioso decreto petita sit possessio et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit.*

Al *furiosus*, decreto petita sit possessio, le administraría la herencia un curador, pues se entiende que tiene derecho a la *bonorum possessio unde liberi*. Pero, si no recobrarla la salud y falleciera, su abuela, la madre del primer fallecido, podría solicitar la herencia legítima de éste pues la posesión provisional del *furiosus* no habría perjudicado sus derechos y no estaríamos ante un caso de sucesión en la delación, sino en la finalización de la suspensión del derecho de la madre del fallecido.

Una solución similar ofrece:

---

<sup>735</sup> Código Todosiano, 4, 3, 1 *Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius: INTERPRETATIO: Si quis moriens ex legitimo matrimonio praegnantem reliquerit uxorem, iubet lex mulierum a propinquis, quo usque ad partum veniat, custodiri: quae cum legitimo tempore ediderit, is qui natus fuerit pro sua portione in patris hereditate succedat et usque ad quintum decimum aetatis sua annum, quae a patre derelicta sunt, sine ullius repetitione possideat: futurum, ut suas postmodum per curatorem aut excipiat aut exerat actiones.* Este decreto vino a suponer un cambio en la concepción de la *possessio Carboniana*.

C. 5, 70, 7 *Impp. Iustinianus A. Juliano p.p. Cum furiosus, quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest, quia sufficit ei ad gubernationem rerum, quae ex castrensi peculio vel aliter ad eum pervenerint et vel ante furorem acquisitae sunt vel in furore obveniunt, vel in his, quorum proprietas ei tantum modo competit, paterna verecundia. 1 Quis enim talis adfectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum? vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas parentibus derelictis? a Licet Tertullianus iuris antiqui interpret libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus. b Sin autem parentes ab hac luce decedere contigerit, nostra constitutio, quam promulgavimus de his quae in testamento furioso relinquenda sunt vel substitutione eorum, in suo robore maneat. 2 Sin autem perpetuus furiosus sui iuris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est iuris veterum dubitatio, cum ilico apparet et suus heredes suis extat parentibus. 3 Sin autem ex alia quacumque causa hereditatis ad eum vel successio perveniat, tunc magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est, sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator eius ad bonorum possessionem petendam admitti debeat. et iuris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. 3a. Nos itaque utramque aciem autorem certo foedere compescentes sancimus furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere: curatori autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata est et ab ea introducta observatio pro antiqua sufficit petitio. 7 Tali itaque ordinatione in curatore furiosi disposita, si quid postea ad furiosum pervenerit sive ex hereditate vel successione vel legato vel fideicommisso vel alio quocumque modo, hoc furioso accedat et hoc cum alia eius substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo: et sub eius cura constituatur, quatenus, si quidem resipuerit furiosus et acquisitionem admiserit, ipsi restituatur. 8 Sin autem in furore diem suum obierit velim suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel substitutum vel ab intestato heredes vel ad nostrum aerarium; eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei ad cuius bona vocabantur, si non in medio erat furiosus, omni satisfactione vel cautione, quam per inextricabilem*



*circuitum veteris iuris auctores induxerunt, radicitus excisa. D. k. Sept. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.* [a. 530].

Al redactarse esta constitución, Justiniano debió tener muy presente material clásico y expresa que la concesión de la *bonorum possessio* después de examinar el interés del *furiosus*<sup>736</sup> tendría efectos temporales<sup>737</sup>. Si el *furiosus* se recuperaba, podría prescindir de ella, mientras que, muriendo sin cambios en su estado mental, se llamaba a su abuela paterna. Esta conclusión es importante para resolver el caso de D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) en su parte final, pues parece que Ulpiano piense en la solicitud por el curador del *furiosus* de la *bonorum possessio*<sup>738</sup> que le sería concedida tras los análisis preliminares, abriéndose sólo tras la muerte del *furiosus* la sucesión intestada del primer fallecido, pues realmente no se había producido la adquisición de la herencia<sup>739</sup>.

Por último, y para concluir con los supuestos de suspensión del derecho de la madre del fallecido, hemos de considerar:

D. 38, 17, 2, 13 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si infanti per tutorem petita sit possessio, licet statim decesserit, dicendum erit matri obstitisse: non enim similis est ei, quae furiosu datur.*

El supuesto es diferente de la concesión de la *missio ventris* puesto que ahora nos encontramos ante un hijo del fallecido que ya ha nacido y ha recibido a petición de su tutor la *bonorum possessio unde liberi* de la herencia de su padre. Sin embargo, inmediatamente después el niño fallece, y se duda si la abuela paterna de este niño, madre del primer fallecido,

---

<sup>736</sup> KASER (1974) 350.

<sup>737</sup> MEINHART (1967) 195 ss., nts. 12 y 13.

<sup>738</sup> C. 5, 70, 7, 3, a *Imp. Justinianus A. Juliano p.p.* [a. 530].

<sup>739</sup> MEINHART (1967) 195 ss. recoge las críticas de H. KRÜGER, BESELER, SOLAZZI y BONFANTE quienes abogan por la eliminación de la frase *igitur... obstitit*. BESELER considera incorrecta la expresión *decreto petita* pues por decreto se consigue y no se pide, mientras que KRÜGER se pronuncia a favor de la autenticidad del decreto como medio para pedir una *bonorum possessio* provisional, aunque no niega el hecho de que el texto puede haber sufrido alteraciones formales. MEINHART entiende que *decreto petita* es una rareza más que una interpolación, un remanente de un uso que anteriormente debió ser más frecuente, que se podría haber utilizado por el curador cuando solicitó para el *furiosus* la *bonorum possessio*. Además contra las objeciones de BESELER puede decirse que de C. 50, 7, 4 *Imp. Justinianus A. Juliano p.p.* [a. 530] se desprende la forma de actuar del curador mediante *petere bonorum possessio* al que seguiría el decreto de concesión de la licencia. Por todo ello, concluye que no hay suficientes argumentos para negar el origen ulpiano y que se recoge la posición comúnmente aceptada sobre la herencia del *furiosus*.

recibiría la herencia de su hijo *ex Tertulliano* puesto que ya había sido excluida por un descendiente<sup>740</sup>.

La frase del fragmento que diferencia la solución de los supuestos de D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 13 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) *non enim similis est ei, quae furioso datur*, no es considerada por autores como BESELER<sup>741</sup> ni por SOLAZZI como *ulpiana*, mientras que KRÜGER cree que adquieren la *bonorum possessio* el *infans* y el *furiosus*. Por su parte, VOCI<sup>742</sup> considera este texto como prueba de la *bonorum possessio* utilizada por el *infans*. En nuestra opinión, la cuestión de la autenticidad de esta frase es menor, pues resulta coherente el texto con el conjunto de soluciones de Ulpiano en ambos textos sobre las necesidades especiales que obligaron a otorgar una protección provisional de los bienes, aunque no perjudicara a la madre del fallecido.

Concluyendo, de todos los ejemplos anteriores deducimos que sólo se anteponen a la madre los descendiente que acaban siendo capaces de adquirir la *hereditas* o la *bonorum possessio* por sí mismos, de tal manera que falleciendo alguna de estas personas sin llegar a adquirir la *bonorum possessio*, la madre del fallecido recibiría la herencia *ex Tertulliano*.

## 2. La preferencia del *pater naturalis* a la madre del fallecido.

D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. sed neque avus neque proavus in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. pater autem tantum naturalis non etiam adoptivus matri nocet: verius est enim, pater cum pater esse desierit, a matre eum excludit: sed nec ad bonorum possessionem contra eum tabulas admitti, pater cum pater esse desierit.*

En el caso de fallecimiento de una persona *sui iuris*, otorga el senadoconsulto Tertuliano según Ulpiano preferencia para sucederle al padre natural sobre la madre<sup>743</sup>. Es obvio que, si el padre del fallecido conservara la *patria potestas* sobre él, no se plantearía discusión alguna puesto que salvo que el *filius* fuera militar y dispusiera del peculio castrense<sup>744</sup>, carecía de

---

<sup>740</sup> D. 37, 9, 1, 11 (Ulpiano, 41 *ad edictum*). El niño no era *suus heres*. *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 8: *legitima heres fit ex Senatusconsulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes a praetore vocatur, neque...*

<sup>741</sup> MEINHART (1967) 204.

<sup>742</sup> VOCI (1967) 590.

<sup>743</sup> VOCI (1963) 17 ss.

<sup>744</sup> RABELLO (1979) acerca de los peculios. D. 49, 17, 2 (Ulpiano, 67 *ad edictum*).

patrimonio y de *heredes sui*. Por tanto, Ulpiano considera en este fragmento el supuesto del fallecimiento del emancipado al que sobreviven sus progenitores.

La emancipación suponía, como es bien conocido, la pérdida del parentesco de agnación<sup>745</sup> entre padre e hijo, y su relación se asemejaba a partir de entonces a la del patrono y el liberto: recordemos que el *parens manumissor* es, por ello, heredero civil de su hijo, aunque, por supuesto, tras los *sui* del emancipado. Si en la sucesión civil del emancipado o del liberto no hay propiamente agnados, el derecho pretorio prefiere a los hijos de ambos que solicitaran la *bonorum possessio unde liberi* sobre el *parens manumissor*, quien podría acudir por la clase *unde legitimi*, preferido a los *cognati* entre los que se hallaba la madre del fallecido.

La problemática que genera la prevalencia del padre sobre la madre del fallecido a la hora de la sucesión ex *Tertulliano* debe abordarse desde diversas perspectivas, pues nos hallamos ante un texto que trata problemas muy diferentes.

*Obicitur matri pater in utrisque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat*, la primera frase del texto, enuncia el principio general de la prevalencia del padre natural sobre la madre del fallecido en la sucesión intestada, ya por el *ius civile*, ya por el derecho pretorio como *bonorum possessor*. Es dudoso el origen ulpiano de las palabras *utrisque bonis tam filii quam filiae*, aunque en realidad, esa cuestión no es relevante pues fallecidos un hombre o mujer a quien sólo sobrevivieran padre y madre no se dudaría de aplicar en la práctica el senadoconsulto Tertuliano y sus normas de concurrencia<sup>746</sup>.

Un texto de Modestino puede ser considerado como un apoyo esencial para conocer el acceso del padre al patrimonio del hijo fallecido, pues viene a decir que, si el padre natural o el padre adoptivo del fallecido estuvieran a su vez en potestad, no entraba en aplicación el senadoconsulto Tertuliano, *patrem esse desisse*:

D. 38, 16, 10 (Modestino, 6 *differentiarum*):

*Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat vel non manumissori bonorum possessio competat, mater defuncti summovetur*<sup>747</sup>.

---

<sup>745</sup> Gai., 1, 132; Gayo, *Epitome* 1, 6, 3 ss.

<sup>746</sup> MEINHART (1967) 258 ss.

<sup>747</sup> LA PIRA (1930) 288 cree que debe suprimirse la frase *vel non manumissori bonorum possessio competat*, que considera obra de los compiladores pues sólo si no hubiera habido agnados con un mejor derecho la herencia habría llegado a la madre.

Nos parece interesante, asimismo, llamar la atención sobre un requisito, introducido por Ulpiano, para que el padre excluya a la madre del fallecido, y que no es otro que el *pater (naturalis)* hubiera obtenido la *hereditas* o la *bonorum possessio, sive heres sive bonorum possessor existat*, incidiendo en esta idea en:

*Tituli ex corpore Ulpiani, 26, 8:*

*Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suo heres sit. quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorum possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus, quod si soror consanguinea sit ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

Con carácter previo a la comparación de las expectativas sucesorias del padre natural y la madre del fallecido se hace imprescindible delimitar con rigor el significado del término *pater*, para ver si el *pater adoptivus* desplazaría también a la madre del fallecido, o tan sólo el *pater naturalis* sería preferido a ésta.

2.1. La delimitación del concepto *pater* para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano.

D. 38, 17, 3 (Modestino, 8 *regularum*):

*Patrem adoptivum matri non obesse, plerique probant.*

Este texto ha contribuido a formar la opinión mayoritaria que sigue a Modestino en el sentido de negar al padre adoptivo la preferencia sobre la madre del fallecido. No obstante, también ha habido voces que consideran a la madre como excluida por el padre adoptivo por analogía con la preferencia de los hijos, incluso nietos, adoptados sobre la madre, aunque no creemos que en la aplicación práctica de la norma fuera éste el criterio a seguir.

No debemos olvidar que el *pater naturalis* recibía la misma herencia que le hubiera correspondido antes del senadoconsulto Tertuliano, es decir, en tanto cognado, pues perdió la agnación con su hijo en la primera emancipación de éste, momento desde el cual el padre natural era considerado como un patrono a efectos de la *hereditas legitima* o para la *bonorum possessio sine tabulas*. La entrada del emancipado en una nueva familia, aunque fuera de nuevo

emancipado por el padre adoptivo, mantenía al padre natural en la clase *unde cognati*, a la que no tendrían acceso los miembros de su nueva familia. Si el adoptante había sido el abuelo, durante un tiempo pudieron el padre natural (si seguía sometido a la *potestas*) y su hijo emancipado ser agnados de nuevo: pero una segunda manumisión realizada ahora por el abuelo volvía a dejarlos unidos sólo por parentesco cognaticio<sup>748</sup>.

Ulpiano comienza afirmando en D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) que el concepto de *pater* no incluye al abuelo o bisabuelo del fallecido. Pensemos que, aunque hubiera sido adoptado por ellos y luego emancipado, serían llamados como *parens manumissores*, pero no como padre natural en virtud de lo regulado en la Ley de las XII Tablas y el edicto. Lo que parece evidente es que el *parens manumissor* podía ser *heres* o *bonorum possessor*, pero el tratamiento es diferente según la emancipación del hijo la haya realizado el *pater naturalis* u otro pariente de grado más distante, normalmente el abuelo, que pudo emancipar primero a su hijo y luego a su nieto, en cuyo caso, de nuevo padre e hijo son meros cognados. Pues bien, según el texto que estamos analizando, la madre es excluida por el padre natural del fallecido, aun siendo sólo cognados, pero el abuelo o bisabuelo no son sus competidores, algo que tanto Ulpiano, como Paulo o las Instituciones de Justiniano reflejan<sup>749</sup>:

Instituciones, 3, 3, 3:

(... ) *pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus matri anteponitur.*

La monografía de Paulo nos aporta gran cantidad de conocimiento útil sobre la cuestión de la prioridad del *pater naturalis* sobre la madre del fallecido:

D. 38, 17, 5, 2 (*Paulo, libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

*Si ex filio nepotem avus manumisserit isque patre et avo et matre superstitionibus decesserit, potest quaeri, quis potior esse debeat. nam si mater excluserit avum manumissorem, qui patri anteponitur, edicto praetoris inducetur pater defuncti, quo admissio desinit senatus consulto locus esse et rursus avus vocabitur. itaque rectius est avo ius suum conservare, qui et contra scriptos heredes bonorum possessionem accipere solet.*

---

<sup>748</sup> D. 49, 17, 2 (Ulpiano, 67 *ad edictum*).

<sup>749</sup> MEINHART (1967) 265. La frase *quamvis fiduciam contraxerint* sólo la incluye Ulpiano.

En efecto, se refiere Paulo al fallecimiento de una persona que había fallecido dejando un *avus manumissor*, al *pater naturalis* y a la madre, de forma que al *pater naturalis* sólo le correspondería la *bonorum possessio unde cognati*, haciendo mención Paulo al senadoconsulto Tertuliano en el que se reconocía la prioridad sobre la madre.

Tal y como vimos anteriormente, la primera frase de D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) o el mismo Modestino<sup>750</sup> conducen a la solución de que el hijo emancipado por el padre adoptivo había terminado la relación familiar creada por la adopción, tal y como se aprecia en D. 37, 4, 1, 6 (Ulpiano, 39 *ad edictum*) o en D. 38, 6, 1, 6 (Ulpiano, 44 *ad edictum*)<sup>751</sup>, dos textos que nos dicen que los hijos adoptados y emancipados no son llamados a la *bonorum possessio* cuando fallecía el padre adoptivo pues la emancipación eliminaba cualquier parentesco<sup>752</sup>.

Sin embargo, la confusión reina de nuevo cuando Modestino se refiere a un padre adoptivo que había recibido la *bonorum possessio* en circunstancias más favorables que como cognado, al apelar a su condición de *manumissor extraneus* incluso tras la emancipación<sup>753</sup>, puesto que la Ley de las XII Tablas lo citaba como *parens* quedando el pretor obligado a anteponerlo a *decem personae*. Además, como expresamente el senadoconsulto Tertuliano no había privado al padre adoptivo que emancipaba a su hijo adoptivo de su derecho como *manumissor extraneus*, Ulpiano sólo nos dice que su posición debía ceder ante la madre del fallecido, pues se iba a tratar a este padre adoptivo como uno de los agnados.

En definitiva, creemos que los juristas debieron preocuparse de definir el concepto de *pater* como persona preferida a la madre de la persona fallecida en la sucesión por el senadoconsulto Tertuliano, aunque conocieran de las posibilidades que ofrecía el Derecho Romano a otros *parentes*, creados artificialmente por el *ius civile*<sup>754</sup>.

---

<sup>750</sup> D. 38, 17, 10 (Modestino, 6 *differentiarum*) y C. 6, 56, 2 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Rhesae*. [a. 291].

<sup>751</sup> D. 38, 6, 1, 6 (Ulpiano, 44 *ad edictum*): *Liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos. sed adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate: ceterum si sui iuris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione.*

<sup>752</sup> D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); D. 38, 17, 5 pr. (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*); D. 38, 17, 5, 1 (Paulo). *Naturalis* en este contexto es el contrario de *adoptivus*.

<sup>753</sup> D. 38, 17, 3 (Modestino, 8 *regularum*); D. 38, 10, 4, 2 (Modestino, 12 *pandectarum*).

<sup>754</sup> KASER (1971) 46-56.

## 2. 2 El supuesto del *pater naturalis* que no fuera *parens manumissor*.

Nos encontramos ante la siguiente situación familiar: padre e hijo estaban *in potestate* de un *paterfamilias* que emancipa al primero, quedando bajo la potestad del abuelo el nieto y, por tanto, conservando el parentesco de agnación entre ambos. En este momento, el abuelo es *parens manumissor* de su hijo y *paterfamilias* del nieto, mientras que el padre del niño es su *pater naturalis*.

El emancipado podría darse en adopción a otra familia, y el único lazo que le uniría a su progenitor y a su hijo sería la cognación, pues ni tan siquiera quedaría el vínculo de patronato. Al morir el abuelo, el hijo emancipado y dado en adopción es un mero cognado suyo, mientras que el nieto, ahora *sui iuris*, sucedería al abuelo como *suus*. En el caso que muriera el niño también, si le sobreviviera su padre, podría pedir la *bonorum possessio* por la tercera clase pretoria, precedido de *liberi y legitimi*<sup>755</sup>. Como sabemos, la madre del fallecido era considerada uno de esos *legitimi* por el senadoconsulto Tertuliano, que la favorecía con el título de heredera civil, y se hacía necesario establecer una prelación para el caso que ambos progenitores optaran a la herencia de su hijo.

Atendiendo a D. 38, 16, 10 (Modestino, 6 *differentiarum*), D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y *Tituli ex Corpore Ulpiani* 26, 8, nos surge la duda de si, como parece apuntar Modestino, el padre al que se refiere es aquel que primero emancipó a su hijo, y al momento del fallecimiento era un mero cognado o, si como sugiere Ulpiano, debe tratarse del *parens manumissor*, el único al que el *ius civile* y el derecho pretorio concedían el carácter de *legitimus*. Ulpiano, en D. 38, 17, 2, 16 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), parece indicar que el padre, ya como *heres*, ya como *possessor*, excluiría en todo caso a la madre del fallecido. Es verdad que el texto, contrapone al *heres legitimus* y al *bonorum possessor contra tabulas* cuando su correlativo debía ser la *bonorum possessio sine tabulas*. Pero, lo que de verdad merece nuestra atención es que el padre estaría aspirando a la *hereditas* o a la *possessio* pretoria en cuanto *parens manumissor*. El tenor del texto es el siguiente:

D. 38, 17, 2, 16 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Undecumque autem acceperit bonorum possessionem pater naturalis, sive legitimus sive contra tabulas, ex quavis parte excludit matrem.*

---

<sup>755</sup> D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), habla de *pater adoptatus vel emancipatus*.

La frase *sive legitimus sive contra tabulas* en D. 38, 17, 2, 16 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), difícilmente puede ser considerada como introducida por la legislación del senadoconsulto Tertuliano y se encuentra en abierta contradicción con D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). En efecto, se vendría a decir que el padre manumisor excluía a la madre del fallecido sin más requerimientos, cuando se había exigido antes que se tratara del padre natural. Por tanto, en el caso que el emancipado se hubiera entregado en adopción, no se ve la razón de anteponerle a la madre del fallecido, siendo a todas luces más justo que, puesto que ambos eran meros cognados, repartieran la herencia. El padre adoptivo que había remancipado al fallecido no tendría derechos en tanto en cuanto no existía parentesco entre ellos.

Por todo ello, la cuestión más importante es identificar los diferentes modelos de relación entre padre natural e hijo, y la posición del primero en relación a la madre:

1º. Un *paterfamilias* emancipa a su hijo, conservando sobre él un vínculo de *parens manumissor*, lo que le otorga ventajas por el *ius civile* y el orden pretorio sobre la madre del fallecido.

2º. En el caso anterior, el propio *paterfamilias* se da en adopción.

3º. Un *paterfamilias* emancipa a su hijo, y éste entra en una familia de adopción. El padre natural mantiene con su hijo parentesco de cognación, perdiendo el carácter de *manumissor*. El padre adoptivo es ahora agnado del adoptado y la herencia del hijo si falleciera *in potestate* no era relevante para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano.

4º. En el caso anterior, si el padre adoptivo a su vez emancipara al adoptado, no conservarían entre ellos vínculo alguno, y la herencia del emancipado entraría en la órbita del senadoconsulto Tertuliano.

5º. Un *paterfamilias* emancipaba a su hijo, pero conservaba la *patria potestas* sobre su nieto *ex filio*. El *pater* es para el emancipado *parens manumissor*, y para su nieto *agnatus proximus*. El emancipado y su hijo son meros cognados.

6º. En el caso anterior, si el abuelo a su vez emancipara al nieto, se convierte en su *parens manumissor*.

El siguiente pasaje nos acerca particularmente a este problema:

D. 37, 4, 17 (Ulpiano, 35 *ad Sabinum*):

*Si pater se dederit in adoptionem nec sequatur cum filius emancipatus ab eo antea factus, quia in alia familia sit pater, in alia filius, bonorum possessionem contra tabulas non potest filius eius habere: et ita Iulianus scripsit.*



Ulpiano acude a la opinión de Juliano en el supuesto en que el padre y el hijo se encontraran en distintas familias, lo que les negaría la posibilidad de acceder a la *bonorum possessio contra tabulas*. Esta solución se muestra demasiado rigurosa dado que existe entre ambos parentesco de sangre. Por ello, la respuesta se habría moderado por parte de otros juristas, tales como Africano y Paulo, llegando a soluciones de compromiso.

El principio general era que la coincidencia de ambos progenitores en la clase *unde legitimi* beneficiaba al padre natural que había emancipado al fallecido, pues en el caso en que el padre natural no optara para sí mismo por un cambio de familia, no se le podría negar la prevalencia sobre la madre. Pero es importante aclarar el problema cuando intervienen tres familias: la primera, originaria, de donde ha salido primero el hijo por emancipación para, posteriormente, entregarse en adopción a una segunda familia. Luego, el propio *parens manumissor*, habría sido adoptado por la tercera familia en cuestión. ¿Es razonable que, puesto que el hijo en familia ajena podía reclamar la herencia de su padre natural aun cuando se encontrara en otra familia, éste tuviera preferencia sobre la madre en caso de fallecimiento del hijo?

El pensamiento de los juristas se dirigía a clarificar las posibilidades del padre natural que no ostentaba la condición de *parens manumissor* al estar él mismo *in potestate*:

1. El *paterfamilias*, abuelo o bisabuelo, es *parens manumissor* primero de su hijo y después de su nieto. En este caso, el padre natural es *sui iuris*, como lo es el hijo, pero no ha sido él quien lo manumitiera sino su ascendiente.
2. El *paterfamilias* (abuelo o bisabuelo) es *parens manumissor* primero de su nieto y después de su hijo. Al fallecer el nieto, el padre es *sui iuris* pero no fue quien manumitió a su hijo, y, por tanto, de nuevo no coinciden la condición de *parens naturalis* y *parens manumissor*.
3. El *paterfamilias* (abuelo o bisabuelo) es *parens manumissor* de su nieto, pudiendo seguir siendo *alieni iuris* el padre del emancipado. El nieto fallece estando su padre, que no lo manumitió, en potestad del abuelo.

Nos parece que el senadoconsulto Tertuliano pensaba en un *pater naturalis* que emancipaba a su hijo quedando como *parens manumissor*, pero también en aquel padre que no lo había emancipado, siendo meramente cognado, por cuya clase podría pedir la *bonorum possessio*. El parentesco de cognación nunca se ve afectado por un cambio en la situación del padre, que puede vivir como *alieni iuris* en su familia originaria, como *sui iuris* una vez

emancipado él mismo o entregarse en adopción a otra familia, causando *capitis deminutio* en la primera familia. Pero, lo que el senadoconsulto Tertuliano sí tuvo interés en establecer es que, en el caso que el padre natural se diera en adopción ya no se aplicaría la preferencia sobre la madre del fallecido, y ahora, aun estando vivo el padre del de *cuius*, la madre podría heredar, como expresa:

D. 38, 17, 2, 17 (Ulpiano, *13 ad Sabinum*):

*Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.*

Lo anterior no deja de ser un razonamiento bastante lógico y ajustado a la realidad social de la época, pues se considera que el hijo, una vez adoptado, ha dejado a sus agnados y a su madre, que vive con el padre natural. Pero si éste se dejara adoptar, ya no es *pater* en la concepción de los juristas que interpretaban el senadoconsulto Tertuliano, y hace posible la llamada a la madre del fallecido.

Ahora bien: hemos de volver los ojos a D. 38, 17, 2, 16 (Ulpiano, *13 ad Sabinum*), pues si bien nos queda bastante claro que si padre e hijo hubieran permanecido ligados a la misma familia, el padre natural excluiría a la madre *ex Tertulliano*, se echa en falta una consideración por parte de Ulpiano del caso de la adopción por el abuelo, lo que induce a valorar un posible acortamiento del texto. Efectivamente, fruto de ese recorte, se habría suprimido el caso de la adopción por parte del abuelo, bastante común por cierto, aunque el padre natural habría desplazado al abuelo al igual que hiciera con la madre. Por el contrario, los compiladores optaron por no eliminar el caso más llamativo, es decir, aquel en que padre e hijo acababan en familias diversas.

LA PIRA opina en este sentido que “*en aquel caso en el que el padre de la familia es un mero cognado de su hijo, al haber sido adoptado por otra familia, sólo se le prefiere si no vive la madre aunque haya agnados del fallecido que a su vez hubieran excluido a la madre. En cambio, si hay agnados y la madre viva, ésta sucede y es preferida a dichos agnados y al padre. Así, la madre por el senadoconsulto Tertuliano excluye a los agnados, y estos a su vez al padre que fue adoptado, y, por ello, en ese caso la madre es preferida al padre del fallecido*”.

En conclusión, y a modo de resumen, podemos indicar que el requisito para que el padre prevaleciera sobre la madre del fallecido era la permanecía de los lazos familiares. Ese ligamen se conservaba de dos formas: o bien el padre natural era a la vez *parens manumissor* de su hijo

o, seguían ambos unidos por la misma familia, ya como agnados si el padre estaba *in potestate* y el hijo era adoptado por el *pater familias* de éste o como cognados si, aun adoptándolo el abuelo, el padre del fallecido era *sui iuris*. Sin embargo, el padre perdía su condición de *parens manumissor* cuando el hijo entraba en otra familia o incluso si, tras una segunda emancipación, saliera de la misma. En esos momentos, las expectativas del padre no eran mejoradas respecto al resto de los meros cognados y, estando viva la madre del fallecido, ostentaba mejor derecho *ex Tertulliano*.

2. 3. La frase de cierre de D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): *Sed nec ad bonorum possessionem contra eum tabulas admitti, pater cum pater esse desierit*.

Finalmente nos enfrentamos a unas líneas difíciles de considerar como clásicas, que refieren el caso del padre del fallecido no admitido a la *bonorum possessio contra tabulas*<sup>756</sup>, pues es bien cierto que podríamos prescindir de esa frase sin que se modificara nuestra interpretación anterior del texto sobre la exclusión del padre adoptivo por la madre del fallecido.

No parece coherente con la línea de pensamiento previa una referencia de Ulpiano a la admisión de ambos progenitores, aunque el jurista podría estar planteando un problema muy específico: la emancipación del hijo adoptivo había eliminado el parentesco artificialmente creado, pero al mismo tiempo se habría instaurado un derecho sobre la herencia del *emancipatus adoptatus* como *manumissor extraneus*, lo que permitía al padre adoptivo solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* o *sine tabulas* con una ventaja que le otorgaba el pretor sobre otros parientes, *decem personis*, en palabras de Modestino.

MEINHART<sup>757</sup> califica de engañosa esta frase, y, aunque admite que se hubiera mencionado el hecho de negarle la *bonorum possessio contra tabulas* viviendo la madre del fallecido, la considera una aclaración superflua pues nadie esperaba que el *manumissor extraneus* fuera antepuesto a la madre. Además, atendiendo a D. 38, 17, 5, 2 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*) fragmento del que la frase *itaque rectius est, avo ius suum conservare, qui et contra scriptos heredes bonorum possessionem accipere solet*,

---

<sup>756</sup>BERGMAN (1912) 147 señala la mala redacción de la frase, por la repetición manifiesta en *pater cum pater esse desierit*, así como de la partícula adversativa *sed* es una intrusa y la falta de concordancia verbal.

<sup>757</sup>MEINHART (1967) 280.

parecería por el uso del comparativo *rectius* que Paulo consideraba que la solución debía aplicarse también a la herencia intestada<sup>758</sup>.

Por todo lo anterior, cuestionamos la autenticidad de esta frase, que podría ser producto de los compiladores, y debemos obviarla en relación al mensaje principal que nos transmiten las frases primera y tercera del texto, ulpianos sin duda, que no es otro que la preferencia del *pater naturalis*, que no el padre adoptivo, sobre la madre del fallecido.

En efecto, y para concluir, podemos resumir las ideas propuestas sobre el análisis de D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

En primer lugar, para el supuesto que el fallecido dejara a su madre y a su padre, cumpliendo la primera los requisitos exigidos para suceder (*ius liberorum*) el padre excluiría a la madre del fallecido, según la letra de la norma, pero a éste también se le iban a aplicar unas exigencias, adunto al que también se referiría Ulpiano en D. 38, 12, 2, 20 (Ulpiano 13 *ad Sabinum*). En segundo lugar, en el caso que el fallecido hubiera sido adoptado tras su emancipación por el abuelo o bisabuelo, la madre sería preferida a éstos. Por último, se exigiría al padre del fallecido, bien como *heres* bien como *bonorum possessor*, que estuviera en posesión de la herencia, habiendo llegado a ésta segunda por la clase *unde legitimi* si fue él quien emancipó al hijo, o *unde cognati* si lo había emancipado otra persona. Además, como excepción a la preferencia del padre natural sobre la madre del fallecido la entrada del padre *in aliena familia* unida a la presencia de otros agnados, favorecería a la madre:

D. 38, 17, 2, 17 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.*

---

<sup>758</sup> BESELER (1930) 193.

### 3. Los hermanos del fallecido como competidores de la madre.

El último grupo de parientes cuya competencia con la madre del fallecido toma en consideración el senadoconsulto Tertuliano comprende a los hermanos y las hermanas agnadas del mismo, los cuales, siendo hermanos naturales o por adopción, debían haber conservado el lazo de agnación con el fallecido para aspirar a su herencia:

D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.*

D. 38, 17, 2, 19 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed et si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea, ut puta “quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit”, sit praeterea et pater naturalis: haec mater si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem: si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatus consulto venire propter patrem non potest, repudiante vero patre rursum ex senatus consulto potest venire.*

Asimismo, inciden en la necesidad de conservación del parentesco de agnación:

Gai. 3, 21:

*Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur.*

Instituciones, 3, 3, 3:

*Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primi gradus sive ulterioris. sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus matri*

*anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori*<sup>759</sup>.

*Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8:

*Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suo heres sit. quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorum possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus, quod si soror consanguinea sit ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

En los casos de preferencia de los descendientes y del padre natural sobre la madre del fallecido<sup>760</sup>, ésta era apartada por parientes con título civil o pretorio, pero cuando se contempla la concurrencia con *fratres et sorores*, el vínculo civil debe siempre conservarse para que los *fratres consanguinei* excluyan a la madre<sup>761</sup>. La concurrencia se resuelve de la siguiente forma: en el caso que hubiese hermanos y hermanas, todos excluyen a la madre y se reparten la herencia por cabezas, pero en el supuesto que sólo hubiese una hermana, se produce un concurso con la madre del fallecido por mitad<sup>762</sup> (parece que el senadoconsulto no habría contemplado que la madre repartiera con más de una hermana, lo que como veremos dio lugar a cierta confusión en el Bajo Imperio). En realidad, el único ejemplo puro de concurrencia entre parientes es el referido a la madre y la hermana, pues, en sentido estricto, los dos otros casos no dan opción a la madre del fallecido al ser excluida por la presencia de hermanos varones.

Puede decirse que las reglas generales de la delación en la sucesión intestada no siempre se podían aplicar al orden establecido por el senadoconsulto Tertuliano, pues, como hemos visto, ordinariamente las personas llamadas a pedir la *bonorum possessio unde legitimi* bloquearían el paso a la madre del fallecido aun siendo ella ahora también heredera legítima<sup>763</sup>. En bastantes ocasiones, competían por la herencia la madre y los *fratres o sorores*

---

<sup>759</sup> MEINHART (1966) 102 ss.; QUADRATO (1969) 370 ss.

<sup>760</sup> VOCI (1963) 25 ss.; (1968) 400 ss.

<sup>761</sup> Constantino modifica esa situación, Código Teodosiano 5, 1, reconociendo un cierto derecho a los colaterales que había causado *capitis deminutio*.

<sup>762</sup> D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); D. 38, 17, 2, 17 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>763</sup> VOCI (1963) 21 y 22.

consanguíneos (o ambos) de un fallecido cuyo padre había muerto también previamente<sup>764</sup>, razón por la que todos ellos eran *sui iuris*. Pero, otras veces, esos hermanos agnados se habían ganado por arrogación o adopción<sup>765</sup> y eran tratados por el senadoconsulto Tertuliano igual que los hermanos naturales, perjudicando unos y otros las expectativas sucesorias de la madre del fallecido:

D. 38, 17, 7 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*):

*Si quis intestatus decesserit relictis matre et fratre consanguineo vel sorore quamvis per adrogationem quaesitis, eadem iura in persona matris servantur, quae et naturalibus extantibus liberis.*

En efecto, este supuesto se refiere al hermano (o la hermana) consanguíneos en virtud de *adrogatio*, y no faltan autores que cuestionan que se tratara en la práctica por igual a los hermanos naturales y a los que no lo eran<sup>766</sup>. La sospechosa mención a la *adrogatio* no afecta al final del texto con su referencia a los *liberi*, y, de hecho, Paulo hablaba claramente de los hermanos del fallecido que no se podían equiparar con los descendientes del mismo, salvo que los propios hermanos hubieran sido arrogados por el fallecido. Parece más probable que la palabra *liberi* se refiriera al sustantivo *matris*, y, por tanto, a los hermanos del fallecido por parte de madre, es decir, naturales. Esto confirmaría que el texto fue más detallado en origen, y que la expresión *per adrogationem quaesiti* se refería<sup>767</sup> a los hijos y hermanos varones adoptivos del fallecido, equiparados respectivamente a los hijos y hermanos varones naturales como aquellos que cerraban el paso a la madre del fallecido, pues las hermanas repartían la herencia con la madre.

Posiblemente el efecto más llamativo de la posición reconocida por el senadoconsulto Tertuliano a los hermanos y hermanas es la prevalencia de éstos sobre el padre del fallecido, pues, hasta este momento, el *pater naturalis* había salido notablemente beneficiado por el senadoconsulto: recordemos que tan sólo se le apartaba cuando el *pater naturalis* y el hijo habían acabado perteneciendo a distintas familias, caso en que se anteponía la madre del fallecido.

---

<sup>764</sup> Se obvia la referencia al padre que regresa del cautiverio: D. 38, 16, 1, 15 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) puesto que deben el fallecido y los herederos ser gemelos; D. 38, 16, 4 (Pomponio, 4 *ad Sabinum*).

<sup>765</sup> D. 38, 6, 1, 6 (Ulpiano, 44 *ad edictum*).

<sup>766</sup> ALBERTARIO (1946) 202; CASTELLI (1923) 173, nt. 3; BONFANTE (1974) 34; BERGMAN (1912) 106, 114, 147, nt. 9.

<sup>767</sup> La inclusión en la familia de los hermanos adoptivos es análoga a la pertenencia a la familia de los hijos adoptivos. D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 5 pr. (Paulo, *libro singulari ad senatusconsultum Orphitianum*).

Sin duda, uno de los temas más polémicos que se planteara a raíz de la promulgación del senadoconsulto Tertuliano, y que estudiaremos en el capítulo siguiente al referirnos a la sucesión de la delación y el derecho de acrecimiento, debió ser el de la posición de la madre cuando la hermana consanguínea no adquiriría la herencia. En efecto, parece que la norma preveía que la madre no accediera a la herencia, y, estando vivo el padre natural, éste podía solicitar la *bonorum possessio unde cognati*, debiendo esperar la madre a que éste ejercitara su derecho antes de pedirla ella misma, solución análoga a:

D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si quis decessisset relicta filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre, divus Pius decrevit cessare senatus consultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam. sed quod idem Iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit: succedit enim filiae. et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur.*

Un decreto de Antonino Pío, tal y como vimos con anterioridad, contemplaba el caso del fallecimiento de alguien cuya hija había dado en adopción. Sobreviviendo al difunto dicha hija y su madre, abuela de la joven, se suspendía la aplicación del senadoconsulto Tertuliano y ambas eran admitidas conjuntamente a la posesión de los bienes. En ese supuesto, las llamadas concurrían en cuanto cognadas por el *ius antiquum*, pues se les cerraba la vía del *ius novum* que representaba el senadoconsulto Tertuliano al haber salido la hija de la familia del fallecido por la adopción<sup>768</sup>. No obstante, para dicha situación, Juliano pudo considerar que la madre sólo fuera admitida a la llamada por el senadoconsulto Tertuliano si la hija pedía la *bonorum possessio*, estando subordinado el llamamiento de la madre al de la hija de la persona fallecida. Pues bien: algo análogo ocurría entre la hermana y madre del fallecido, pues la llamada de la segunda se hacía efectiva si la primera aceptaba, de forma que su renuncia beneficiaría al padre natural. Sin embargo, para Ulpiano la madre que concurría con la hermana lo hacía en calidad de *legitima*.

---

<sup>768</sup> VOICI (1963) 20 ss.



Una hipótesis singular es la confluencia de ambos senadoconsultos, Tertuliano y Orficiano, cuando una mujer dejara al fallecer hijos y a su madre, siendo ambos herederos civiles. Parece que en esa situación los hijos eran preferidos a la madre<sup>769</sup> según:

Instituciones, 3, 4 pr.-4:

*Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus consulto Orfitiano effectum est, quod latum est Orfito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris. 1 Sed cum ex hoc senatus consulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur. 2 Sciendum autem est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orfitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferuntur. 3 Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus consulto admitti. 4 Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint, ad crescit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Tal y como hemos comentado, si la hermana (o hermanas) aceptaran la herencia, se procedía al reparto de los bienes con la madre del fallecido por partes iguales, de manera que puede afirmarse que el término concurrencia, que nunca convenció a VOICI<sup>770</sup>, muestra su significado más exacto en el supuesto en que sobrevivan al fallecido su madre y su hermana<sup>771</sup> pues sólo la hermana consanguínea, o más de una (aunque este caso no se contempla expresamente<sup>772</sup>) y la madre, concurren en igualdad, algo que no ocurre entre padre natural y madre del fallecido, ni, por supuesto, entre los descendientes y la madre del fallecido.

Por todo ello, las cuestiones más conflictivas pueden concretarse en:

---

<sup>769</sup> Los hijos dados en adopción gozaron de una protección posterior por el *decretum* de Antonino Pío. Por ello, puede admitirse que los hijos de la fallecida y su madre dividieran los bienes, siendo postclásica la preferencia de los hijos, recogida ya en C. 6, 57, 1 *Imp. Alexander A. Euangelo. Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet.* [a. 225].

<sup>770</sup> VOICI (1963) 22.

<sup>771</sup> D. 38, 17, 7 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*).

<sup>772</sup> YARON (1957) 385 ss.

1º. Una posible subordinación del derecho de la madre al de la hermana del fallecido aun siendo llamadas conjuntamente a la herencia de su hermano e hijo respectivamente.

2º. La aceptación de la herencia por la hermana, favorecería a la madre y supondría la exclusión del padre natural.

3º. La posible renuncia de la hermana a heredar, privaba a la madre del fallecido de sus expectativas si viviera el padre natural, que sólo podría acceder por la *bonorum possessio*. Si dejara pasar esa oportunidad, la madre reclamaría la herencia *ex Tertulliano*<sup>773</sup>.

4º. En los casos, no muy habituales en el siglo II d. C., en que la madre casada *in manu* fuera *soror consanguinea* de su hijo, excluiría al padre en tanto llamada a suceder tanto por la Ley de las XII Tablas como por el senadoconsulto Tertuliano. Pero, si renunciara al derecho que le otorgaba el *ius antiquum*, la única forma de acceder a la herencia de su hijo fallecido sería pedir la *bonorum possessio unde legitimi* en cuanto consanguínea o esperar a que el padre natural no la ejercitara y acceder *ex Tertulliano*.

Sin embargo, aunque la madre fuera excluida por la aceptación de parientes agnados con mejor derecho<sup>774</sup>, no perdía todas sus aspiraciones en situaciones de *abstentio*, *restitutio in integrum* o caída de una previa *bonorum possessio provisorum*<sup>775</sup>, que analizaremos en el capítulo siguiente.

La madre no era *sua heres*, y debía realizar tras serle deferida la herencia un acto de adición o decidirse por la solicitud de la *bonorum possessio unde legitimi*. Como último recurso, le quedaba siempre a salvo su oportunidad como cognada, la *bonorum possessio unde cognati*, si bien en este caso no le hacía falta la aplicación de las normas del senadoconsulto Tertuliano<sup>776</sup> sino las reglas de la sucesión pretoria.

Hemos de volver a detenernos en:

D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi*

---

<sup>773</sup> YARON (1957) 400 ss.

<sup>774</sup> Salvo que se califique a la madre como *soror consanguinea* título que si excluiría al padre.

<sup>775</sup> D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 10-14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>776</sup> D. 38, 17, 2, 20 y 21 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

*cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.*

Ulpiano se refiere una vez más al padre en *sit et pater vel adoptatus emancipatus* siendo esos dos atributos de la situación legal del mismo esencial para los hechos<sup>777</sup>, pues nos remite a D. 38, 17, 2, 17 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) que trataba de la adopción en una familia extraña<sup>778</sup> del padre del fallecido, que a su vez había sido emancipado.

Nos encontramos ante un *pater adoptatus* que no mantiene parentesco de *agnatio*<sup>779</sup> con el fallecido al haberlo emancipado. El hijo ha sido adoptado luego por el abuelo, y, a la muerte de éste, no recae de nuevo bajo la *potestas* de su padre, pasando a ser persona *sui iuris*. Nos vendría bien conocer si, en D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), la hermana del fallecido era hija del mismo padre que lo emancipó, o si resulta ser su hermana tras la adopción por el abuelo (por ejemplo, una hija del abuelo, es decir, su tía paterna).

En todo caso, lo que interesa a Ulpiano recordar es que los dos padres que tuvo el fallecido acaban relacionados con él sólo como cognados después de las respectivas emancipaciones.

Continuando con nuestro análisis del texto, nos detenemos en la siguiente frase: *si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit.*

Verdaderamente, se trata de un caso extraordinario y complejo, pues han sobrevivido al fallecido su padre, su hermana y su madre, todo un reto para aplicar el juego de reglas para la concurrencia entre los aspirantes a la herencia *ex Tertulliano*. La hermana es la mejor situada de todos ellos, y obtiene la herencia *ex lege*, en cuanto agnada. Las expectativas de la madre dependen de la aceptación de la hermana del difunto, y el padre podría suceder con la *bonorum*

---

<sup>777</sup> FERNÁNDEZ VIZCAINO (2011) 570 ss..

<sup>778</sup> MEINHART (1967) El hecho de que estos dos términos son contrarios entre sí es particularmente claro en D. 29, 5, 1, 9 (Ulpiano 50 *ad edictum*): *In eo qui est in adoptionem datus, non putamus locum habere senatus consultum, quamvis in adoptato locum habet*, cuando en la investigación de a quién se refiere el senadoconsulto Silaniano como *liberi* se decide que aquellos que salen de su familia a una extraña no son incluidos. los que son adoptados en la familia.

<sup>779</sup> D. 1, 7, 41 (Modestino, 2 *regularum*): *Si pater filium, ex quo nepos illi est in potestate, emancipaverit et postea eum adoptaverit: mortuo eo nepos in patris non revertitur potestatem. nec is nepos in patris revertitur potestatem quem avus retinuerit filio dato in adoptionem, quem denuo redadoptavit*. Por familia se entiende aquí personas unidas por relación de parentesco cognaticio el cual, a diferencia del agnaticio, no se extingue por la emancipación.

*possessio unde cognati* en caso de renuncia a su derecho por la hermana <sup>780</sup>. Resulta, sin duda, meridianamente claro que si bien las modificaciones del senadoconsulto Tertuliano demuestran gran interés en favorecer a la madre del fallecido, no llegan a superarse los viejos principios del *ius civile*, y se mantienen las prerrogativas de los agnados más cercanos.

Por otra parte, se plantea una interesante cuestión desde el punto de vista dogmático, que no es otra que la existencia del derecho de acrecimiento en el último párrafo de D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): *repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere*, que abordaremos en el capítulo VI de este trabajo.

Tal y como vimos, el tratamiento de la herencia del fallecido que, tras la emancipación había sido adoptado en su propia familia era diferente del otorgado a la herencia del emancipado adoptado por familia ajena a la de su *pater naturalis*. Es cierto que ambas situaciones se mantiene el parentesco de cognación entre padre e hijo, y, por tanto, se permite al primero aspirar a la *bonorum possessio unde cognati*. Pero recordemos que el padre pierde la ventaja sobre la madre del fallecido si hay una *soror consanguinea* que decide aceptar la herencia. Perteneciendo padre e hijo fallecido a familias diversas, si la competencia se produjera entre la hermana, el padre, la madre y otro agnado de grado superior, por ejemplo el tío del fallecido, éste sería excluido por la madre si la hermana aceptara, y tan sólo en caso de renuncia de la madre se produciría la llamada al *adgnatus proximus*, que recordemos no es el padre. Procedería entonces el recurso al *ius vetus*, lo que parece vulnerar el principio *in legitimis successio non est*: no debe ser causa de alarma, puesto que la transición del *ius novum* al *ius vetus* sucede cuando todos los principios del senadoconsulto Tertuliano son inaplicables, es decir, cuando han sido agotadas las posibilidades que ofrece el *ius novum*<sup>781</sup>.

Finalmente, en relación al concurso de la madre y las hermanas del fallecido, YARON<sup>782</sup> se ha ocupado de una variante de la cuestión, que no es otra que la existencia no de una hermana consanguínea, sino de varias. El objeto de su análisis es discernir por qué los textos parecen ofrecer una solución distinta cuando había hermanos de distinto sexo, los cuales compartían la herencia entre ellos excluyendo a la madre, de la ofrecida cuando hubiera varias hermanas, que debían dividir la mitad de la herencia entre ellas, pues la otra mitad correspondía a la madre, sin duda un tratamiento no equitativo y que perjudicaba sin razón a las hermanas.

---

<sup>780</sup> Intituciones, 3, 3, 3.

<sup>781</sup> Esta afirmación fundamental consiste en derecho, si cuando, como antes brevemente fue indicado, la aprobación de la familia extraña de vez en cuando fue negado.

<sup>782</sup> YARON (1957) 385 ss.

Parece difícil que el senadoconsulto Tertuliano tuviera en mente el caso de pluralidad de hermanas<sup>783</sup>, pero menos se entiende que, si el caso se consideró, la solución privilegiara a la madre de esa forma. En todo caso, las normas postclásicas<sup>784</sup> fueron mejorando la posición de la madre cuando había varias hijas. Así se aprecia en:

Código Teodosiano, 3, 8, 2, 1:

*Illud etiam addimus, legi, si aliquis ex filiis. Quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non etiam fratrem reliquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, sed etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantu, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore suscepti matrimonio filiis relinquat nec super istius modi facultatibus testandi in quam libet aliam extraneam personam vel quidquam alienandi habeat potestatem*<sup>785</sup>.

Nos hallamos ante el supuesto de una madre casada en segundas nupcias, cuyo hijo ha fallecido, y se menciona, como novedad, la existencia de varias hermanas, sin que se sepa si la persona fallecida era hombre o mujer. Este extremo resulta relevante pues, si el fallecido era un varón, la madre obtendría una porción de la herencia con las hermanas, pero no habría justificación para que se le diera una mitad de la herencia. Por el contrario, siendo mujer la fallecida, se aplicaría el trato de favor a la madre, fruto de una restricción artificial del texto original que, como acabamos de ver, no contenía referencias al sexo de la persona fallecida<sup>786</sup>.

---

<sup>783</sup> D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 8; *Institutiones* 3, 3, 3.

<sup>784</sup> YARON (1957) 385 ss.; D. 37, 8, 1, 11. La *nova clausula Iuniani* preveía que si había un emancipado que concurría a la herencia con sus hijos que habían quedado bajo la potestad del fallecido obtuviera la mitad, y la otra mitad fuera para el resto de *filii*. Se trata de un caso muy distinto al del senadoconsulto Tertuliano, aunque de una época similar.

<sup>785</sup> C. 5, 9, 3 *Imp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Floro pp. D. xv [a. 382]* repite el caso muy alterado, pues elimina *qui sorores vel sororem, non etiam fratrem reliquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, sed etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantu, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit*.

<sup>786</sup> YARON (1957) 385 ss. Para la *Lex Romana Wisigothorum* 28, 2-3, la madre siempre conseguía la mitad: *mater per fratrem excluditur, et in successione frater cum sorore aequa sorte succedat. quod si frater defuerit, mater et filie, quante fuerit, aequales capiunt portionem, secundum speciem Pauli libro quarto: de intestatorum successione. ad senatusconsultum Tertullianum*.

Código Teodosiano 5, 1, 8:

*Mater, qua habens ius liberorum defuncto filio sine liberis filiave, cuius eius sorore succedit, pari sortis paternae teneatur exemplo, ut, si torum priorem secundo non mutarit amplexu, omnia filii morte delata pleno iure conquirat.*

En el siguiente pasaje se nos vuelve a hablar de *soror* en singular:

*C. 6, 56, 5 Impp. Theodosius et Valentinianum AA. ad senatum urbis Romae. Mater, quae defuncto filio filiave sine liberis ex testamento vel ab intestato succedit, si matrimonium secundum post mortem filii vel filiae non contraxerit, omnia filii morte delata pleno iure conquirat. I Sin vero alterius elegerit coniugium mariti, extrinsecus quidem quaesita filio filiaeve simili firmitate possideat, rerum vero paternarum defuncti solo usu fructu humanitatis contemplatione potiatur, proprietatem sorori et fratribus transmissura defuncti. D. vll id. Nov. Ravennae 17 Theodosio XII et Valentiniano II AA. cons.*

*Interpretatio: Mater, ius libeororum habens mortuo filio vel filia, si superstes alias filias habuerit et filium non habuerit, cum filiabus aequali sorore succedat, hoc est ut mater mediam et filiae, quanta fuerint, mediam vindicent portionem: ita ut, si alium maritum non acceperit, portionem, quam consecuta est, faciendi de ea quod voluerit habeat potestatem.*

[a. 426]<sup>787</sup>

YARON cree que, hablando en equidad, las hermanas sucederían proporcionalmente, como ocurría con los hermanos varones, si bien vislumbra una posibilidad que explicara el interés por beneficiar a la madre con una mitad de la herencia: en su opinión, las hermanas del fallecido no siempre son hijas de la madre. En época clásica cada una de las mujeres llamadas recibiría, según la referencia *aequa sorte succedat*, una parte proporcional siendo Código Teodosiano 3, 8, 2, 1 la primera mención a un reparto que beneficiara a la madre recibiendo más bienes de la herencia que las hermanas del causante. Igualmente, Código Teodosiano 5, 8, 1 como C. 6, 56, 5 *Impp. Theodosius et Valentinianum AA. ad senatum urbis Romae* [a. 426] siguen esa línea. Y, lo que es más, en C. 6, 57, 1 *Imp. Alexander A. Euangelo* [a. 225] incluso habiendo hermanos, tiene derecho a suceder la madre. Justiniano, en definitiva, quiso favorecer a la madre sobre las hermanas, tratando de hacer pasar este beneficio como norma clásica procedente del senadoconsulto Tertuliano

---

<sup>787</sup> Paulo, *Sententiae* 4, 9, 10.

En conclusión, puede rechazarse que, originariamente, el silencio de la norma sobre la concurrencia de la madre y varias hermanas significara el perjuicio de éstas, aunque debió esperarse a la Novela 22, 47, 2 el año 535 d. C. para acabar por situar a la madre en igualdad con los hermanos y hermanas, finalizando esta controversia.

Finalmente, el último caso recogido por Ulpiano sobre la concurrencia entre la madre y los hermanos o hermanas del fallecido sería:

D. 38, 17, 2, 19 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed et si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea, ut puta “quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit”, sit praeterea et pater naturalis: haec mater si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem: si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatus consulto venire propter patrem non potest, repudiante vero patre rursum ex senatus consulto potest venire.*

En este pasaje la madre era también agnada (*soror*) del fallecido, *sed et si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea*, pues el niño había sido adoptado por su abuelo materno, que ejercía a su vez la *patria potestas* sobre su hija, madre del adoptado<sup>788</sup>. Por algún motivo que desconocemos, el padre biológico del niño no ostentaba la *potestas* sobre su hijo, y mantenía con éste parentesco de cognación mientras que la madre, en cuanto hermana agnaticia, aspiraba a la *hereditas* legítima del hijo fallecido, tanto por el *ius civile vetus* como por el *ius civile novum*<sup>789</sup>. En el caso que primero hubiera muerto el abuelo, padre adoptivo, y posteriormente el niño, el *pater naturalis* de éste no tendría derecho alguno a esa herencia pues su hijo sería *sui iuris* tras la muerte de su abuelo. La madre del fallecido sería llamada como heredera legítima aunque a MEINHART le cabe la duda de si era en base al *ius antiquum* o *ex Tertulliano*.

Puestos a buscar una explicación sobre esta singular familia, nos encontramos con tres opciones muy probables: por un lado, que el padre del niño marchara a campaña militar y

---

<sup>788</sup> Aunque al ejemplo no se le puede objetar formalmente nada, BERGMAN (1912) 106 ss., en base a D. 37, 4, 10, 1 (Ulpiano, 40 *ad edictum*) considera que debe eliminarse la referencia a la adopción por el abuelo materno pues sólo desde Justiniano puede adoptar al nieto para que lo suceda. MEINHART (1967) 292 ss., cree que no puede tratarse de otro caso, pues eran ya muy poco habituales en la época de promulgación del senadoconsulto Tertuliano los matrimonios acompañados de *conventio in manu*. Además, con este ejemplo no se dice que el abuelo materno excluya a nadie, simplemente que resultaría beneficiado frente a los *extranei*. LENEL (2000) sp. 1047 también ponen objeciones a este ejemplo, *ut puta quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit, sit praeterea et pater naturalis*.

<sup>789</sup> El *filius in potestate* del abuelo no es diferente porque el padre en ningún caso sería *manumissor* de su hijo. Aparte de la adopción por el abuelo materno en tiempo de guerra, también en el tiempo de este comentario era concebible que la hija única o alguna de las hijas se casara y sus hijos permanecieran bajo la *potestas* del abuelo. Por otra parte, la madre del adoptante no podría concurrir, tras su fallecimiento con el hijo adoptivo que siempre sería preferido. KASER (1950) 64 ss. y (1971) 589 ss.; DALLA (2007) 683-690.

quisiera mantener a su familia fuera de incertidumbre por si caía prisionero, por lo que convendría en que su hijo fuera adoptado por el abuelo materno; en segundo lugar, el padre podría buscar para el hijo una mejor posición en la herencia de la adinerada familia de su mujer. La última posibilidad es que el abuelo adoptara a su nieto, huérfano de padre, al prever que su hija no iba a tener el *ius liberorum* y no se la podría llamar por el senadoconsulto Tertuliano, de manera que así el patrimonio del niño quedara en la familia.

LENEL<sup>790</sup> interpretar la frase *quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit* en el sentido que el fallecido fuera un hijo cuyo padre fue emancipado por el abuelo pero cuya madre había quedado *in manu*. Aunque no puede negarse que esa posibilidad existiera, y que Ulpiano introdujera más de un ejemplo de madres que eran *sorores* de sus hijos, entendemos que difícilmente se habría dirigido el senadoconsulto Tertuliano a la mujer *in manu* de su suegro tras haber sido su marido emancipado por el *paterfamilias*, mientras que parece más acorde a la realidad social del siglo II d. C. la adopción de los nietos *ex filia* por el abuelo.

En todo caso, el mayor interés que suscita el polémico D. 38, 17, 2, 19 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) es conocer si la madre, agnada para la Ley de las XII Tablas y heredera legítima para el senadoconsulto Tertuliano, es llamada por uno u otro derecho, sobre todo para descartar la prevalencia del padre natural que también hubiera sobrevivido al hijo. Pues bien: el propio texto indica *haec mater si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem*.

Hasta ahora, veíamos que la madre era excluida por el padre natural salvo que no tuviera interés en adquirir la herencia, en cuyo caso podría pedir la *bonorum possessio unde cognati*. Si acudiera por el *ius civile vetus*, como agnada, desplazaría a todos los consanguíneos. Pero también le era favorable el llamamiento como hermana por el senadoconsulto Tertuliano, pues obtendría una mejor posición que el resto de consanguíneos, no viéndose obligada a repartir la herencia con ellos<sup>791</sup>. En definitiva, si la madre fuera agnada de su hijo, puesto que el senadoconsulto Tertuliano no excluía la posibilidad de acudir a la regulación de la Ley de las XII Tablas, quedaba a su arbitrio la opción a elegir para hacerse con los bienes de su hijo.

Llegados a este punto, acerca del complejo sistema de concurrencias establecido por el senadoconsulto Tertuliano, puede concluirse, tal y como indica PEROZZI<sup>792</sup> que la norma en ocasiones privaba a la madre de la herencia de sus hijos, y que incluso hubo normas que trataron de impedir la herencia legítima de la misma, tales como las constituciones imperiales

---

<sup>790</sup> LENEL (2000) b 1047, 2520-2521. El padre natural tanto podría seguir siendo *sui iuris* o haberse dado en adopción. DALLA (2007) 683 ss.

<sup>791</sup> En particular, YARON (1957) 389 ss. sobre el reparto de la madre con más de una hermana del fallecido.

<sup>792</sup> PEROZZI (1928) 589 ss.



que acotaron el campo de aplicación del mismo. Por ejemplo, el rescripto de Antonino Pío recogido en D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) ordenaba que los hijos del difunto *in adoptiva familia* relegaran a la madre del causante. Asimismo, hubo normas imperiales que establecieron que, si el fallecido dejaba nietos de su *filia* premuerta, fueran éstos antepuestos a su abuela paterna. En el otro extremo, disposiciones posteriores tendieron a mejorar la posición de la madre cuando concurría con varias hermanas, de forma que mantenía su mitad como si concurriera con una sola hermana<sup>793</sup>. Constantino avanzaría un paso más allá en el derecho sucesorio que asistía a la madre, separando cada vez más sus expectativas del *ius liberorum*, y concediéndole un tercio de la herencia en todo caso, una cantidad que más tarde fue aumentada a dos tercios por Teodosio y Valentiniano hasta la abolición del instituto por Justiniano en el año 528 d. C., cuando por fin se otorgaría a la madre una cuota viril en concurso con hermanos y hermanas del difunto. Por fin, la madre del fallecido tendría preferencia sobre los agnados y consanguíneos más lejanos de su hijo, aunque siempre quedaría excluida por el *parens manumisor* si no existieran hermanos ni hermanas consanguíneas. Si el padre natural hubiese muerto, la herencia se dividiría por cabezas entre la madre, los hermanos y hermanas<sup>794</sup>.

---

<sup>793</sup> YARON (1957) 390 ss. Paulo, *Sententiae* 4, 9, 10. Novela, 22, 47, 2.

<sup>794</sup> Si no quedasen más que hermanas, la madre recibiría la herencia junto a éstas por mitad como vimos en la tesis expuesta por YARON (1957) 385 ss.



## Capítulo IV

### Fundamentos y principios rectores del senadoconsulto Orficiano

#### I. Fundamentos para la consideración de los hijos como herederos civiles de la madre.

1. Marco Aurelio: el tiempo del emperador filósofo.
2. El patrimonio de la mujer romana: los *bona materna*.
  2. 1. Bienes procedentes de disposiciones *mortis causa* a favor de la mujer: legado *de parata* y legado de dote.
  2. 2. La dote.
  2. 3. Las donaciones a favor de la mujer casada.
  2. 4. Los bienes *extra dotem*.
  2. 5. El peculio de la mujer casada.
  2. 6. Otros bienes integrantes del patrimonio de la mujer: los rendimientos de actividades laborales y profesionales.
  2. 7. Regulación postclásica de los *bona materna*.

#### II. El senadoconsulto Orficiano en las fuentes y en la doctrina.

1. El senadoconsulto Orficiano en las fuentes.
  1. 1. *Corpus Iuris Civilis*.
  1. 2. Código Teodosiano.
  1. 3. *Tituli ex corpore Ulpiani*.
  1. 4. Sentencias de Paulo.
2. *Status quaestionis*.
  2. 1. Moscatelli.
  2. 2. La Pira.
  2. 3. Lavaggi.

2. 4. Sanfilippo.
2. 5. Volterra.
2. 6. Meinhart.
2. 7. Voci.
2. 8. Samper.
2. 9. Varela.
2. 10. Fernández Vizcaíno.

## **I. Fundamentos históricos, políticos y jurídicos del reconocimiento de los hijos como herederos civiles de la madre.**

### I. Marco Aurelio: el tiempo del emperador filósofo.

La obra política de Adriano no sólo lograría el consenso y la aprobación de sus conciudadanos sino la admiración y la continuidad en los gobiernos de Antonino Pío (138-161 d. C.) y Marco Aurelio (161-180 d. C.). El primero de ellos, mantuvo las reformas adrianeas, aunque con Marco Aurelio se revelaron insuficientes ante el empeoramiento de la situación económica, social y política. Por lo tanto, puede decirse que dichas reformas subsistieron para dos generaciones de romanos.

Adriano había muerto el diez de julio del año 138 d. C. siendo el siguiente en la "línea de sucesión" Elio Vero, su hijo adoptivo, cuya temprana muerte hizo que Antonino llegara al poder sin esperarlo, y posiblemente sin estar especialmente preparado para asumir una tarea de tal magnitud. No obstante, tanto él mismo como la mayor parte de la clase dirigente romana se mostraron convencidos de su legitimidad y Antonino fue amparado por la aristocracia romana considerando que la senda emprendida por Adriano era la única vía para solucionar los graves problemas económicos y sociales del Imperio.

Por su carácter tranquilo, sin interés por los viajes, su labor se caracterizará por el continuismo, respetuoso con la memoria y las obras de Adriano. Precisamente por esa reverencia le valió el sobrenombre de *Pius* valedor de la *pietas*, destacando por su serenidad de espíritu y por la práctica de la religión tradicional romana<sup>795</sup>:

Frontón, *de feriis Alsiansibus* 3, 5 :

*Quid maiores vestri, qui rem publicam et imperium Romanum magnis auctibus auxerunt? proavus vester summus bellator tamen histrionibus interdum sese delectavit et praeterea potavit satis strenue; tamen eius opera populus Romanus in triumphis multum saepius bibit. avom item vestrum, doctum principem et navom et orbis terrarum non regendi tantum, sed etiam perambulandi diligentem, modulorum tamen et tibicinum studio devinctum*

---

<sup>795</sup> SIRAGO (1974) 204. Se atribuye a Antonino haber defendido la memoria de Adriano salvando la reticencia del Senado a la *apoteosis* de su padre adoptivo. Asimismo, demostró su clemencia hacia aquellos senadores condenados a muerte por sus ideas políticas contrarias. A pesar de ello, el título de *Pius* reconocido por el Senado en un acto público debió responder a un suceso excepcional, más que a las cualidades personales del emperador. HOUT (1999) 290.

*fuisse scimus et praeterea prandiorum optimorum esorem optimum fuisse. iam vero pater vester, divinus ille vir, providentia, puditicia, frugalitate innocentia, pietate, sanctimonia omnis omnium principum virtutes supergressus, tamen et palaestram est et hamum instruxit et scurras risit.*

Antonino, aparte de ser hijo adoptivo de Adriano, se había mostrado como un fiel colaborador, cónsul en el año 120 d. C. y gobernador de Asia en el año 130 d. C, donde debió lidiar con circunstancias económicas delicadas y problemas sociales y políticos de calado. Asimismo, había participado en el *consilium principis* de forma que cuando llega al poder debe reconocérsele que al menos disponía de un buen conocimiento de la realidad del Imperio.

Si bien desde un punto de vista intelectual no destacaría como su predecesor, se muestra abierto al consejo de los romanos cultos, y, en particular, conserva en palacio a Frontón al que llega a considerar un amigo. El emperador asignaría diversos maestros a sus sucesores Lucio Vero y Marco Aurelio: jurisconsultos, gramáticos, filósofos y artistas. Y, puesto que Antonino manifiesta sus preferencias por los juristas, se producen en sus años de gobierno grandes obras como las de Pomponio y Africano, interviniendo él mismo en el diseño de normas como la que situaba el adulterio de la mujer en el mismo plano que el del hombre, o aquella que mitigaba la dureza en los castigos a los esclavos prohibiendo el *ius occidendi* y obligando al dueño a venderlo en caso de probada crueldad<sup>796</sup>.

En política exterior, Antonino opta por una fuerte defensa de los límites del Imperio, tratando de reprimir revueltas (Britania, Mauritania, Palestina) y de mantener la paz a toda costa. En cualquier caso, la represión no se caracterizaría por su dureza pues parece que durante su reinado se agravaron las circunstancias de la crisis. El emperador se empeña en mantener un cierto *status quo* a costa de evitar las reformas y ralentizar el ritmo de las construcciones emprendidas por Adriano, que se limitarán tan sólo a aquellas estrictamente necesarias, aun siguiendo las actuaciones de liberalidad y donativos precedentes<sup>797</sup>.

---

<sup>796</sup> Código Gregoriano 14, 2; Gai. 1, 53.

<sup>797</sup> SIRAGO (1974) 209. Antonino condonó totalmente el *aureum coronarium*, impuesto por la llegada al trono, a los habitantes de la península itálica y a la mitad a los habitantes de las provincias. Asimismo, ofreció cuantiosos donativos para fiestas familiares continuando con los establecimientos alimentarios adrianeos e instituyendo en honor de su mujer Faustina, fallecida en el año 141 d. C., las *puellae alimentariae Faustinae*, a la vez que extendió los subsidios de los hombres a las mujeres. En cuanto a su política religiosa, puede decirse que fue más tolerante que Adriano con los cultos orientales aunque defensor de los cultos romanos tradicionales y helénicos. Su *pietas* hacia Apolo hizo que los sacerdotes de Delfos le regalaran una estatua que representaba al mismo Antonino, Faustina hija, su yerno Marco Aurelio y su nieto Cómodo. En cuanto a judíos y cristianos, permite a los primeros algunas prácticas antes prohibidas, como la circuncisión, pero mantuvo a los segundos como religión ilegal, respondiendo al sentimiento de antipatía que generaban en los romanos. DOMÍNGUEZ- ARRANZ (2009) 215-253.

Las intervenciones sociales y políticas de Antonino fueron meros retoques, sin llegar a profundizar en los problemas de desigualdad que iban minando la estabilidad del Imperio, cada vez más difícil de gestionar. Puesto que el emperador no trató de alcanzar la verdadera igualdad entre los hombres, tal y como propugnaban algunos cultos orientales y el cristianismo, la sociedad romana siguió anclada en la discriminación y el clasismo. Las divisiones se establecían no ya entre libres y esclavos, sino entre *honestiores* y *humiliores*. Los propios juristas, conformes con estas desigualdades, contribuyeron a acentuarlas en ocasiones, sin llegar a cuestionar en profundidad las diferencias de tratamiento<sup>798</sup> en una sociedad cambiante y necesitada de reformas profundas para su propia supervivencia: en especial, el desequilibrio era apreciable en las sanciones penales que castigaban la comisión de determinados delitos con penas diversas según la clase social del infractor:

Gai. 3, 225:

*Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, velut si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus futisve caesus fuerit; vel ex loco, velut si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit; vel vel ex persona, velut si magistratus iniuriam passus fuerit, vel senatori ab humili persona facta sit iniuria.*

En el año 161 d. C., Marco Aurelio llega al poder con Lucio Vero, su hermanastro adoptivo, habiendo sido ambos designados como sucesores de Elio Vero. El fallecimiento prematuro de éste llevó a Antonino a adoptarlos a su vez, para legitimar su puesto en la línea sucesoria, recibiendo los jóvenes en la corte una completa educación a cargo de excelentes maestros. Sus caracteres y actitud diferían hasta el punto que la irresponsabilidad de Lucio Vero creaba constantes preocupaciones a Marco Aurelio quien, finalmente acabará por gobernar en solitario tras el fallecimiento de su hermano desde el año 169 d. C. hasta 177-180 d. C., muriendo en el frente danubiano. En los últimos tres años contaría con su hijo Cómodo.

La educación refinada y multidisciplinar de Marco Aurelio configuraron una personalidad reflexiva, inclinado a la filosofía pero fascinado también por los gramáticos y retóricos, y trató personalmente con los intelectuales buscando el apoyo del saber para sobrellevar un tiempo verdaderamente difícil de gobernar.

---

<sup>798</sup> D. 48, 5, 38, 8 (Papiniano, 36 *quaestionum*); D. 48, 8, 1, 5 (Marciano, 14 *institutionum*); D. 48, 8, 3, 5 (Marciano, 14 *institutionum*); Instituciones 4, 4, 7 sobre el adulterio, el castigo a los esclavos o el robo de oro con un diferente tratamiento para el *humilis* y el *honestus*.

Las necesidades del Imperio le obligaron a ejercer una intensa actividad política, militar y social: en el aspecto defensivo, se enfrentaría a durísimas contiendas con los partos, británicos y bárbaros en el norte de Italia, así como en los frentes sirio y danubiano. Una epidemia de peste en el año 166 d. C. vino a agravar la situación mermando la población de la Italia septentrional y de otras muchas regiones del Imperio, resultando especialmente difícil de combatir la enfermedad en tiempos de guerra y carestía. Precisamente por ello, Marco Aurelio merecería el título de *pater patriae* por sus desvelos por purificar Roma e Italia con las ceremonias<sup>799</sup> y ritos tradicionales. Los infortunios se sucedieron bajo su gobierno, pues a las guerras externas y la peste se unirían desastres naturales como el seísmo del año 177 d. C. en el Asia Menor que destruye Esmirna, ciudad cultural y emblemática especialmente favorecida por el emperador.

Así pues, los cincuenta años de paz que vivieran los romanos desde Adriano empezaban a resquebrajarse y el propio emperador, criado en una corte opulenta, alejado de los problemas y de los tumultos mientras disfrutaba del estudio con los mejores intelectuales, se vio en su edad madura atenazado por la guerra, las penurias y las fatalidades, lo que avala una postura vital pesimista. Marco Aurelio debió asumir que el Imperio comenzaba a desmoronarse, desprovisto no ya del impulso de conquistar, sino de la agudeza necesaria para repeler las invasiones y conservar sus límites. A esa decadencia contribuía la ausencia de reformas valientes por parte de Adriano y Antonino, cuyos esfuerzos se concentraron en realizar grandes obras públicas de mero ornato en lugar de diseñar una más eficiente organización de las ciudades y, sobre todo, a la investigación científica. Posiblemente uno de los emperadores mejor preparados que tuvo Roma, fue llamado a gobernar en los peores tiempos.

En el aspecto religioso, al igual que hiciera Antonino, se decantaría por las religiones antiguas del Lacio, si bien se dejó iniciar en el misterio de Eleusis como Adriano. Aun cuando su formación como estoico le acercara a la *Providencia* en tanto entidad superior única que cuidaba de los hombres<sup>800</sup>, sorprendentemente mostraría una incomprensión absoluta por el cristianismo: sólo puede entenderse por la visión de los mártires cristianos como un factor que desafiaba al poder del Imperio. Por ello, se daría la paradoja de que un emperador

---

<sup>799</sup> SIRAGO (1974) 218. Arruinado el Erario, y consciente de no poder aumentar la presión fiscal, llega a vender en el foro los objetos preciosos de la corte, oro y gemas de la herencia de Adriano y vestidos de lujo de la emperatriz Faustina para conseguir armar al ejército, enfrascado en el año 168 d. C. con los marcomanos. Al mismo propósito responde el reclutamiento de gladiadores, esclavos, bandidos indultados o incluso renegados de las tropas germanas. Asimismo, sofocó un intento de golpe de Estado por *Avidio Cassio*, vencedor en la guerra contra los partos, un incidente que le pone sobre aviso de la falta de lealtad en la zona oriental por lo que asocia a su hijo Cómodo al poder a finales del año 176 d. C. : ambos participan en una última contienda, muriendo Marco Aurelio en una tienda de campaña en algún lugar de la orilla del Danubio.

<sup>800</sup> Marco Aurelio, *Meditaciones*, 2, 11, 3; 7, 70; 9, 11, 12.



misericordioso que perdonaba a sus enemigos ordenara, en la línea de Adriano y Trajano, que las leyes siguieran su curso contra de los cristianos, y las persecuciones de su tiempo fueron incluso mayores que las de Nerón, y similares a las de Decio<sup>801</sup>.

Frontón<sup>802</sup> escribe sobre la importancia que otorgaba Marco Aurelio a la relación con su padre y hermano adoptivo, y, en una carta del año 162 d. C. muestra su propio afecto al príncipe, elogia sus virtudes y lo describe como poseedor de cualidades innatas aconsejándole que él mismo se guíe por la *pietas* desde el convencimiento que la reverencia hacia la familia imperial dotaría de estabilidad y prosperidad al Imperio<sup>803</sup>. Particularmente se manifiesta la visión del emperador sobre los lazos familiares en la extensión del concepto de *liberi*, analizada por QUERZOLI<sup>804</sup>, quien entiende que la reflexión jurisprudencial a propósito de la definición de *liberi*, aunque nos haya llegado de forma fragmentaria, demuestra que Ulpiano acogía una definición comprensiva de todos los descendientes, al igual que Calístrato, basada en la pertenencia *per sanguinem* al mismo *genus*.

Como es bien sabido, la Ley de las XII Tablas no detallaba hasta qué grado se llegaba en la llamada a los *sui* y los antiguos juristas habían circunscrito la categoría de *liberi* en línea recta sólo al *trinepos* y *triavus*. Los juristas severianos consideraron necesario definir ese concepto, y justificaron las motivaciones de una extensión: serían *liberi* los *nepotes nostros* nacidos de hijos e hijas así como, según la idea de Calístrato, todos los descendientes en línea recta, en contraste con la definición limitada de Pomponio<sup>805</sup>, pues con todos ellos se perpetuaba la familia. Es cierto que esta concepción fue compartida sólo por una parte de los juristas, pero podría deducirse que no sólo Marco Aurelio, sino todos los emperadores antoninos, habrían contribuido de una forma determinante a la afirmación y a la tutela de la familia como comprensiva de aquellos que compartían la misma sangre.

Calístrato, en el libro segundo de las *quaestiones* redactado entre los años 193 y 211 d. C., recuerda una constitución del *divus Marcus* que citaba la cláusula del *instrumentum dotale* comprendiendo la *stipulatio* a los nietos: *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt*.

---

<sup>801</sup> MENTXAKA (2014) 23-47.

<sup>802</sup> QUERZOLI (2000) 123, nt. 51 acerca de Frontón, *Epistula ad Antoninum* 1, 5, 4.

<sup>803</sup> *Scriptores Historia Augusta, Marcus Antoninus Philosophus* 11, 8.

<sup>804</sup> QUERZOLI (2000) 124 ss.

<sup>805</sup> D. 2, 4, 4, 2 (Ulpiano, 5 *ad edictum*).

D. 50, 16, 220 (Calistrato 2, *quaestionum*):

*'Liberorum' appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur: hos enim omnes suorum appellatione lex duodecim tabularum comprehendit. totiens enim leges necessariam ducunt cognationem singulorum nominibus uti (veluti filii, nepotis, pronepotis ceterorumve qui ex his descendunt), quotiens non omnibus, qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent. at ubi non personis certis, non quibusdam gradibus praestatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur. 1 Sed et Papirius Fronto libro tertio responsorum ait praedio cum vilico et contubernali eius et filiis legato nepotes quoque ex filiis contineri, nisi voluntas testatoris aliter habeat: filii enim appellatione saepe et nepotes accipi multi fariam placere. 2 Divus quoque Marcus rescripsit non videri sine liberis defunctum, qui nepotem suum heredem reliquit. 3 Praeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt continere: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare. etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum earumve diutunitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.*

En efecto, se utilizaba *cognationum singulorum nomina*, como *filii*, *nepotes*, *pronepotes*, *caeterarorumque, qui ex his descendunt*, pero Calistrato explica que donde *non personis certis, non quibusdam gradibus praestatur, sed omnibus* de tal forma que en la *appellatio* de los *liberi* se comprendieran aquellos que *ex eodem generi orti sunt*<sup>806</sup>. El mismo jurista recordaba, además, que para otra constitución del *divus Marcus* se consideraba que no había muerto *sine liberis* aquel que dejara *nepotem heredem suum*<sup>807</sup>. Realmente, Marco Aurelio condensaba en esa *regula* sus principios sobre la familia, que se manifestaría en otros procedimientos del emperador que nos llegan por vía epigráfica o papirológica<sup>808</sup>.

<sup>806</sup> LENEL (2000) a 104, 108; D. 14, 2, 4, 2 (Calistrato, 2 *quaestionum*); D. 24, 3, 48 (Calistrato, 2 *quaestionum*).

<sup>807</sup> QUERZOLI (2000) 127: La parte final del fragmento, en la versión que nos deja el Digesto, expone las motivaciones ideales de la extensión también a los *nepotes* de la *appellatio liberis*. *Natura nos quoque docet, parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt*, a comprender en la *appellatio* de los hijos a todo aquel que descienda de uno. D. 1, 9, 10 (Ulpiano, 34 *ad edictum*); D. 2, 4, 4, 2 (Ulpiano 5 *ad edictum*); D. 2, 4, 10, 9 (Ulpiano 5 *ad edictum*); D. 37, 5, 1, 1 (Ulpiano, 44 *ad edictum*); D. 50, 16, 51 (Gayo, 23 *ad edictum provinciale*). La noción de *liberi* propuesta por Calistrato, comprensiva de todos los descendientes en línea recta, contrasta con aquella recordada por Pomponio, que la atribuía a los *veteres*, según la cual sólo los descendientes hasta el *trinepos* podían ser llamados *liberi* y sólo los ascendientes hasta el *triavus* podían ser denominados *parentes*.

<sup>808</sup> QUERZOLI (2000) 126 ss. D. 1, 9, 10 (Ulpiano, 34 *ad edictum*) acoge una definición comprensiva de todos los descendientes, enfatizando la pertenencia *per sanguinem* al mismo *genus*. Frontón, en su libro tercero de *responsa* explicaba que al legarse un *praedium cum vilico et contubernali eius ex filiis*, a menos que la voluntad del testador no indujera a excluirlos, se extendía el concepto de *liberi*.

En otro orden de cosas, no podemos olvidar que el sustantivo *pietas* y el adjetivo *pius*, recurrentes en la obra de Calístrato, definen a la perfección la posición de los emperadores antoninos ante las relaciones paterno filiales. El jurista se refiere en su obra *de cognitionibus* a un procedimiento del *divus Marcus* inspirado en el respeto del *officium pietatis*, pues Calístrato recoge motivos estoicos cuando trata sobre los deberes familiares impuestos por la *natura*.

Es muy probable que el jurista hubiera extraído esos argumentos de alguna intervención de Marco Aurelio, como hiciera para deducir la *regula* sobre la denominación de los nietos<sup>809</sup>, pues es bien sabido que el fundamento de la ética social del estoicismo era la consideración del matrimonio como uno de los primeros niveles de la sociabilidad<sup>810</sup> apelando a la naturalidad del amor entre los cónyuges al igual que el amor entre los consanguíneos.

El pensamiento estoico más antiguo ensalzaba el papel del matrimonio y la procreación y su coherencia con la naturaleza humana, una idea que resultaba especialmente ventajosa desde la óptica pública puesta en relación con el impulso demográfico a la patria<sup>811</sup> mermada por las guerras, como en el pensamiento de Augusto<sup>812</sup>. Antípatro de Tarso, Musonio Rufo o Heracles ponían el acento sobre la fusión y la mutua solicitud de los cónyuges.

Marco Aurelio no se definía en sus *Meditaciones*<sup>813</sup> como estoico, pero no hay duda que su constante reflexión sobre la relación del ser humano con sus semejantes están impregnadas de los postulados de esta corriente, habiendo sido estoicos muchos de sus maestros. Entre los personajes a quienes el emperador agradece sus enseñanzas sobre el valor de las relaciones familiares se encuentren Apolonio de Calcedonia, exponente del estoicismo de su época y a cuyas lecciones acudía regularmente Marco Aurelio, así como Sexto de Queronea. Todos ellos habían transmitido sus valores a Marco Aurelio, reflejados en sus *Meditaciones*, enlazando en cierta forma con la legislación matrimonial augustea<sup>814</sup> y el respeto a los *mores maiorum*, otorgando valor privado y público al matrimonio y la paternidad<sup>815</sup>.

En esta época, el adjetivo *dulcis* comienza a usarse en mayor número de textos de la jurisprudencia en relación al trato con los familiares, siendo ya habitual en inscripciones utilizado en grado superlativo, *dulcissimus*. Este término es también característico de la correspondencia de Marco Aurelio y Lucio Vero con Frontón, asumiendo un valor

---

<sup>809</sup> QUERZOLI (2000) 123 ss.

<sup>810</sup> POHLENZ (1982) 54, 73, 124, 382 ss.; LONG (1987) 123-125; CHURRUCA- MENTXAKA (2015) 67 ss.; RIBAS ALBA (2012) 89-93; 208 ss.

<sup>811</sup> QUERZOLI (2000) 135 ss. Antípatro de Tarso, Musonio Rufo o Heracles ponían el acento sobre la fusión y la mutua solicitud de los cónyuges y la procreación como deber según la naturaleza y conforme al *logos*.

<sup>812</sup> QUERZOLI (2000) 135 ss.

<sup>813</sup> Marco Aurelio, *Meditaciones*, 1, 8, 3; 1, 9, 2; 1, 13, 3; 1, 14, 1; 1, 16, 20; 2, 5; 3, 5, 2; 9, 3, 1-2.

<sup>814</sup> ASTOLFI (1996) 16 ss.

<sup>815</sup> QUERZOLI (2000) 129.

paradigmático en la descripción de lazos afectivos entre alumnos y maestro unido a connotaciones de sentimientos familiares íntimos, en respuesta al anuncio de las gravísimas ofensas que se cernían sobre el orador, en torno al año 165 d. C., recordando Lucio Vero con afecto a la esposa y al *dulcissimus nepos*<sup>816</sup>. D. 50, 16, 220 (Calístrato 2, *quaestionum*) recoge motivos estoicos, en particular en relación a los deberes familiares impuestos por la *natura* y la atención de la crítica se centra en las influencias estoicas en la cultura del jurista.

En las *Meditaciones*, se habla de la vejez, del matrimonio y de la procreación en un sentido político, enlazando con la tradición romana y la legislación augustea: precisamente es motivo de agradecimiento a su padre adoptivo el haberse comportado siempre según los deberes del varón romano, al cuidado del Estado y de su pueblo. El matrimonio es un deber cívico, puesto que a través de la descendencia se prolonga el propio individuo y se consolida su recuerdo tras la muerte, *diuturnitas nobis memoria in aevum*, impidiendo el olvido por la extinción de la stirpe. Nada menos que sesenta y una de las *Meditaciones* de Marco Aurelio se refieren a la muerte y la obsesión por el recuerdo<sup>817</sup>, llegando el emperador a lamentar la inscripción funeraria *ultimo de su especie* en algunas lápidas<sup>818</sup>. Por todo ello, y pese a la certeza de la inevitable desaparición, Marco Aurelio se casó y tuvo hijos, cumpliendo sus deberes morales y cívicos, los postulados estoicos y los valores romanos y, tras su matrimonio con Faustina exaltará la *pietas* de los padres de familia que, junto a sus mujeres, aseguraban la continuidad dinástica. La *pietas*<sup>819</sup>, de nuevo, emerge en sus facetas familiar y pública, especialmente reverenciada por los emperadores antoninos que abogaban por la perpetuación en los hijos de los valores de sus mayores. Y Marco Aurelio, que no llegó a comprender los nuevos tiempos dejando de emprender reformas de gran calado, sin embargo instaría al Senado a dictar el senadoconsulto Orficiano que reconocía las expectativas sucesorias de los hijos en los *bona materna*.

No es casual que su propia sucesión descansa en los lazos naturales al elegir a Cómodo<sup>820</sup>, alejándose del modelo de sus antecesores que decidieron adoptar a quienes consideraron óptimos sucesores. Ciertamente, su *pietas* hacia la familia, inspiradora del senadoconsulto Orficiano, le empujaría a colocar en el poder a una persona que no resultaba grata para el Senado ni para las clases dirigentes por su escaso sentido del deber y por su favorecimiento de los cristianos y clases débiles de la sociedad. Aun así, Marco Aurelio murió

---

<sup>816</sup> QUERZOLI (2000) 130.

<sup>817</sup> El emperador había visto morir a sus seres cercanos en su infancia y juventud pero era consciente que debía dejar heredero por el bien de los súbditos, más que por el deseo de fama de sus predecesores.

<sup>818</sup> Marco Aurelio, *Meditaciones* 3, 10; 4, 19; 4, 25; 4, 33; 7, 10; 8, 25; 8, 31; 9, 30; 10, 34.

<sup>819</sup> QUERZOLI (2000) 137, lo que se vio reflejado en la serie de monedas del año 149 d. C.

<sup>820</sup> Marco Aurelio, *Meditaciones* 11, 18, 16 reproduce un interesante diálogo con su hijo.

convencido que Cómodo<sup>821</sup> merecía la sucesión y sería el hombre nuevo que traería las tan ansiadas reformas, aquello en lo que él mismo había fallado.

LACOMBE<sup>822</sup>, en su intento de justificar una tan tardía solución a la herencia civil intestada de los hijos en los bienes de la madre fallecida sin testamento, acude a la falta de necesidad puesto que aquellas mujeres que gozaban de una importante posición económica mayoritariamente recurrían al testamento para que su patrimonio fuera a parar a sus hijos tras la muerte. Por el contrario, entiende este autor que las mujeres que fallecían intestadas solían carecer de patrimonio propio, y conocían que, de cualquier forma, su dote acabaría por llegar a sus descendientes, bien directamente, bien tras fallecer el padre de éstos. Además, desde un punto de vista sociológico, durante siglos los vínculos entre madre e hijo no fueron tan íntimos como para que se considerase necesaria la inclusión de éstos como herederos legítimos de su madre.

En el mismo sentido, GIRARD<sup>823</sup> se refiere al senadoconsulto Orficiano como una norma novedosa sobre todo desde un punto de vista moral o ético en su consideración de los vínculos entre madre e hijos. La justificación para regular por senadoconsulto la sucesión de los bienes maternos a favor de los hijos reside en un renacer de la concepción augustea de las relaciones familiares para atacar la nueva decadencia de las costumbres romanas<sup>824</sup>. Desde una óptica más patrimonialista, en el siglo II d. C. la *dos* se empezaba a considerar integrante como patrimonio de la mujer, a la vez que, en muchos casos, los propios bienes *extra dotem* la superaban y la dote llegaba a tener un carácter accesorio. Precisamente en esos años se produjo un incremento de reclamaciones por inoficiosidad de testamentos realizados por mujeres, cuestión que abordaremos al final del estudio del senadoconsulto Orficiano<sup>825</sup>, siendo la *querella inofficiosi testamenti*<sup>826</sup> un eficaz remedio para solventar la injusticia cometida con los hijos al no recibir los bienes maternos. Pero, igualmente, nos parece interesante<sup>827</sup> rebajar el papel del testamento femenino puesto que el sometimiento de las mujeres en muchos supuestos a la tutela de un agnado, suponía el interés de éste en proteger sus expectativas sobre el patrimonio de la fallecida, beneficiándole en cuanto *adgnatus proximus* la apertura de la herencia *abintestato*. Por tanto, difícilmente la mujer iba a disponer con absoluta libertad de su

---

<sup>821</sup> *CIL* VIII, 10570; VIII, 14451, Casio Dión 72, 17 ss.

<sup>822</sup> LACOMBE (1889) 399.

<sup>823</sup> GIRARD (1929) 901 ss.

<sup>824</sup> D. 23, 3, 63 (Modestino, *liber singulorum heurematicis*); D. 23, 3, 64 (Javoleno, 6 *ex Cassio*); D. 23, 4, 18 (Juliano, 18 *digestorum*); MARQUARDT (1879) 72 ss.

<sup>825</sup> WON WOES (1910) 90.

<sup>826</sup> KASER (1971) 709 ss.

<sup>827</sup> VON WOES (1910) 92.

patrimonio, salvo que se liberara de la tutela potestativa por la concesión del *ius liberorum*<sup>828</sup>, caso en el que, previsiblemente, testaría a favor de sus hijos.

En conclusión, creemos que la norma promulgada por Marco Aurelio vino a solucionar particularmente el destino de los bienes extradotales considerados en un sentido amplio y no comprensivo únicamente de los llamados bienes parafernales, como defenderemos en el epígrafe siguiente. En ciertos ambientes de clase alta, fuera de la dote la mujer podía haber generado un patrimonio realmente importante<sup>829</sup>. Por tanto, la verdadera innovación del senadoconsulto Orficiano habría sido de carácter jurídico, sin olvidar que al tiempo de su promulgación ya existían numerosos matrimonios rotos de forma que tras el divorcio de los padres, los únicos bienes maternos que podrían obtener los hijos si se mantenía el papel preponderante de la agnación en la sucesión de las mujeres<sup>830</sup> serían los dotales.

## 2. El patrimonio de la mujer romana: los *bona materna*.

Las disposiciones del senadoconsulto Orficiano tomaban en consideración a la mujer libre, ciudadana romana o latina y *sui iuris*, refiriéndose las principales dudas en cuanto a su ámbito de aplicación a dos cuestiones: por una parte, la posible exigencia a la mujer fallecida de estar en posesión del *ius liberorum*, tal y como se requería a las madres para suceder a sus hijos *ex Tertulliano* y, por otra, se ha venido debatiendo por los romanistas una posible inclusión de la herencia de las mujeres libertas, si no por el senadoconsulto Orficiano, al menos en la praxis por los juristas.

En el matrimonio libre, a pesar de la notable evolución de la familia romana, de alguna forma persistieron los principios que informaron el régimen patrimonial del matrimonio *cum manu*, dada su raigambre social y familiar y porque respondían no sólo a la consideración de la mujer romana como *filia* del marido sino como responsable de la *domus*, estando la *materfamilias* encargada de la administración diaria de ciertos bienes familiares.

La vida conyugal se iniciaba con la aportación de la dote por parte del *paterfamilias* de la novia, si bien podía ser constituida por mujeres *sui iuris* que contrajeran matrimonio libre, destinando esos bienes al sostenimiento de las cargas familiares con la seguridad de su restitución en caso de disolución del matrimonio por muerte o divorcio. Las costumbres

---

<sup>828</sup> MONACO (2000) 78 ss.; KÜBLER (1909) 154 ss.; (1910) 176 ss.; SAMPER (1972) 7 ss.; 19-27; 74 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA (1998) 15-17; MOSCATELLI (1888) 228 ss.

<sup>829</sup> LAZARO GUILLAMON (2009) 1-13; FUENTESECA (1993) 1483 ss.

<sup>830</sup> WOLFF (1955) 344 ss.

sociales (y el *ius*) vinieron a reconocer la entrega a las mujeres de ciertos bienes para su uso personal como ajuar y adornos, a semejanza del peculio entregado a la *filiafamilias*. Constante matrimonio, a estos bienes se sumaban los regalos del marido. Por otra parte, la mujer recibía otros destinados a las labores domésticas, como provisiones y tejidos, aunque su función en este caso se limitara a la gestión y custodia de los mismos.

En otro orden de cosas, era bastante habitual en la época clásica que el marido dispusiera en su testamento de legados a favor de la esposa, a fin de que la viuda pudiera vivir dignamente y mantuviera un nivel de vida similar al que tuvo durante su matrimonio. Por ello, y de nuevo en paralelo a las actuaciones del padre a favor de sus hijos a los que solía legarles el peculio, el marido legaba a la mujer precisamente esos bienes de uso personal así como los bienes domésticos que la mujer venía gestionando, o, finalmente, aquellos que integraban la dote<sup>831</sup>.

GARCÍA GARRIDO<sup>832</sup> considera que en la época clásica existió un verdadero *ius uxorium*, entendido como el conjunto de normas que configuraron un estatuto patrimonial de la mujer casada, no aplicable a las concubinas, tal y como manifiesta D. 32, 29 pr. (Labeo, 2 *posterorum a Iavoleno epitomatorum*). Ese conjunto de normas se habría visto influenciado por la evolución de las costumbres y del concepto de familia, definiendo instrumentos para proteger el patrimonio de la mujer sobre todo en caso de divorcio. Especialmente, destaca este autor la prohibición de realizar donaciones entre cónyuges<sup>833</sup> y el posterior desarrollo de la *actio rei uxoriae* en una época en la que el matrimonio distaba de ser configurado como una comunidad de bienes, concepto propio del Bajo Imperio. En el mismo sentido proteccionista, persistieron las limitaciones a la capacidad patrimonial de las mujeres como las recogidas en el senadoconsulto Veleyano<sup>834</sup> o la prohibición de ejercer como tutoras, *officia virilia*<sup>835</sup>.

No obstante lo anterior, la separación de patrimonios en el seno del matrimonio *sine manu* exigía diferenciar con rigor las distintas masas de bienes presentes en la vida conyugal. Igualmente, se pretendía evitar el enriquecimiento injusto de la mujer en caso de fallecimiento del marido, obligándola, como veremos, a elegir entre la restitución de la dote o el legado constituido a su favor.

Por todo ello, con carácter previo al estudio de la regulación del senadoconsulto Orficiano, es conveniente identificar el posible contenido de la herencia de la mujer, puesto que

---

<sup>831</sup> En relación al testamento del marido que favorece a la mujer, la posibilidad de nombrarle un tutor.

<sup>832</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 160 ss.

<sup>833</sup> LÓPEZ ROSA (1977) 139 ss.

<sup>834</sup> BUIGUÉS (2010) 1-30.

<sup>835</sup> MASIELLO (1979) 43-58; 93 ss.

a la muerte de una ciudadana romana casada en régimen de matrimonio libre su patrimonio estaría compuesto de bienes de diferente procedencia: aquellos recibidos como heredera o legataria, bien por disposición de su marido, de un pariente o un extraño; los bienes adquiridos como donataria, de nuevo por liberalidad de alguien relacionado por parentesco o de un extraño; la dote recuperada tras la disolución del matrimonio; los bienes *extra dotem* y, de aceptar la existencia de esta categoría, el peculio que se le había entregado por su *paterfamilias* al contraer matrimonio, aunque luego la mujer falleciera siendo *sui iuris*. Finalmente, aquellas mujeres que consiguieron ejercer una actividad mercantil o profesional obtendrían rendimientos que pasarían a engrosar su patrimonio.

2.1. Bienes procedentes de disposiciones *mortis causa* a favor de la mujer: El legado *de parata* y el legado de dote.

El *ius civile vetus* contenido en la Ley de las XII Tablas consideraba al *paterfamilias* como sujeto dotado de *testamentifactio* activa, lo que suponía que para disponer por testamento se exigían la libertad, la ciudadanía y la condición de *sui iuris*. Aceptada la imposibilidad para las mujeres de otorgar testamento en la etapa arcaica<sup>836</sup>, la capacidad para testar se alcanza con el desarrollo del *testamentum per aes et libram*<sup>837</sup>, instituto que se ajustaba al concepto patrimonial de la herencia y reflejaba los profundos cambios sociales y económicos del siglo IV a. C. Precisamente por este testamento se superará el carácter potestativo de la tutela.

En lo que se refiere a la *testamentifactio* pasiva, se mantenían los mismos requisitos y de nuevo la mujer quedaba excluida en aquellos primeros siglos de la sucesión testamentaria, con la excepcional situación de las Vestales<sup>838</sup> que podían otorgar testamento y recibir herencias y legados. No obstante, la situación fue evolucionando hacia un concepto más próximo a la capacidad que al *status*<sup>839</sup>, y desde la Ley de las XII Tablas la mujer *sui iuris* pudo ser heredera y legataria si bien contando con la *auctoritas* del tutor.

---

<sup>836</sup> MONACO (2000) 185 ss. Desde la Ley de las XII Tablas, la mujer casada *cum manu*, al igual que la *filiafamilias*, tiene expedito el acceso a la herencia por su condición de *sua heres* en la sucesión intestada. En el ámbito de la sucesión testada, al no existir impedimentos para instituir las herederas o legatarias más allá de las limitaciones de la *lex Voconia* o las normas augusteas sobre la sucesión testamentaria entre cónyuges penalizando a aquellas parejas que no habían sido fértiles. ASTOLFI (1996) 15 ss.; VOCI (1967) 343; BALLESTRI FUMAGALLI (2008) 28 ss. Asimismo, el fideicomiso funcionaba como herramienta para esquivar determinadas restricciones. GARCÍA GARRIDO (1958) 107, nt. 4 cita la opinión de BIONDI quien indica que la *lex Falcidia* presuponía la capacidad de las mujeres para suceder.

<sup>837</sup> MONACO (2000) 170 ss.

<sup>838</sup> MATTIANGELI (2012) 2- 28.

<sup>839</sup> MONACO (2000) 129 ss. La capacidad femenina testamentaria no era originaria ni estaba asentada entre los romanos aunque ciertos escritores en los siglos II y I a. C., vuelven su mirada hacia las leyendas para sustentar el rol cada vez más importante de las mujeres. Por el contrario, se niegan a otorgarles un papel en la vida pública Catón el Censor, tan reacto a esos avances sociales. Para la doctrina mayoritaria, en aquellas épocas en las que la



La adquisición de la capacidad testamentaria por las mujeres presuponía que habían dejado su familia de una forma efectiva. La tutela potestativa tenía como finalidad preservar los bienes de la mujer para los agnados, y sólo una *capitis deminutio* que la convirtiera en *sui iuris* la liberaría de dicho control agnaticio, por lo que puede afirmarse que la superación de la tutela de los agnados vino de la mano de la *coemptio fiduciaria*, un instrumento clave para que la mujer testara, pero también para que pudiera suceder. En efecto, aun cuando la mujer seguía estando sometida a tutela, era un hombre de su confianza quien, a través de sucesivas mancipaciones, la terminaría por liberar del control de los agnados.

En definitiva, la pérdida de poder del vínculo agnaticio y el auge del *testamentum per aes et libram* permitieron que la mujer otorgara testamento con la intervención de tutor de su confianza previa *capitis deminutio* en la familia originaria<sup>840</sup>.

Gai., 1, 115-115a:

*Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, (a) quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit.*

*115.a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit*<sup>841</sup>.

En el siglo II d. C. la mujer romana ya tenía capacidad de transmitir y recibir bienes por testamento<sup>842</sup> y el modo tradicional de adquirir *mortis causa* era la aceptación mediante la *cretio*, más apropiado a sus circunstancias, si bien se llegaba a admitir en casos de ausencia del

---

sucesión excedía lo meramente económico, la mujer quedaba excluida de hacer testamento o recibir por esta vía bienes, pues nunca sería *paterfamilias*. Por el contrario, autores como BONFANTE (1974) 374 ss. defiende que la mujer *sui iuris* podía testar, ser cabeza de familia y disponer de las *suae res*, pero siempre con la autoridad del tutor. Para ZABLOCKI (1991-92) 157- 169, en época arcaica las mujeres testaban, lo que atestiguan los testamentos míticos de *Gaia Taracia* y *Acca Larentia*, así como los de las Vestales.

<sup>840</sup> TERRANOVA (2010) 27-61, 415 ss.

<sup>841</sup> La mención a Adriano en el fragmento se debe al *senadoconsulto Claudianum* que reconoce legalmente la desaparición de la tutela legítima de los agnados sobre la mujer y la preceptiva *capitis deminutio* para que la mujer pudiera otorgar testamento, quedando como formalidad la autorización del tutor. El tutor fiduciario era un extraño a la familia sin interés económico alguno, a diferencia de los *adgnati*; MONACO (2000) 178 ss., cita una amplia bibliografía sobre la *coemptio fiduciaria*, en especial de una modalidad, la *coemptio matrimonii causa*, más antigua, que pone a la mujer *filiae loco* eligiendo como tutor al marido. Es similar a la *adrogatio* masculina, pues se trata de mujeres *sui iuris*, planteando problemas tales como de quién heredaba, si del padre o del marido o si podría acabar bajo la tutela de los *agnati* del marido; Gai., 1, 114.

<sup>842</sup> PARICIO (1999) 244 ss.

tutor una aceptación informal. Por el contrario, la *pro herede gestio* no era considerada un modo operativo ante la dificultad de ir recabando del tutor una intervención para cada acto singular de administración que evidenciara la voluntad de adir la herencia.

Gai. 1, 176:

*Sed aliquando etiam in patroni absentis locum permittitur tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.*

Al tiempo de publicación del senadoconsulto Orficiano, las mujeres resultaban beneficiadas con frecuencia en el testamento del marido pues, si bien se celebraban los matrimonios *sine manu*, se había extendido a ellos el antiguo uso de proveer a las necesidades futuras de la viuda por disposiciones testamentarias. Como es bien conocido, la mujer casada *cum manu*, en cuanto *sua heres*, debía ser instituida o desheredada *inter ceteros*, al igual que las hijas del *paterfamilias* (Gai. 1, 3 y *Tituli ex corpore Ulpiani* 22, 14). En el caso que éste fuera su suegro por ser el marido *alieni iuris*<sup>843</sup>, la *nurus in manu* sólo era considerada *sua heres* al enviudar del hijo o si éste hubiera salido de la familia permaneciendo la mujer bajo la potestad del *pater*, lo mismo que ocurriera en muchas ocasiones con los nietos *ex filio*<sup>844</sup>. En contraposición a lo anterior, la mujer casada *sine manu* permanecía ligada a su familia de sangre, por lo que carecía de expectativas sucesorias en la herencia del marido, debiendo éste instituirle en caso que quisiera hacerla beneficiaria de bienes para su sustento y dignidad.

En numerosas ocasiones, la mujer casada *cum manu*<sup>845</sup> recibía al enviudar como legado el peculio que comprendía los bienes que había usado y administrado personalmente en vida del *paterfamilias*, su marido o su suegro, pasando ahora a tener sobre ellos la plena disposición. En concreto, distinguía Pomponio un legado general de cosas en uso de la mujer, *quae uxoris causa parata emptave sunt*, es decir, vestidos, ornamentos, útiles de trabajo y recreo, llegando a establecerse minuciosamente categorías dentro de ellos. Pero, a la vez, existiría un legado particular de bienes sin que fuera relevante para qué o quién se hubiesen adquirido.

Por tanto, el legado consistía normalmente en aquellos bienes de uso y disfrute de la mujer entregados en vida del marido, a fin de asegurarle su dignidad manteniendo un nivel de vida similar tras enviudar. A modo de compensación y con el fin de evitar un enriquecimiento

---

<sup>843</sup>GARCÍA GARRIDO (1958) 121 ss.

<sup>844</sup>BONFANTE (1974) 50 ss.

<sup>845</sup> En ocasiones el fallecido desheredaba a la esposa para dejarle el legado de esas cosas que no eran de uso común del matrimonio: D. 32, 45 (Ulpiano, 22 *ad Sabinum*), D. 34, 2, 2 (Africano, 2 *quaestionum*); D. 34, 2, 10 (Pomponio, 5 *ad Quintum Mucium*).

desmesurado de la viuda que pudiera perjudicar a los hijos del fallecido, se instauró como medio de elección el *edictum de alterutro*, que conminaba a la mujer a decidirse entre el legado o la recuperación de la dote.

Los juristas se refirieron en múltiples ocasiones a los legados a las mujeres *in manu* utilizando términos omnicomprensivos que servían para designar bienes por su género o universalidades<sup>846</sup>:

1º. El legado de *penus* incluía los bienes de la despensa, D. 33, 9, 3 (Ulpiano, 22 *ad Sabinum*) que podía incluir bebidas y alimentos o condimentos.

2º. El legado de *mundus* comprendía los adornos de la mujer, Gelio 4, 1, limitado luego a los artículos de tocador.

3º. El legado de los *ornamenta muliebra* se refería a joyas y adornos, D. 34, 2, 39 pr. (Javoleno, 2 *ex posterioribus Labeonis*).

4ª Los *vestimenta* usados por la mujer (diferentes de las vestimentas de marido e hijos que no entraban en ese legado), como se aprecia en D. 34, 2, 33 (Pomponio, 4 *ad Quintum Mucium*).

5º. Finalmente, eran frecuentes los legados de joyas, oro y plata.

Por supuesto, este legado *de parata* no tenía que ver con los bienes dotales, y en ocasiones, la mujer recibía ambas masas patrimoniales pues el marido le legaba igualmente la dote<sup>847</sup>, hasta que el Pretor impuso la necesidad de elegir entre uno u otra por el *edictum de alterutro*.

Una de las cuestiones más importantes que se derivan del legado *quae uxoris parata sunt* es la presunción Muciana. En ocasiones, los herederos retenían los bienes legados a la mujer, y debían plantearse ante el juez las circunstancias íntimas de la familia para que la mujer probara el origen de esos bienes como verdaderamente adquiridos por el marido para el uso de ella (o que ella misma los había adquirido con su aprobación). Los herederos solían alegar el origen no muy honorable de los bienes, o que la intención del marido era no incluirlos en el legado. Para liberar a la mujer de esa carga de la prueba, Quinto Mucio Escévola establece que corresponde al heredero demostrar cualquier otra procedencia de los bienes. Por supuesto, hemos de ceñir el valor de esta presunción al matrimonio *cum manu*, puesto que la mujer casada *sine manu* o bien era *sui iuris* y perfectamente podía adquirir bienes sin el consentimiento del marido, o bien, en el caso de ser *alieni iuris* sometida a su *paterfamilias*, los bienes que tuviera serían peculiares.

---

<sup>846</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 106 ss.

<sup>847</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 112: el *paterfamilias* procedía igual que cuando legaba a su *filia* el peculio del que había gozado. D. 31, 2, 88 (Escévola, 3 *responsorum*).

La generalización de los divorcios hizo necesario establecer mecanismos que aseguraran a la mujer la devolución de sus bienes (dotales o extradotales) a la vez que le garantizaran una vida digna en caso que sus propios bienes fueran insuficientes. Asimismo, para los casos de fallecimiento del marido, los juristas y el propio pretor fueron reconociendo paulatinamente derechos sucesorios a la *uxor*, extendiendo el régimen de legados propio del matrimonio *cum manu* que acabamos de exponer, así como procediendo a la inclusión en el cuarto orden de llamamientos pretorios a la sucesión intestada, *unde vir et uxor*.

Resulta de gran interés el tratamiento que realiza VON WOES<sup>848</sup> acerca de las disposiciones testamentarias a favor de la esposa, puesto que son numerosos los fragmentos del Digesto que se refieren a estas liberalidades, una muestra de la preocupación social y jurídica por la situación de la mujer tras la disolución del matrimonio. En efecto, si bien en ocasiones la mujer era instituida heredera por el marido, la figura recurrente era el legado *res quae uxori causaempta paratae sunt*<sup>849</sup>, puesto que las prohibiciones de realizar donaciones entre los cónyuges obligaban al marido a dejarle solo la propiedad de aquellos bienes que había entregado a la mujer para su uso, de forma que cualquier donación de otro tipo de bienes debía ser reconvertida en legado según D. 30, 109 pr. (Africano, 6 *quaestionum*). La *Oratio Antonini* permitiría la validez de las donaciones que se mantuvieran sin revocar a la muerte del esposo: muy gráficamente, define GARCÍA GARRIDO<sup>850</sup> la confirmación en el primer caso como testamentaria y, en el segundo como tácita, más cómoda y equitativa.

El legado *de parata* comprendía, por tanto, bienes de uso personal entre los que destacan por su valor económico los esclavos destinados en exclusiva a la mujer, D. 32, 49, pr. 1-2 (Ulpiano, 22 *ad Sabinum*), pudiendo el marido retirarlos en vida mediante la *ademptio*, lo que conllevaría la ineficacia del legado al perder la mujer la necesaria exclusividad de uso sobre ellos:

D. 34, 2, 3 (Celso, 19 *digestorum*):

*Uxori legavit quae eius causa paratae sunt et ante mortem divortit. non deberi, quia adempta videantur, Proculus ait. nimirum facti quaestio est: nam potest nec repudiatae adimere voluisse.*

---

<sup>848</sup> VON WOES (1910) 52 ss. se centra en las obras de Escévola, Papiniano y Modestino, quienes abordan casos en los que la mujer es contemplada en el testamento del marido y éste en el testamento de la mujer. La relación de estos textos, GARCÍA GARRIDO (1958) 122, nt. 32.

<sup>849</sup> D. 34, 2, 13 (Escévola, 15 *digestorum*) sobre el *mundus*. Como curiosidad, debe indicarse que las cosas podían haber sido compradas para una esposa anterior, para la hija del fallecido o para la esposa actual pero antes del matrimonio: en todo caso, el requisito era que la mujer hubiera hecho uso de ellas. D. 32, 29 pr. (Labeón, 2 *posterioarum a Javoleno epitomatorum*) el legado a la concubina se excluía de esta modalidad.

<sup>850</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 125.

La posible retirada en vida de los bienes por parte del marido nos induce a pensar en el régimen de los peculios, confirmando que estos bienes de uso siempre permanecieron en la propiedad del marido. Pues, si bien como venimos manteniendo, el legado *de parata* fue utilizado especialmente en el régimen del matrimonio libre, procedía del matrimonio *cum manu* en el que la esposa era considerada *filiae loco*. No deja de ser llamativo que la *lex Falcidia* excluyera este tipo de legados de los límites establecidos, sin duda por el especial interés en proteger la situación de la mujer viuda. Posteriormente, el legado de usufructo vino a completar este sistema tuitivo que aseguraba a la viuda una vida digna sin perjudicar a los herederos del esposo siendo conveniente no confundir la finalidad y objeto del legado *de parata* y del usufructo de la viuda: este último podía extenderse sobre bienes familiares (esclavos, *domus*, provisiones) aun sin ostentar poder de disposición sobre ellos, que sí podía ejercer la mujer en el caso de los bienes que habían sido de uso personal.

Cicerón, *Topica* 3, 17:

*Non debet ea mulier qui vir bonorum suorum usufructum legavit, cellis vinaris et oleariis plenis relictis, imputare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est.*

Este tipo de legado respondía a la idea de comunidad familiar y de continuidad de la mujer en sus funciones domésticas como *materfamilias*, usando y disfrutando de los bienes al igual que en vida del marido<sup>851</sup>. Si bien lo habitual era el carácter vitalicio del legado de usufructo, en ocasiones se limitaba temporalmente hasta la fecha en que los hijos alcanzasen una edad, momento en que ellos gestionarían la vida doméstica<sup>852</sup>.

Pero, sin duda, junto al legado *de parata*, existe otro instituto favorable a la esposa de uso habitual: el legado de los bienes que integraban la dote, institución de la que nos ocuparemos en el próximo apartado, cuyo origen previsiblemente se remonta al matrimonio *cum manu* por la intención del marido de proveer a las necesidades económicas de la viuda aun siendo ésta una heredera más junto con los hijos. Era bastante común que el *paterfamilias* que ejercía la *manus* sobre la nuera legara a su hijo la dote de su esposa, pues, una vez más, nos hallamos antes el trasvase de instituciones del viejo *ius civile* a la realidad del matrimonio libre extendido en época clásica.

---

<sup>851</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 130, quien coincide con la opinión de D'ORS.

<sup>852</sup> GARCÍA GARRIDO (1958)134, sobre la *Laudatio Murdiae*, inscripción sepulcral del siglo I d. C. La fallecida, considerando que ciertos bienes se los había legado su marido en usufructo, los reparte equitativamente a su vez al morir entre sus hijos.

Así pues, la mujer podía recibir en legado no sólo aquellos bienes destinados a su uso personal, tal y como acabamos de ver, sino también el *legatum pro dote*, más antiguo, que consistía en tiempos de matrimonio *cum manu* en determinados bienes, fueran o no del mismo valor que los dotales, o el llamado *legatum dotis*, generalmente menos beneficioso para la mujer, por estar limitado al valor pecuniario de la dote. Los juristas se esforzaron en dibujar las diferencias entre ambos tipos de legados, pues la validez del *legatum dotis* dependía de la existencia de la dote mientras que en el legado *pro dote* era indiferente<sup>853</sup>.

Ese antiguo uso se mantuvo aun estando ya generalizado el uso de la *actio rei uxoriae* para lograr la restitución en caso de disolución del matrimonio, llegando a ser tan lucrativo para la mujer que el pretor, con el *edictum de alterutro*, les impuso la elección de la restitución de la dote o del legado de dote a fin de evitar situaciones de despatrimonialización de la herencia en perjuicio de los herederos<sup>854</sup>. En definitiva, en la etapa clásica a la muerte del marido la mujer debía decidir el ejercicio de la *actio ex testamento* o de la *actio rei uxoriae*, lo que sería abolido por Justiniano favoreciendo aun más a las viudas.

En cuanto a otras modalidades de liberalidades *mortis causa* que podían integrar el patrimonio de la mujer, hemos de referirnos al fideicomiso, por el que el marido disponía a favor de la mujer pero con el gravamen en beneficio de los hijos o parientes, como se aprecia en:

D. 33, 2, 39 (Escévola, 6 *responsorum*):

*Filios heredes instituit, uxori vestem mundum muliebrem lanam linum et alias res legavit et adiecit: proprietatem autem eorum, quae supra scripta sunt, reverti volo ad filias meas quaeve ex his tunc vivent: quaesitum est, utrum usus fructus an proprietas earum rerum data sit. respondit proprietatem legatam videri.*

El texto afirma que ciertos bienes de uso de la mujer soportan un fideicomiso a favor de la hija del fallecido. Finalmente, en relación al conjunto de bienes procedentes de disposiciones testamentarias que conformaban el patrimonio de la mujer *sui iuris* objeto de atención por el senadoconsulto Orficiano, debemos considerar tan sólo los que hubiera recibido como heredera o legataria, de familiares o extraños, pero, en todo caso, excluyendo los que integraban un legado de usufructo pues sobre esos bienes nunca llegó a ostentar la propiedad.

---

<sup>853</sup> D. 33, 4, 1, 6 (Ulpiano, 19 *ad Sabinum*); D. 33, 4, 1, 7 (Ulpiano, 19 *ad Sabinum*); D. 33, 4, 6, 1 (Labeón, 2 *posterorum a Iavoleno epitomatorum*).

<sup>854</sup> Código Teodosiano, 4, 4, 7 pr.; C. 5, 13, 1, 3a *Imp. Iustinianus A. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales* [a. 206].

## 2. 2. La dote.

En la etapa clásica, entre las masas patrimoniales que configuraban el patrimonio de una mujer casada destacaba la dote, si bien para que la mujer pudiera disponer de ella debía haberse producido la disolución del matrimonio por divorcio o fallecimiento.

La dote es el conjunto de bienes más relevante del patrimonio femenino, desde una óptica social y jurídica. En origen, la entrega de un conjunto de bienes por parte del *paterfamilias* de la novia para contribuir a sostener las cargas matrimoniales se configuraba como uso social, y difícilmente se realizaban matrimonios sin la constitución de la dote.

El instituto acabó siendo regulado por el *ius civile* definiendo el carácter reversible de esta aportación a favor de la mujer: ya fuera la dote constituida por el padre de la novia (*dos profecticia*)<sup>855</sup>, por la propia contrayente como persona *sui iuris* (*dos adventicia*)<sup>856</sup> o por un tercero (*dos recepticia*)<sup>857</sup> los bienes entregados podrían ser recuperados en caso de disolución del matrimonio, resultando clave la conservación de los mismos o de su valor por parte del marido.

En el régimen del matrimonio *cum manu*, en cuanto la mujer se hallaba sometida al marido o su *paterfamilias* y no disponía de patrimonio alguno, la dote se integraba en el patrimonio del *pater*, de forma que se producía un traspaso de bienes de un *paterfamilias* a otro. En el caso de la mujer *sui iuris* que hubiese constituido su dote y pasara a formar parte de la familia del marido, la constitución de la dote necesitaba la aprobación del tutor, así como la *conventio in manu*. Puesto que los divorcios no eran habituales, ni tan siquiera el repudio injustificado, la dote quedaba absorbida a perpetuidad en la familia receptora, y, siendo madres e hijos agnados, los bienes dotales no salían del círculo familiar. La viuda era una heredera más del marido que no se veía desprotegida económicamente y precisamente pensando en su futura situación económica se instaura la práctica del *praelegatum dotis*, que consistía en la disposición del marido de los bienes de la dote en testamento a favor de la viuda. Por tanto, en esta época no puede hablarse de un verdadero derecho de la mujer a la restitución de la dote, aunque para casos injustificados de repudio podría recurrir al *iudicium de moribus*<sup>858</sup>.

---

<sup>855</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 63. La diferencia fundamental entre la dote y el peculio es que este segundo siempre es propiedad del *paterfamilias* y la hija *alieni iuris* no tiene sobre los bienes peculiares más que el uso y disfrute, pudiendo el padre retirarlo o disminuirlo a voluntad. En ocasiones la dote procede del peculio, pero los bienes pasan al marido y el padre no puede pedir la restitución constante matrimonio. D. 4, 4, 4-5 (Ulpiano, 2 *ad edictum*) y D. 24, 3, 3 (Paulo, 7 *ad Sabinum*) muestran la separación de la dote del patrimonio del *pater*, en un caso en que fue detraída de los bienes confiscados a aquél. Asimismo, la *collatio dotis profecticia* en el supuesto de petición de la *bonorum possessio* por parte de la hija casada, refuerza ese concepto de pertenencia a la hija, en ningún caso al *paterfamilias*.

<sup>856</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 70.

<sup>857</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 71. Se trata de una donación a la mujer. D. 44, 7, 19 (Juliano, 73 *digestorum*).

<sup>858</sup> BONFANTE (1974) 284 ss.; GARCÍA GARRIDO (1958) 55 ss.

Legalmente, y aunque esta cuestión haya sido profusamente abordada y discutida por la doctrina, la dote era propiedad del marido. Ahora bien: siempre estuvo limitado en mayor o menor medida el derecho de éste sobre los bienes que la integraban, a la vez que, dependiendo del momento histórico, la gestión y sobre todo la disposición de los bienes dotales presentaría diversas peculiaridades. En la etapa arcaica, los bienes efectivamente pasaban a ser propiedad del marido, pero a finales de la República ya se establecían limitaciones a la facultad de disposición sobre aquellos bienes de valor, siendo requerida la autorización de la esposa.

El régimen clásico de la dote se inspiraba en principios tradicionales, pero necesariamente, hubo de contemplar la nueva realidad social en la que se había ya consolidado el matrimonio libre y se incrementaban los divorcios. En el siglo II a. C.<sup>859</sup>, se empieza a exigir al marido que preste cauciones sobre la eventual restitución de la dote, a la vez que se extiende por obra de la jurisprudencia (Publio Mucio Escévola, Servio Sulpicio, Javoleno) una concepción de la misma como patrimonio de la mujer destinado a sostener las cargas del matrimonio y cuya gestión se encomienda al marido.

D. 23, 3, 1 (Paulo, 14 *ad Sabinum*):

*Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.*

El nacimiento de la *actio rei uxoriae* supone el reconocimiento de un verdadero derecho patrimonial a la restitución de la dote por disolución del matrimonio:

D. 24, 3, 66 pr. (Javoleno, 6 *ex posterioribus Labeonis*):

*In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore stauit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinnae praestari oportere.*

El edicto, la jurisprudencia y la legislación imperial delimitaron los perfiles del concepto clásico de dote. La exigencia en la *lex Iulia de adulteriis* del consentimiento de la mujer para la enajenación de fundos y esclavos dotales<sup>860</sup> es un hito crucial, a la vez que los

---

<sup>859</sup> Gelio, 4, 3, 1-2.

<sup>860</sup> Paulo, *Sententiae* 2, 21b, 2; Gai. 2, 63; C. 5, 23, 1 *Imp. Severus et Antoninus AA. Didac.* [a. 213].



textos<sup>861</sup> que se refieren a la dote como propiedad de la mujer desmienten a algunos autores que atribuyen esa idea a la intervención de Justiniano. Por el contrario, las fuentes atestiguan la claridad del concepto de dote como patrimonio separado dentro de la sociedad conyugal, si bien la legislación justiniana acentuaría ese carácter<sup>862</sup>.

D. 23, 3, 75 (Trifonino, 6 *disputationum*):

*Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. porro cuius interest non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet*<sup>863</sup>.

Por tanto, aun estando la dote destinada al sostenimiento de la familia, era propiedad de la mujer y los juristas declaraban inválidos los pactos por los que el esposo renunciaba a accionar reclamando las impensas necesarias, D. 23, 4, 5, 2 (Paulo, 7 *ad Sabinum*) así como la renuncia de la esposa a la restitución de la dote por muerte del marido, D. 23, 4, 2 (Ulpiano, 19 *ad Sabinum*), pues ambas transacciones eran consideradas como contrarias al espíritu de la dote. El marido, como administrador, debía actuar con diligencia, y la mujer podía exigirle responsabilidad por dolo y culpa. Además, caso de plantearse determinadas enajenaciones de bienes de valor, debía ser consultada pues era la primera interesada en que no mermara la dote ante una posible restitución<sup>864</sup>. La dote, al fin y al cabo, era un complemento a la economía familiar, en una sociedad como la romana de preeminencia masculina, donde las aportaciones del marido eran las principales fuentes de sostenimiento de la casa y se le consideraba el principal obligado en proveer a su familia de vivienda, alimento, vestido, adornos, servicio, gastos de viaje, reparaciones e incluso corrían a su cargo los gastos funerarios de la mujer.

---

<sup>861</sup> Cicerón, *Pro Caecina* 4, 11; Livio, 27, 37, 9; Valerio Máximo, 7, 7, 4. GARCÍA GARRIDO (1958) 65 menciona (y critica) la tesis de ALBERTARIO sobre una interpolación masiva para adecuar los textos clásicos al concepto justiniano de dote.

<sup>862</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 66.

<sup>863</sup> D. 21, 22, 1 (Pomponio, 1 *ex Plautio*); D. 24, 3, 10, pr. (Pomponio, 15 *ad Sabinum*); D. 33, 4, 8 (Papiniano, 7 *responsorum*); D. 33, 4, 6, 1 (Labeón, 2 *posterorum a Iavoleno epitomatorum*).

<sup>864</sup> D. 23, 5, 15 (Papiniano, 3 *responsorum*) sobre la *actio rei uxoriae* y la conservación de la dote como carga del *officium mariti*.

En conclusión, a efectos de reconocer en el caso de fallecimiento de una mujer los bienes que conformaban su patrimonio, han de considerarse incluidos los bienes dotales siempre que los hubiese recuperado antes de su fallecimiento.

### 2. 3. Las donaciones a favor de la mujer casada.

La prohibición de realizar donaciones entre marido y mujer es uno de los principios básicos del régimen económico de los cónyuges en la etapa clásica, y responde a la intención de mantener separados ambos patrimonios una vez consolidado el matrimonio libre, habiendo caído en desuso la *manus* del marido sobre la mujer.

La liberalidades excesivas entre cónyuges<sup>865</sup> que iban más allá de los mutuos regalos que las costumbres sociales y familiares admitieran, podían suponer *de facto* la fusión de ambos patrimonios y el perjuicio a los herederos de los cónyuges, ya fueran los hijos (especialmente en casos de segundas nupcias) o el *paterfamilias* de la mujer *alieni iuris* casada en régimen de separación de bienes. Desde el punto de vista de las esposas, se pretendía igualmente proteger los bienes que integraran su dote, así como los llamados bienes *extra dotem* pertenecientes a la mujer *sui iuris*. Por otro lado, con este tipo de limitaciones que abogaban por una estricta separación de los patrimonios de los cónyuges se evitaba que el marido, víctima de una excesiva generosidad, mermara el patrimonio familiar, entendiéndose que la *affectio maritalis* nacía de un consenso de voluntades que no debía verse contaminado por el interés económico.

Los autores dudan sobre un origen legal o consuetudinario de esta prohibición<sup>866</sup>, pretendiendo algunos de ellos relacionarla con la *lex Cincia*, si bien es complicado que se pasara de la admisión de las donaciones a una prohibición radical, negando autores como GARCÍA GARRIDO dicha relación así como que la *praesumptio Muciana*, referida a los legados y no a las donaciones, se encontrara en el origen de la prohibición. Por ello, es más que razonable atribuir a los *mores* posteriores a la *lex Cincia* la inspiración para evitar las liberalidades excesivas entre cónyuges, como recogería:

---

<sup>865</sup>LÓPEZ ROSA (1977) 139 ss.

<sup>866</sup>GARCÍA GARRIDO (1958) 79 sobre la opinión de ciertos autores para quienes la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. C. no contemplaba la prohibición de donaciones entre cónyuges, exceptuándolas del límite impuesto al resto de donaciones. La ley había nacido por motivos políticos, debida a la aspiración plebeya a no seguir realizando liberalidades a favor de los patricios y, en tanto *lex imperfecta*, sólo suponía que la donación fuera irrevocable desde el momento en que se transmitiera el bien objeto de prohibición por el medio correcto. *Fragmenta Vaticana*, 302.

D. 24, 1, 1 (Ulpiano, 32 *ad Sabinum*):

*Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem, spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.*

En el régimen de la *conventio in manu*, siendo la esposa como una hija para el marido, no se consideraba la existencia de donaciones pero, en todo caso, la mujer disponía de un peculio para su uso y disfrute. Careciendo las mujeres casadas *in manu* de bienes propios que donar, no se habría considerado necesario establecer una prohibición de liberalidades hacia el marido<sup>867</sup>. Por el contrario, en el matrimonio libre la mujer *sui iuris* sí disponía de esos bienes y podría donar y ser receptora de donaciones, por lo que tenía más sentido el establecimiento de limitaciones que no empobrecieran a los cónyuges y desvirtuaran la esencia del matrimonio. A finales de la República, de hecho, se vivía una época convulsa caracterizada por el afán desmedido de lujos en las clases altas, la generalización del divorcio y las nuevas nupcias y la corrupción de costumbres.

Precisamente un signo de la tendencia restrictiva a las liberalidades mutuas puede visualizarse en el establecimiento de deducciones a la hora de restituir la dote de modo que, en el caso que existieran donaciones realizadas por el marido a la mujer, se practicaban *retentiones* por diversos conceptos del valor de los bienes dotales, lo que pudo haber cimentado una corriente jurisprudencial favorable a limitar las donaciones. También las *leges augusteas* sobre la familia habrían dado por supuesta la prohibición de donaciones entre marido y mujer, que, dicho sea de paso, se venían utilizando como instrumentos para burlar las prohibiciones de la *lex Iulia et Papia*.

GARCÍA GARRIDO<sup>868</sup> menciona diversos textos, como D. 24, 1, 37 (Pomponio, 14 *ad Sabinum*) o D. 23, 4, 27 (Papiniano, 1 *definitionum*) que arrojan luz sobre las diversas justificaciones de los prudentes para avalar la prohibición: la salvaguarda de la dote era un asunto de interés público, pues los numerosos divorcios y consiguientes nuevas nupcias podían responder a un interés por enriquecerse a costa de la debilidad del sexo femenino o a un afán desenfrenado de poder y lujo de ambos cónyuges<sup>869</sup>. En el año 206 d. C. un senadoconsulto permitirá la convalidación de las donaciones realizadas en vida de los cónyuges si no habían

---

<sup>867</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 78.

<sup>868</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 84.

<sup>869</sup> Gelio, 1, 17; Plinio el Joven, *Epistulae* 6, 32; Livio, 6, 34.

sido revocadas antes de la muerte del donante, si bien en la práctica ya se venían confirmando de forma expresa mediante legados.

En el año 178 d. C. , cuando ve la luz el senadoconsulto Orficiano, la prohibición de donaciones entre cónyuges seguía vigente bajo sanción de nulidad. Por tanto, de existir en el patrimonio de la madre fallecida bienes procedentes de esas liberalidades, cabía la posibilidad de excluirlos del caudal hereditario ante las reclamaciones del marido o sus herederos. Por el contrario, sí podrían computarse las donaciones que la mujer hubiese recibido *mortis causa* de su marido<sup>870</sup>, perfectas desde que se convirtiera en viuda y que se referían en ocasiones a bienes de los que la mujer ya podía venir disfrutando, de forma similar a lo ocurrido con el legado *de parata*.

Finalmente, por lo que se refiere a los bienes recibidos por la mujer *constante matrimonio*, se hace necesario al menos mencionar (ya que no corresponde al objeto de este estudio un tratamiento en profundidad de la cuestión) las exclusiones que los juristas identificaron en el régimen de las donaciones *mortis causa*: en primer lugar, los *munera* o regalos de pequeña cuantía que se entregaban los esposos con motivo de celebraciones y aniversarios. Por otra parte, los actos de administración doméstica propios de la mayor parte de las familias romanas<sup>871</sup>. Efectivamente, el *officium mariti* exigía del marido que proveyera a las necesidades de la esposa y la familia, y tan sólo una liberalidad excesiva o que no fuera hecha para ese fin caería bajo la prohibición. La comunidad de uso que regía la vida de la familia romana necesitaba que la mujer gestionara los alimentos, la lana, los esclavos y animales, el forraje... así como que dispusiera de dinero para reparaciones y gastos domésticos.

Pero también la mujer casada podía introducir en esa masa común bienes que aportaba al matrimonio, como expone:

---

<sup>870</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 85 acerca de las discusiones doctrinales sobre la figura de la donación en peligro de muerte y su posible revocación caso de cesar dicha contingencia.

<sup>871</sup> D, 24, 1, 18 (Pomponio, 4 *ex variis lectionis*); D. 24, 1, 28, 2 (Paulo, 7 *ad Sabinum*); D. 24, 1, 31, 8-9-10 (Pomponio, 14 *ad Sabinum*); GARCÍA GARRIDO (1958) 94, los juristas precisaron especialmente en cuanto vestimenta y lana, con reglas especiales para los vestidos de la familia confeccionados en la casa. El marido debía entregar a la mujer lana y esclavos para confeccionar vestidos para sí y para la familia, siendo esta tarea propia del *officium mariti*. En ocasiones, el esposo donaba la lana y la mujer se hacía vestidos que le pertenecían (aunque fuera confeccionados por esclavos bajo la supervisión de ella misma) pues se trataba de un caso de *specificatio*, D. 24, 1, 29, 1 (Pomponio, 14 *ad Sabinum*). Sin embargo, si el marido era el encargado de confeccionar los vestidos de la mujer, resultaba ser propietario de los mismos, al igual que si se confeccionaran vestidos por la mujer pero bajo la dirección del marido, ya como actividad industrial o doméstica.

C. 5, 16, 17 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Capitolinae. De his, quae extra dotem in domum illata a marito erogata commemoras, si quidem te donante consumpta sunt, intellegis adversus heredes non nisi in quantum locupletior fuit habere te actionem: si vero contra voluntatem tuam, omnia tibi restitui oportere. Sub die VIII<sup>a</sup> k. Mai. Ileracliae AA. conss.* [a. 293].

Asimismo, era habitual el encargo mutuo entre cónyuges de adquirir una serie de bienes para la economía familiar entregándose para ello la suma de dinero necesaria.

Ahora bien: en el momento en que esos bienes devenían en uso exclusivo, que no familiar, de la mujer, entraban automáticamente en el ámbito de las liberalidades entre esposos, y había que estar a su montante para ver si se las consideraba como donaciones prohibidas o se aceptaban como regalos ajustados a las buenas costumbres<sup>872</sup>. En ocasiones, como *munera* para proveer a diversos gastos de entretenimiento de la mujer, podían pactarse una renta anual o mensual, *annum* o *menstruum*, quedando excluido el enriquecimiento de la mujer en cuanto era efectivamente empleada en sufragar dichos gastos<sup>873</sup>.

Concluimos, pues, que la mujer *sui iuris* fallecida cuya herencia pretendían reclamar los hijos *ex Orphitiano* podía incluir bienes procedentes de donaciones de sus familiares<sup>874</sup>, de extraños o incluso de su marido, si quedaban fuera del ámbito de las prohibiciones establecidas para liberalidades entre cónyuges.

---

<sup>872</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 90 sobre los gastos de viaje de la mujer sufragados por el marido D. 23, 4, 31 (Escévola, 3 *quaestionum*); D. 24, 1, 21 pr. (Ulpiano, 32 *ad Sabinum*). El entretenimiento de la mujer era considerado igualmente una carga del cónyuge, tal y como recoge D. 24, 1, 54 (Papiniano, 8 *responsorum*). En D. 24, 1, 28, 7 (Paulo, 7 *ad Sabinum*) se mencionan los frutos y rentas de los bienes de la dote. D. 24, 1, 14 (Paulo, 71 *ad edictum*) incluye la liberalidad para reparar una vivienda de la mujer que había sufrido un incendio.

<sup>873</sup> D. 23, 4, 22 (Juliano, *ad Urseium Ferocem*); D. 24, 1, 33 (Ulpiano, 36 *ad Sabinum*).

<sup>874</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 98. Las donaciones de la madre a su hija que estaba en potestad del *paterfamilias*, marido de la primera, entienden los juristas que no suponen que la madre esté donando ni al padre ni a la hija, D. 23, 3, 59 (Ulpiano, 31 *ad Sabinum*) pues en realidad hay una entrega de bienes de uso. A veces, la madre procedía a constituir la dote, siendo difícil delimitar si el *pater* era deudor de su esposa por dicha dote e incluso si se extralimitaba al incluir en la dote bienes de su esposa de los que no podía disponer sin recabar su consentimiento.

#### 2. 4. Los bienes *extra dotem*.

Nos enfrentamos a uno de los conceptos relativos al régimen económico de la mujer casada más difíciles de definir por su amplitud, y que no siempre ha sido tratado en las fuentes desde un punto de vista estricto: los bienes extradotales. Convertidos igualmente por la doctrina en un término polisémico, BONFANTE<sup>875</sup> opina que se han venido definiendo por comodidad en un sentido negativo como *los bienes propios de la mujer que se hallan fuera de la dote*.

En ocasiones, se recurre a las expresiones *res extra dotis causa* o *praeter dotem* para incluir una serie de elementos patrimoniales como los bienes de uso que la mujer llevaba al domicilio conyugal. Pero, a la vez, se pretende atraer hacia esta categoría otros bienes que ya eran de su propiedad, cuando ambas masas de bienes tienen una procedencia y un régimen diferente y se han visto además, influenciadas por los cambios sociales y económicos referidos a la posición de la mujer en el ámbito familiar y jurídico.

Por influencia helénica, las fuentes de la etapa postclásica ofrecen numerosas referencias a los *parapherna*, equiparados a los bienes extradotales, si bien no debe caerse en el error de privar a los segundos de forma sistemática de su carácter clásico, pues siempre consideró el Derecho Romano la existencia de bienes propiedad de la mujer casada en régimen de matrimonio libre.

Los bienes extradotales y sus frutos debían ser devueltos a la mujer al disolverse la unión conyugal, y, fallecida la mujer, la restitución operaba a favor de sus herederos, lo que obligaba al marido a gestionarlos con la mayor diligencia y desde el interés de la familia, ante una eventual reclamación de devolución de los mismos. Seguramente por ello, algunos autores hablan de una aproximación entre el régimen jurídico de los bienes parafernales y los dotales, pues la posición del esposo se asemejaba a la de un depositario o mandatario. Por ejemplo, podía el marido ejercitar las acciones derivadas de los créditos que formaban parte del patrimonio de los bienes extradotales y, estando autorizado por la esposa, no tenía necesidad de prestar la *cautio de rato* que correspondía a los créditos, aunque era responsable de una mala administración. No debe pasarse por alto que en el derecho postclásico la mujer gozaba de una hipoteca general sobre los bienes del marido para garantizar la devolución de estos bienes, pues a diferencia de la dote, no estaban sujetos al sostenimiento de los gastos familiares<sup>876</sup>.

---

<sup>875</sup> BONFANTE (1974) 373.

<sup>876</sup> C. 2, 12, 21 *Imp. Constantinus A. ad concilium provinciae . Africae: Maritus citra mandatum in rebus uxoris cum sollemni satisfactione et alia observatione intercedendi habeat liberam facultatem, ne feminae persecuendae litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverentur inruant nec conventibus virorum vel iudiciis interesse cogantur. PP. llll id. Mart. Hadrumeto Constantino A. llll et Licinio llll cons. [a. 315].*

En cuanto al régimen de los frutos provenientes de los bienes parafernales, se duda si el marido podría disponer libremente de los frutos civiles, en el caso de deudas cobradas con interés, conservando el capital principal<sup>877</sup>. Por cierto que la cuestión no era tan evidente respecto a los frutos naturales<sup>878</sup>. Por analogía a lo dispuesto para la dote, parece que se reconocía y premiaba el trabajo del marido en la administración de los bienes extradotales permitiéndole adquirir los frutos civiles o naturales. Acerca de esta cuestión, la doctrina ha estudiado especialmente la siguiente constitución, promulgada por Teodosio y Valentiniano en el año 450 d. C.:

C. 5, 14, 8 *Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Hormisdæ pp. Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat. quamvis enim bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere. S. d. v id. Ian. Post consulatum Protogenis et Asterii .* [a. 450].

En el pasaje se recomendaba a la mujer depositar su confianza en el marido para la gestión de sus bienes propios, sin duda un reflejo de la tendencia a considerar la comunidad de bienes conyugal, plenamente consolidada en la etapa justiniana. Para nuestro estudio del senadoconsulto Orficiano resulta de gran interés pues confirmaría la propiedad de las mujeres sobre los bienes parafernales. Habitualmente, podía corresponder al marido la gestión de los mismos si aquéllas no lo prohibieran, y, si se pone esta constitución en relación con D. 23, 3, 9, 2 (Ulpiano, 31 *ad Sabinum*) se desprende que los bienes extradotales no presuponían un traslado de la propiedad al marido como sí ocurriera con la dote, si bien retornaba a la mujer o al constituyente en el caso de disolución del matrimonio por divorcio o fallecimiento<sup>879</sup>.

Los emperadores se estaban refiriendo a los bienes de uso particular de la mujer que había llevado al matrimonio fuera de la dote, para cuya administración debía tenerse en cuenta la voluntad de la esposa, con la recomendación que hemos mencionado. Posiblemente en esa

<sup>877</sup> LÁZARO GUILLAMÓN (2009) 5 ss.

<sup>878</sup> D. 22, 1, 34 (Ulpiano, 15 *ad edictum*) parece indicar que los intereses, *usurae*, hacen las veces de frutos en los legados, en los fideicomisos, en la acción de la tutela, en las acciones de buena fe y en otros acrecimientos. La cita de este texto sirve exclusivamente de ejemplo para supuestos en los que el marido tiene derecho a percibir frutos naturales. Por su parte D. 35, 2, 95 pr. (Escévola, 21 *digestorum*) expone que, aunque a la muerte de la mujer no se hubieran rendido cuentas de la administración de los bienes extradotales, en la cantidad se supone incluido lo que quedó en poder del marido por la administración de éstos.

<sup>879</sup> LÁZARO GUILLAMÓN (2009) 1-13.

época se venían confundiendo los bienes en la práctica desde el momento en que entraban en la casa y los maridos disponían de ellos como del resto de bienes familiares, la mayoría de las veces sin consultar a la mujer, su verdadera y legítima propietaria<sup>880</sup>.

Por su parte, la concepción justiniana de *parapherna*<sup>881</sup> se circunscribía a los bienes de la mujer encomendados a la administración del marido, tal y como nos dice:

C. 5, 14, 11 pr. *Imperator Justinianus a Iohanni PP. Si mulier marito suo nomina (id est feneraticias cautiones) quae extra dotem sunt dederit, ut loco paraphernarum apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum, utrumne habeat aliquas ex his actiones maritus sive directas sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant, et in quem eventum dandae sint marito actiones, quaerebatur. D. k. Nov. Lampadio et Oreste vv. cc. cons.*  
[a. 530].

El texto permite conocer el régimen de aquellos bienes que la mujer entregaba al marido, en el caso de la decisión imperial documentos de crédito a interés, catalogados como bienes parafernales, disponiendo la mujer del ejercicio de las acciones correspondientes al marido en su nombre. Igualmente, el esposo podía emplear los intereses en necesidades familiares o de la mujer, si bien el capital estaría garantizado con una hipoteca general sobre sus bienes, respondiendo en los límites de la *culpa in concreto*<sup>882</sup>.

GARCÍA GARRIDO<sup>883</sup> pone especial énfasis en señalar la diferente defensa procesal de la mujer contra las actuaciones del marido: en el caso de los bienes dotales se requería la *actio rei uxoriae*, y, en cuanto a los bienes extradotales, la *actio depositi*, *actio mandati* o *actio rerum amotarum*. En todo caso, y puesto que analizamos la situación patrimonial de la mujer romana en el siglo II d. C., hemos de definir, en lo posible, el concepto de bienes parafernales en dicho momento histórico, cuando los juristas romanos distinguían claramente entre bienes dotales y extradotales, categoría esta última en la que se incluían:

1º. Los bienes de uso o ajuar que la mujer llevara a la casa del marido (*illatio*).

2º. Los bienes que la mujer entregara en propiedad al marido mediante *traditio*, recibéndolos luego de aquel para su uso en un régimen similar al peculio.

<sup>880</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 34-35.

<sup>881</sup> CASTELLI (1923) 5 ss. En papiros greco-egipcios, más que en el propio derecho helénico, los *parapherna* se consideraban objetos, vestidos, mobiliario y utensilios de tocador, excluyendo los bienes inmuebles. Se dejaban para uso exclusivo de la mujer y eran considerados de su propiedad; en caso de disolución del matrimonio se los llevaba consigo. Por el contrario, acerca de los inmuebles, los papiros parecen mostrar que la administración era entregada al marido y se disfrutaban en común, de forma que su regulación se acercaba a la dote.

<sup>882</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 39; SERRANO VICENTE (2006) 40, 42, 347.

<sup>883</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 41.



3º. Los bienes propios de la mujer que administraba ella misma o entregaba a la gestión del marido<sup>884</sup>.

D. 23, 3, 9, 3 (Ulpiano, 31 *ad Sabinum*):

*Ceterum si res dentur in ea, quae graeci parapherna dicunt quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti. et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt. plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus. et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas connisus est.*

Es conveniente comenzar el análisis de este fragmento reconociendo la intervención en el mismo de los compiladores que autores como RICCOBONO, PAMPALONI o CASTELLI se han afanado en identificar<sup>885</sup>, como las anómalas menciones al peculio o a la *actio dotis* (justiniana). No obstante, sobresalen dos ideas que pueden orientarnos sobre la concepción clásica de los bienes extradotales: la posible *traditio*<sup>886</sup> de la mujer al marido en sus bienes de

---

<sup>884</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 51. Este término aparece en fuentes no jurídicas como Gelio, 17, 6, Livio, 41, 29 y Festo, *De verborum significorum s. v. Recepticium servum* (Lindsay, 356). Los dos primeros se refieren al caso de la mujer rica que humillaba a su marido prestándole *pecunia* propio que luego le reclama por medio de un *servus recepticius* traído a colación por Catón el Censor para aprobar la *lex Voconia*.

<sup>885</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 40-41.

<sup>886</sup> D. 39, 5, 31, 1 (Papiniano, 2 *responsorum*) sobre una madre que entrega a su hija que va a contraer matrimonio un peculio, y la hija mediante *traditio* lo traspasa al marido, debiendo este destinarlo a su uso personal. Aunque se trataba de un mecanismo de innegable influencia oriental, Papiniano trata de reconducirlo a los principios tradicionales romanos equiparándolo al peculio, pues el marido incluso en matrimonios libres entregaba en ocasiones a la mujer bienes que luego le legaba en testamento (vestidos y adornos). Por otra parte, se abre el debate de la existencia del peculio en la mujer *sui iuris*, teóricamente posible para GARCÍA GARRIDO (1958) 47, siguiendo a CASTELLI (1923) 81 ss., aunque lo defina como peculio impropio y más cercano al concepto de donación, y, en todo caso, inusual en las costumbres romanas que ligaban el peculio al sometimiento al *paterfamilias*. *Fragmenta Vaticana*, 112. Finalmente, admitiendo las sospechas de interpolación como bastante

uso, siendo su intención que pasaran a ser propiedad del marido, aun estando fuera de la dote<sup>887</sup>, y la *illatio* sobre los bienes que aportaba para su disfrute personal al llegar al domicilio conyugal sin que tuviera intención alguna de ceder la propiedad. En este supuesto, puesto que aún no se había impuesto la consideración del matrimonio como comunidad de bienes ni el consumo de esos bienes sin su consentimiento<sup>888</sup> una eventual confusión con otros bienes de la casa era sancionada por el derecho mediante la *actio ad exhibendum*, pues se había realizado un inventario de los mismos que constituían el ajuar de la mujer y de los que podía disponer con total libertad.

En definitiva, el régimen clásico del patrimonio de la esposa se dirigía a proteger los bienes privativos de la mujer en caso de disolución del matrimonio, y, por tanto, identificaba el concepto romano clásico de bienes extradotales como comprensivo de *illatio* y *traditio*. Pero aun quedaría la posibilidad de que la mujer romana retuviera la propiedad de ciertos bienes y entregara la administración al marido, en el caso, por ejemplo, de haberlo instituido como heredero de esos bienes, lo que se aprecia en D. 35, 2, 95 pr. (Escévola, 21 *digestorum*), un texto que expone que lo adeudado por el marido a la mujer se imputaría al fideicomiso de herencia, en el ámbito de la rendición de cuentas debida a todo administrador<sup>889</sup>.

## 2.5. El peculio de la mujer casada.

Particularmente interesante es la posible existencia de un peculio a favor de la *filiafamilias* casada en régimen *sine manu*, puesto que el padre que ejercía la potestad sobre la hija podía entregarle, con ocasión del matrimonio, el conjunto de bienes que habían constituido su peculio cuando vivía en la casa paterna. En otras ocasiones, se trataba de una nueva atribución de bienes y, en cualquiera de ambas situaciones los bienes no se situaban a disposición del marido ni tan siquiera de su administración, tal y como expresa:

---

justificadas, la mención por Ulpiano en D. 23, 3, 9, 3 (Ulpiano, 31 *ad Sabinum*), institución romana muy arraigada y de límites precisos, podía en este momento suponer una admisión de la cercanía de ambos conceptos, peculio romano y *parapherna* orientales.

<sup>887</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 42 los considera como un complemento de la dote. *Fragmenta Vaticana*, 103, y para recuperarlos en caso de disolución se utilizaría la *condictio*.

<sup>888</sup> C. 5, 16, 17 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Capitolinae*. [a. 293].

<sup>889</sup> C. 5, 12, 29 *Imp. Iustinianus A. Menae pp.* [a. 528].

D. 23, 3, 24 (Pomponio, 15 *ad Sabinum*);

*Si filiafamilias nuptura ex peculio, cuius administrationem habet, dotem viro dedit, deinde, cum in eadem causa peculium eius esset, divortium fecerit, dos ei recte solvitur quasi a quolibet peculiari debitore.*

Si bien este fragmento se refiere a un divorcio en el que se recuperaba la dote proveniente precisamente del peculio, lo que hace verdaderamente interesante esta figura, habitual en la práctica, era su independencia en muchas ocasiones de la dote.

El peculio de la hija casada tampoco coincidía con los llamados bienes *extra dotem*, y precisamente D. 37, 7, 8 (Papiniano, 2 *responsorum*) exponía que los bienes peculiares, como ocurriera con el peculio de la esclava, eran disfrutados por la hija casada mientras que los bienes extradotales no tenían porque ser usados y disfrutados por ella, al constituir un concepto más general que el de peculio. Así pues, habrían coexistido en el caso de mujer *alieni iuris* casada *sine manu* bienes del patrimonio de su padre, de su marido, el peculio administrado por ella misma y una cuarta categoría, el patrimonio conyugal. En concreto, la dote estaría incluida en el patrimonio del marido, con la salvedad de una posible restitución al constituyente en caso de disolución del matrimonio por viudedad o divorcio. En cuanto al peculio, formaría parte del patrimonio del padre, aunque nada obstaba a que pudiera donarlo a su hija si la emancipaba, así como dejárselo en legado o por medio de donación *mortis causa*<sup>890</sup> de forma que en ambos casos los bienes dejaban de ser considerados peculiares, puesto que la mujer era ya *sui iuris*.

Las mujeres que permanecían bajo la potestad de su *paterfamilias*, bien por ser solteras bien por haber contraído matrimonio *sine manu* siendo *filiafamilias*, disponían del peculio otorgado por el *pater*, una institución en torno a la cual giraron muchas decisiones jurisprudenciales acerca de los derechos patrimoniales de las mujeres romanas, pues sobre la regulación del peculio moldearon otros institutos. Estos bienes, en realidad un pequeño patrimonio, eran usados, disfrutados y administrados por la mujer. Puesto que carecía de poder de disposición, quedaba éste reservado al *pater* (antes al marido si contraía matrimonio *cum manu*) que se los había otorgado.

Especialmente interesante es la consideración de la donación del peculio, una liberalidad en vida del padre que suponía la renuncia a retirar dichos bienes entregados en uso a su hija. Por el contrario, en caso de muerte del *paterfamilias*, era necesario que se hubiera reconocido el peculio expresamente en el testamento como prelegado a la hija, puesto que no se

---

<sup>890</sup> D. 39, 5, 31, 2 (Papiano, 12 *responsorum*).

aceptaban las donaciones entre padre e hija como entre cónyuges y no se les llegó a aplicar la *Oratio Antonini* del año 206 d. C. sobre la convalidación por la no revocación.

Finalmente, hemos llegado de nuevo a la mujer fallecida que es objeto de atención por el senadoconsulto Orficiano<sup>891</sup>, en cuyo patrimonio pudiera haber bienes que fueron en su día peculio. En cuanto la mujer había salido de la potestad, esos bienes pasaron a ser de su propiedad por alguna de las vías expuestas (donación, legado). Por tanto, una mujer casada *sine manu* podía gozar de un peculio, separado de la dote, y se le aplicaban muchas normas del peculio del *filius*, al igual que ocurriera con el peculio de los esclavos<sup>892</sup>:

D. 50, 16, 195, 2 (Ulpiano, 46 *ad edictum*):

*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut ire proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domum dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. et eum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. communi iure familia dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familia appellabuntur, qui ex eadem domo et gente prodit sunt.*

Puesto que la situación de la mujer era asimilable a la del *filius*, y ambos a la muerte del *paterfamilias* se convertirían en *sui iuris* (aun quedando la mujer sometida a la tutela<sup>893</sup>) las

---

<sup>891</sup> La mujer casada *in manu* no era considerada por el senadoconsulto Orficiano, puesto que en cuanto agnada de sus hijos era sucedida por éstos caso de fallecer intestada, pero es interesante hacer mención a la posibilidad de la mujer *conventa in manu* de disponer de un peculio que el marido ponía a su disposición y que venía a consistir en vestidos, útiles y adornos que, por supuesto, eran de propiedad del marido y de los cuales no habría podido disponer. En Plauto, *Casina* acto 2, escenas 2 y 26 se habla de esta cuestión, lo que lleva a GARCÍA GARRIDO (1958) 29 a considerarlo una práctica social muy extendida que se extiende a la etapa clásica, y puede considerarse el germen del prelegado a la mujer para caso de viudedad asegurando su sustento, aunque podía ser retirado en vida del marido, *paterfamilias* de su esposa, como ocurriera con el peculio de la *filiafamilias*. No obstante, las fuentes jurídicas no se han ocupado del peculio de la mujer *in manu* bien por haber desaparecido pronto o por considerarlo algo más bien propio de los usos sociales y familiares.

<sup>892</sup> BONFANTE (1974) 97.

<sup>893</sup> Gai. 2, 86 y 87; *Tituli ex corpore Ulpiani*, 10, 2. D. 13, 6, 3, 4 (Ulpiano, 28 *ad edictum*) sobre el comodato.

adquisiciones en vida del *paterfamilias* pasaban a ser propiedad de éste, y no podían empeorar con sus actos el patrimonio paterno. Admitida desde finales de la República<sup>894</sup> la capacidad negocial de las mujeres, seguía siendo en época clásica más limitada que la del varón, al igual que ocurriera en el ámbito procesal y en la vida pública.

Gai. 3, 104:

*Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est, non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli*<sup>895</sup>.

D. 14, 6, 9, 2 (Ulpiano, 29 ad *edictum*) es utilizado por varios autores como prueba de la posibilidad de las hijas de obligarse por contrato, *suo nomine*, caso en que se le aplicaría la *exceptio* según el senadoconsulto Macedoniano<sup>896</sup> aunque GARRIDO<sup>897</sup> exprese sus dudas en este particular. No obstante, los autores se encuentran divididos entre aquellos que niegan la capacidad contractual de las mujeres, como BONFANTE, SOLAZZI o MOMMSEN y los que la admiten, como SAVIGNY<sup>898</sup>. Parece más razonable, de acuerdo a Gai. 3, 104, considerar que, en paralelo a la incapacidad en el ámbito público, se produjera la incapacidad privada durante la etapa clásica, tanto para obligarse como para ir a juicio destacando en el ámbito procesal la necesidad de la autorización del tutor para intervenir en juicio<sup>899</sup>. La dote supondría una excepción en todo este régimen, pues el padre era considerado como deudor de la hija<sup>900</sup> lo que se aprecia en el tratamiento diferente entre la hija emancipada y la que permanecía en casa, siendo ambas *alieni iuris*. Por todo ello, podemos concluir que, originariamente hijos e hijas eran incapaces patrimonialmente, y el derecho clásico no los consideraba titulares de bienes propios de forma que sus adquisiciones iban a parar al *paterfamilias*. Para el hijo, se admitió la posibilidad de obligarse en nombre propio, de disponer del peculio castrense y de actuar en

---

<sup>894</sup> Gai. 4, 77 comenta las acciones que puede ejercitar el *filius* (*actio iniuriarum* si el padre está ausente o es enfermo mental, más dudoso el ejercicio de la *actio depositi* o *actio commodati*). En cuanto al papel público, BONFANTE (1974) acerca de su participación en los comicios.

<sup>895</sup> D. 45, 1, 141, 2 (Gayo, 2 *liber verborum obligationibus*): la mujer *sui iuris* sometida a tutela necesitaba de la *auctoritas tutoris*, mientras que la mujer *alieni iuris* evidentemente carecería de capacidad negocial.

<sup>896</sup> PERIÑÁN (2000) 55 ss.; 261 ss.; 484 ss.

<sup>897</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 9. La novación de una obligación suponía que la persona en potestad que contrataba hacía nacer una acción contractual contra ella misma y la *actio de peculio* contra el *paterfamilias*. Paulo, *Sententiae* 5, 8 admitiría que la *filiafamilias* interviniera en una novación, al equipararla al esclavo.

<sup>898</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 9 sobre las diversas opiniones doctrinales.

<sup>899</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 11, 27 o Gai. 1, 184 para ser actora o demandada, aun con excepciones como la referida a la *actio rei uxoriae* o la *actio iniurarum*, D. 3, 3, 8 (Ulpiano, 18 ad *edictum*) o D. 47, 10, 17, 10 (Ulpiano, 57 ad *edictum*).

<sup>900</sup> D. 46, 3, 34, 6 (Juliano, 54 *digestorum*); D. 23, 1, 10 (Ulpiano, 3 *disputationum*).

juicio: pero las mujeres *alieni iuris* no corrieron la misma suerte y se les mantuvo la incapacidad, con ciertas excepciones, hasta la etapa postclásica y justiniana.

La mujer fallecida cuya herencia era objeto de regulación del senadoconsulto Orficiano era *sui iuris*, y no deja de tener interés conocer las especialidades del peculio, que pudo retirarle su padre cuando aún estaba bajo su potestad, y que solía consistir en vestidos, adornos o esclavos para las tareas domésticas responsabilidad de la *filia*. En ese tiempo, al igual que la esclava, la hija pudo disponer negociando con terceros ya en el ejercicio de una actividad económica o comercial, sin duda algo no muy habitual, caso en que las garantías de los contratantes sobre el padre operaban como en el peculio de los hijos varones<sup>901</sup>. En muchos casos, al casarse esos bienes le fueron donados por el padre o dejados en legado y, al morir ella misma, lo que fuera peculio había pasado a engrosar su patrimonio, reclamado por sus hijos *ex Orphitiano*.

2. 6. Otros bienes integrantes del patrimonio de la mujer: los rendimientos de actividades laborales y profesionales<sup>902</sup>.

Si bien parece existir una aproximación entre los bienes aportados de cualquier modo a la nueva familia, dotales y parafernales, realmente se complica el escenario cuando la mujer casada, además de los bienes parafernales o, en un sentido más amplio, extra dotales, es titular de lo que ha ido adquiriendo constante matrimonio por su actividad económica, puesto que debía regir una clara separación con los demás bienes pero en la práctica no se producía.

Las fuentes literarias y jurídicas muestran poco interés en reflejar el trabajo remunerado realizado por las mujeres, si acaso agrónomos como Catón el Censor, Varrón o Columela nos ofrecen una imagen idealizada de las labores agrícolas, en las que participaban las mujeres libres, esclavas o libertas.

Tal y como mencionamos anteriormente, se esperaba de las mujeres que se mantuvieran siempre activas y ocupadas, como indica Columela sobre la casera y las demás mujeres de la familia que debían cardar la lana, hilar, tejer y confeccionar la ropa familiar en su tiempo libre.

Pero las mujeres romanas también trabajaron fuera de la casa, informando las fuentes epigráficas de sus actividades en los sectores textil, alimentario, artístico, industrial o de salud y cuidados. En ocasiones, el trabajo no era remunerado, como ocurría con las libertas que

---

<sup>901</sup> D. 3, 5, 13 (Ulpiano, 10 *ad edictum*); D. 14, 1, 21 (Ulpiano, 28 *ad edictum*); D. 15, 1, 1, 2-3 (Ulpiano, 28 *ad edictum*) sobre acciones concedidas contra el padre por obligaciones de la hija. Incluso se prevé la *actio tributaria*, si la *filia* o esclava habían contratado por encargo del padre, D. 15, 1, 25 (Gayo, 9 *ad edictum provinciale*).

<sup>902</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2013) 241-262.

trabajaban en el taller o negocio de su marido, pero muchas veces continuaban el negocio familiar por haber fallecido el marido o el padre.

D. 37, 15, 11 (Papiniano, 13 *responsorum*):

*Liberta ingrata non est, quod arte sua contra patronae voluntatem utitur.*

Los trabajos artesanales e industriales solían ser desarrollados por mujeres de baja condición social, pero nada obstaba a que las mujeres de clase acomodada fueran titulares de negocios en los que incorporaban a trabajadoras remuneradas. Podemos citar como algunos trabajos desempeñados exclusivamente por las mujeres, a veces agrupadas en gremios, los siguientes: devanadoras, peinadoras, cardadoras, urdidoras, sombrereras de seda o batidoras de seda, oro y estaño. También hay constancia de mujeres cerrajeras, pasteleras, zapateras, fabricantes de bolsos y cinturones, pulidoras de cristal, peleteras, curtidoras y tejedoras, por citar algunos. Las fuentes incluso acreditan la constitución de *societas publicanorum*, así como de su actuación como prestamistas o de haberse presentado a licitaciones públicas para proyectos de minas o carreteras. Asimismo, podían ejercer como *navicularii*, propietarias de barcos o responsables de compañías de navegación, y en el sector hotelero, como titulares de hosterías o graneros privados (*hospita, tabernaria, vinaria* o *domina cauponae*). En el ámbito cultural, la mujer podía ejercer como *notaria, educatrix, libraria* e incluso obtener remuneración como amanuense o escritora.

DE MARTINO <sup>903</sup> alude a Columela, y las labores de la *vilica*, la capataz de una explotación, así como a algunas mujeres ilustres, como Livia y Melania, y a un matrimonio que poseía grandes rebaños, *Caecilius Isidorus* y *Domitia Lepida*. Curiosamente, las mujeres son retratadas en las fuentes como *evergetas*, realizando importantes actos de liberalidad. Así, *Postumia Aciliana*, manda erigir una estatua ricamente decorada, y *Fabia Hadrianilla* deja establecido en su testamento dos distribuciones anuales de comida para niños y niñas<sup>904</sup>.

Las fuentes epigráficas mencionan otros oficios femeninos, tales como *medica, nutrix, lintearia* y *ornatrix*, así como el servicio doméstico de las élites y de la misma familia imperial durante la etapa Julio-Claudia. Precisamente en Hispania, las *clarissimae*, mujeres del *ordo* senatorial que pertenecían a grandes familias, participaron en negocios familiares y desarrollaron actividades evergéticas.

Realmente, los núcleos urbanos ofrecieron mayores posibilidades de actuación de la mujer en el mundo laboral. Las mujeres de clase alta, en las villas rústicas, gestionaron grandes

---

<sup>903</sup> DE MARTINO (1985) 220.

<sup>904</sup> DE MARTINO (1985) 364, 283, 301, 503, 517 y 642.

operaciones económicas, siendo terratenientes desde la República así como titulares de minas, fábricas o negocios. En todo caso, las mujeres que más trabajaban eran las libertas pues el oficio que habían aprendido como esclavas lo desarrollaban después libres.

## 2.7. Regulación postclásica de los *bona materna*:

El Emperador Constantino<sup>905</sup>, en sus dos constituciones recogidas en Código Teodosiano 8, 18, 1 y Código Teodosiano 8, 18, 2 tuvo especial interés en diferenciar la existencia de dos masas patrimoniales cuando se abría la sucesión *mortis causa* intestada: la de los bienes procedentes del padre y los procedentes de la madre<sup>906</sup>.

Código Teodosiano, 8, 18, 1-2:

*Cesset itaque in maternis dumtaxat successionebus commentum cretionis et res, quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate adque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur. Nam maternum patrimonium, quod filiis in potestate constitutis obvenerit, cum patre mortuo sui iuris fuerint, praecipuum habere eos et sine cuiusquam consortio placuit. 2 Quod si pater suum filium paterfamilias videre desiderans eum emancipaverit, repraesentare ei maternam debebit substantiam, ita ut filius accepto munere libertatis reique suae dominus effectus, ne videatur ingratus, tertiam partem custoditae sibi rei muneris causa parenti offerat, aestimatione, si res dividi coeperint, bonorum virorum arbitrio permittenda, quam tertiam alienare quoque pater, si hoc maluerit, habebit liberam potestatem .*

El texto nos muestra que los bienes de procedencia paterna quedaban sujetos a las normas del derecho de sucesiones civil o pretorio, mientras que aquellos otros bienes que procedían de la herencia materna, retenidos en una especie de usufructo<sup>907</sup> por el viudo, debían transmitirse a los hijos en tanto bienes que se hallaban fuera del conjunto patrimonial del *paterfamilias*. Por otra parte, llama poderosamente la atención en Código Teodosiano 8, 18, 2

---

<sup>905</sup> FUENTESECA (1993) 185.

<sup>906</sup> FUENTESECA (1993) 186 cree superada la discusión sobre una posible raíz helénica en la definición de los bienes maternos, pues lo verdaderamente decisivo para delimitar el concepto de los mismos sería evitar que en caso de divorcio se perjudicaran las expectativas de los hijos en una clara muestra de la consolidación del parentesco cognaticio. Sin embargo, duda el autor de que el *paterfamilias* perdiera la propiedad sobre los bienes que llegasen a sus hijos de procedencia materna siendo el derecho que se le otorgaba tan sólo un usufructo o un derecho de naturaleza análoga.

<sup>907</sup> El *pater* habría perdido el *dominium* sobre los bienes correspondientes a sus hijos *ex matris successione*, valorándose el usufructo en un tercio de la cuantía de dichos bienes.



del año 319 d. C. la mención a la antigua *cretio*<sup>908</sup> cuando los hijos eran llamados a suceder estando *in patria potestate*, como refleja Código Teodosiano 8, 18, 2 del año 319 d. C.

La alusión a la *cretio* se repite en Código Teodosiano 8, 18, 4 del año 339 d. C., lo que se ha venido interpretando en el sentido de una adquisición por el padre de la propiedad de los bienes de la herencia materna deferida a sus hijos *in potestate*, aunque le estuviera vedado enajenarlos. Constancio, por su parte, ampliará la decisión de Constantino a todas las herencias deferidas al hijo *in potestate*, lo que lleva a algunos romanistas a considerar que, hasta ese momento, la exigencia de la *cretio* pudiera ser una imposición *ex Orphitiano* sólo para la herencia materna, facilitando al padre la asignación de dichos bienes como prelegado<sup>909</sup>.

En todo caso, el verdadero valor de la admisión a la herencia de personas *alieni iuris* por el senadoconsulto Orficiano es la ruptura con un principio muy arraigado en la sucesión civil, pues alteraba la unidad patrimonial de la familia mucho antes de las constituciones de Constantino, a la par que postergaba a los agnados de la fallecida.

Ciertamente, en un momento histórico en el que primaba el matrimonio *sine manu* las mujeres realizaban testamento a favor de sus hijos aun siendo éstos *alieni iuris*, y no era infrecuente incluir la *condicio emancipationis* o el *fideicommissum restitutionis*, de manera que se reservaban los bienes hereditarios de la madre para sus propios hijos, al margen del patrimonio paterno. No obstante, esos mecanismos jurídicos no eran perfectos y fue necesaria

---

<sup>908</sup> FUENTESECA (1993) 191 ss.: La *cretio* era un antiguo instituto del derecho hereditario, posiblemente obra de la jurisprudencia pontifical para asegurar la continuidad de los *sacra familiaria* al obligar al *heres ex testamento* dentro de un plazo a la aceptación de la herencia para no perder su condición de heredero. Los pontífices la habrían extendido sobre aquellos que obtuviesen algún beneficio pecuniario de la herencia: Cicerón, *Topica*, 6, 29; Cicerón, *de legibus* 2, 20, 49 y 2, 19, 48. Incluso a lo largo de la República, la nobleza dirigente consideraba los *sacra privata* como una religión nacional, y posiblemente por ello, institutos como la *cretio* llegan a la época postclásica, más o menos formalmente. El padre que autorizaba la *cretio* del *filius in potestate* respecto a la herencia de su madre, se comprometía solidariamente con el hijo a asumir la obligación de los *sacra ex materna familia*. En época clásica consistía en una fórmula verbal y solemne de aceptación de la herencia por el heredero testamentario. Constantino presentaba su decisión en Código Teodosiano 8, 18, 4 del año 339 d. C con el mayor respeto a la tradición sagrada de la familia, pero después ordenaba que cesara la ficción de la *cretio* respecto a los bienes maternos, sobre los que ejercería el *paterfamilias* el *ius fruendi*. La perduración de la figura más bien parece el mecanismo utilizado para responsabilizar al *pater*, junto con el hijo, de los *sacra ex materfamilia*. Al mismo tiempo, se produce una situación de solidaridad entre padre e hijo semejante formalmente a la responsabilidad *quod iussu* en el ámbito de los peculios, y el usufructo compensaría el gravamen de los *sacra* de la familia de su esposa cuyas cargas compartiría con sus hijos. Puede decirse que responde a la misma necesidad la *usucapio pro herede*, CASTRO (2002) 68, 82, 96, 127 ss., 141 ss., 168 ss., 180 ss., 271 ss., 310 ss., 344 ss.

<sup>909</sup> FUENTESECA (1993) 1491, nt. 8 acerca de las diversas teorías sobre la relación entre la *cretio* y la herencia de los hijos *in potestate* tras la promulgación del senadoconsulto Orficiano. Para ARANGIO-RUIZ y SOLAZZI habría sido el medio ordinario de adquirir, mientras que BIONDI lo rechazaba entendiéndolo que la *cretio* en la legislación postclásica equivalía a *adire*. También VOCI se opone a otorgarle ese papel a la *cretio* pues en ese contexto no era el acto solemne de adquisición antiguo, sino un acto complejo resultante de la colaboración del hijo y del padre para que la herencia pasase a éste.

la intervención de Septimio Severo mediante rescripto para aclarar esta situación<sup>910</sup>. En D. 35, 1, 92 (Ulpiano, 5 *fideicommissorum*) el emperador decidió que un padre restituyera los bienes a los hijos además de emanciparlos, siguiendo el encargo de la abuela, independientemente de que existiera un fideicomiso. Constantino concluirá ese proceso histórico al separar el *maternum patrimonium* del patrimonio procedente del *paterfamilias* pues, como consecuencia de la independencia patrimonial de la esposa respecto al marido en los matrimonios libres, se aceptaba como la más acertada solución a la herencia femenina que los *bona materna* fueran a parar a los hijos de la fallecida. Pensando en un eventual nuevo matrimonio del viudo y el nacimiento de otros hijos, la conciencia romana no aceptaba que los bienes de la rama materna fueran absorbidos por el patrimonio del padre. Como consecuencia de la independencia patrimonial de la esposa respecto al marido en los matrimonios libres, se consideraba más acertada la solución que destinaba los *bona materna* a los hijos de la fallecida.

---

<sup>910</sup> FUENTESECA (1993) 1496 ss.: Desde el siglo I d. C. la *condicio emancipationis* en los testamentos maternos servía para preservar sus bienes a los hijos. El gravado con fideicomiso de emancipación debía cumplirlo de igual forma que al *pater* se le impone coactivamente la *aditio* de la herencia por el pretor, D. 36, 1, 17 (Ulpiano, 3 *fideicommissorum*) pudiendo no sólo la madre, sino cualquier otra persona que disponga el fideicomiso obligarle. Aunque D. 30, 114, 8 (Ulpiano, 8 *institutionum*): *potestas enim patria inestimabilis est* diga que no se puede valorarse pecuniariamente la renuncia a la patria potestad, la renuncia del padre a aquélla se realizaba frecuentemente mediante contraprestación, el *praemium emancipationis*, que aparece en los textos clásicos y es de nuevo mencionado por Justiniano como *pretium emancipationis*, y que pudo ser el origen del tercio de los *bona materna* que los hijos deberán ofrecer a los padres como recompensa: Código Teodosiano, 8, 12, 2.

## II. El senadoconsulto Orficiano en las fuentes y la doctrina.

### 1. El senadoconsulto Orficiano en las fuentes.

El senadoconsulto Orficiano emana en el año 178 d. C. de una *oratio* de Marco Aurelio y Cómodo, y toma su nombre de uno de los dos cónsules del año, *Ser. Scipio Orfitus*, tal y como se desprende de D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*) que menciona una *oratio sacratissimi principis nostri*. Asimismo, *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7 se refiere a la *oratio imperatorum Antonini et Commodi in senatu recitata*.

RANCHINUS<sup>911</sup> había reconstruido en su *Tractatus de successione abintestato* el texto del senadoconsulto Orficiano de la siguiente manera:

*Quod Scipio Orfitus, et Vetius Rufus consules verba fecerunt de filiorum successionibus in maternis bonis, aliisque rebus quae imperator Caesar divi Antonius filius Marcus Aurelius Antoninus, et Lucius Aurelius Commodus illius filius Augusti Maximique principes oratione sua complexi sunt. De ea re quid fieri placeat, de ea re ita censuerunt. Id sine in manum conventionem matris intestatae hereditas ad liberos pertineat, tametsi in aliena potestate sint. Ut filiae simul cum filiis succedant matri, et liberi vulgo quasiti cum legitimis. Utque ii omnes omnibus consanguineis et agnatis ipsius matris praeferantur. Si nemo filiorum eorumve quibus simul legitima hereditas defertur volet ad se eam hereditatem pertinere ius antiquum erit. Quae iudicata, transacta, finitave sunt rata maneant.*

Sin embargo, es dudoso que el texto incluyera la frase *ut si testator non proprio nomine, sed certa aliqua demonstratione, servum designasset, nihilo minus liber existeret*<sup>912</sup>.

#### 1.1 *Corpus Iuris Civilis*:

El análisis de las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano nos permitió identificar el llamado "esquema de trabajo ulpiano"<sup>913</sup> en los libros 12 y 13 *ad Sabinum*, que de nuevo se

---

<sup>911</sup> VOLTERRA (1966) 553: Gulilmus Ranchinus escribió su *Tractatus de successione ab intestato* (Lugduni, 1594) que fue reproducido bajo el nombre falso de Jo. Weineus en el año 1603 y re-editado bajo el nombre real de MEERMAN, *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, t. III, Hagae-Comitum, 1752, p. 200. Precisamente del prefacio al volumen III, p. II resulta que nadie antes había impreso este texto.

<sup>912</sup> Paulo, *Sententiae* 4, 14.

aplica en el estudio del senadoconsulto Orficiano. Este método consiste en dar comienzo a cada caso por la denominación y detallada descripción de las condiciones de la persona fallecida, para seguir con la descripción de los llamados a suceder y finalizar aportando una solución a las situaciones de concurrencia entre parientes, lo que en ocasiones obligaba a volver a la regulación del *ius antiquum*. Precisamente la cuestión de las concurrencias cristaliza en:

D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat, itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio, patrono defertur.*

Puede afirmarse que este texto es el que más interés ha atraído al estudiar la doctrina ambos senadoconsultos, puesto que abre numerosos interrogantes, no sólo acerca del sistema de concurrencias entre parientes, sino sobre cuestiones dogmáticas como el derecho de acrecimiento<sup>914</sup>, la sucesión en la delación o la sucesión intestada de las libertas.

No obstante, hallamos fragmentos de Ulpiano que se sitúan al margen de su esquema, como sucede en el cierre del primer capítulo del título 17, con un nuevo pasaje del senadoconsulto Orficiano<sup>915</sup> que resulta instructivo para el debate sobre cuestiones sucesorias:

D. 38, 17, 1, 12 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Quod ait Senatus: “quae iudicata transacta, finitave sunt, rata maneant”, ita intellegendum est, ut “iudicata” accipere debeamus ab eo cui iudicandi ius fuit, “transacta” scilicet bona fide, ut valeat transactio, “finita”, vel consensu vel longo silentio sopita.*

Puede decirse que se trata de un texto asombrosamente moderno, equivalente a una *cláusula de cierre* o disposición transitoria, formulación que para los actos legislativos romanos supone una auténtica rareza si se pone en relación con otros dos textos de Paulo, D. 50, 16, 229 (Paulo, *libro singulari de tacitis fideicommissis*) y D. 50, 16, 230 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orfitianum*). Ciertamente, el senadoconsulto Orficiano al final de su texto

---

<sup>913</sup> MEINHART (1967) 13 ss.

<sup>914</sup> VOCI (1967) 689 ss.; 729 ss.

<sup>915</sup> MEINHART (1967) 15.

normativo, disponía todos los supuestos que se considerarían resueltos antes de un futuro juicio, transacción u ocultación. Las fuentes no son concluyentes sobre cuántas veces ha aparecido una formulación similar y tanto Ulpiano como Paulo no se han referido en sus explicaciones a esa cláusula que habría, sin duda, facilitado la solución de numerosas controversias<sup>916</sup>.

Los textos que nos informan de la regulación del senadoconsulto Orfitiano en el Digesto son:

Modestino:

D. 38, 17, 3 (Modestino, 8 *regularum*)<sup>917</sup>.

D. 38, 17, 4 (Modestino, 9 *regularum*)<sup>918</sup>.

Paulo<sup>919</sup>:

D. 38, 17, 6 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*).

D. 50, 16, 230 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*).

Pomponio<sup>920</sup>:

D. 38, 17, 10 (Pomponio, 2 *senatus consultorum*).

Ulpiano:

D. 38, 16, 1 pr.-11 (12 *ad Sabinum*)<sup>921</sup>.

D. 49, 15, 15 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>922</sup>.

D. 38, 17, 1 pr.-8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>923</sup>.

D. 38, 17, 1, 9-11 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>924</sup>.

---

<sup>916</sup> LORETTI-LORINI (1930) 394 ss.; MEINHART (1967) 18.

<sup>917</sup> LENEL (2000) a 738, 260.

<sup>918</sup> LENEL (2000) a *Ad senatus consultum Tertullianum et Orphitianum* 740, 279.

<sup>919</sup> LENEL (2000) a *De senatus consultum Orphitianum. Liber singularis* 1295, 1900 y 1295, 1901.

<sup>920</sup> LENEL (2000) b *De senatus consulto Tertulliano* 149, 807.

<sup>921</sup> LENEL (2000) b *De suis heredibus* 1043, 2512.

<sup>922</sup> LENEL (2000) b *De consanguineis heredibus* 1044, 2513.

<sup>923</sup> LENEL (2000) b *Ad senatusconsultum Orphitianum* 1045, 2515.

<sup>924</sup> LENEL (2000) b *Ad senatusconsultum Orphitianum* 1045, 2516.

Por su parte, encontramos en las Instituciones de Justiniano los siguientes pasajes:

3, 1. *De hereditatibus quae ab intestato deferuntur.*

3, 2. *De legitima adgnatorum successione.*

3, 4. *De senatus consulto Orfitiano.*

Finalmente, en el Código de Justiniano:

C. 6, 55. *De suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus.*

C. 6, 56. *Ad senatusconsultum Tertullianum.*

C. 6, 57. *Ad senatus consultum Orfitianum.*

C. 6, 58. *De legitimis heredibus.*

1. 2 Código Teodosiano:

Las constituciones que resultan de interés para el estudio del senadoconsulto Orficiano serían:

Código Teodosiano, 1, 4, 1.

5, 1, 1 del año 321 d. C.

5, 1, 2 del año 369 d. C.

5, 1, 3 del año 383 d. C.

5, 1, 4 del año 389 d. C.

5, 1, 7 del año 426 d. C.

8, 18, 1 del año 319 d. C.

8, 18, 2 del año 319 d. C.

8, 18, 4 del año 339 d. C.

1. 3 *Tituli ex corpore Ulpiani.*

*Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 1-7

29, 2-3.

#### 1.4 Sentencias de Paulo:

Sentencias de Paulo, 4, 8, 20 (22).

4, 9, 8.

4, 10, 3-4.

#### 2. *Status quaestionis*.

##### 2. 1. Moscatelli<sup>925</sup>.

En el año 1886 publica MOSCATELLI en *Archivio Giuridico* un completo artículo titulado *I senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano*. Pese a su título, el estudio realmente aborda genéricamente diversas cuestiones sobre el papel de las mujeres en la sucesión testamentaria e intestada, si bien concluye señalando la relevancia de ambas disposiciones senatoriales como la culminación del reconocimiento de las expectativas sucesorias en ausencia de testamento a las madres romanas.

El autor italiano, tras un análisis de la institución del testamento y su más que dudosa existencia en la etapa precívica, se centra en la capacidad de las mujeres para testar<sup>926</sup>. En su opinión, al estar prohibido a las mujeres el acceso a los comicios, se les habría vetado el acceso al *testamentum calatis comitiis*, e, igualmente, al no pertenecer al ejército, al *testamentum in procinctu*<sup>927</sup>. El texto decemviral unía la posibilidad de disponer de los bienes a la condición de *paterfamilias*<sup>928</sup> y, puesto que la mujer casada *in manu* mantenía la condición de *filiafamilias* del marido o del *paterfamilias* de éste, tampoco podría testar, como no podía el varón *alieni iuris*.

Hipotéticamente, cuando se asienta el *testamentum per aes et libram*, queda abierta esta capacidad a las mujeres, pero tan sólo las *sui iuris* podrían otorgarlo, si bien se hallaban sometidas a tutela. Como es bien sabido, la organización familiar romana contaba con la *tutela mulierum* como instituto que limitaba la capacidad jurídica de la mujer. En la mayoría de los casos, el tutor era un miembro de la familia (o el patrono para la liberta) quien difícilmente consentiría en prestar su *auctoritas* caso de verse perjudicado por el testamento de la pupila, siendo como era el primer interesado en que los bienes de la mujer no fueran a parar a otra

---

<sup>925</sup> MOSCATELLI (1888) 193 -240.

<sup>926</sup> Gelo, 5, 19.

<sup>927</sup> Gai. 2, 101.

<sup>928</sup> Gai. 1, 115 a.

manos. Por tanto, para alcanzar la libertad de disposición, el único remedio seguía consistiendo en la salida de la familia y la *coemptio fiduciaria* seguida de manumisión, que permitía a la mujer liberarse del tutor familiar y elegir un tutor de su confianza bajo cuya autoridad podía ya hacer testamento con libertad de decisión<sup>929</sup>.

Más adelante, la *lex Papia Poppaea* dispuso que aquellas mujeres que gozaran del *ius liberorum* quedaran libres de la tutela, y, tras la abolición por la *lex Claudia* de la tutela legítima, el instituto devino en mera formalidad. Aun así, entiende MOSCATELLI que tanto la liberta como la hija emancipada permanecían bajo la tutela del patrono y *parens manumissor* respectivamente, y que tan sólo las Vírgenes Vestales quedaban exentas y, por tanto, tenían la posibilidad de testar libremente mediante el *testamentum per aes et libram*. Las libertas que quisieran instituir a sus hijos como herederos, habían de respetar la *pars legitima* a favor del patrono para evitar la declaración de nulidad del testamento y la apertura de la sucesión intestada. Si, por el contrario, quisieran desheredarlos, puesto que las mujeres carecían de *sui heredes*, la mera preterición de los hijos equivaldría a la desheredación y los hijos (legítimos o ilegítimos) excluidos por su madre del testamento, podrían a su vez ejercer la *querella inofficiosi testamenti*<sup>930</sup>. Adriano decretará que la *querella* no tuviese el efecto de hacer caer el testamento completo, permaneciendo el resto de disposiciones como legados y manumisiones siendo válidas. También Severo y Antonino, para el caso del hijo preterido por su madre por error, permitieron el ejercicio de la *querella* si los instituidos eran personas ajenas a la familia, mientras que recibiría una cuota viril si concurría con otros hijos.

Las reflexiones más interesantes de MOSCATELLI sobre el senadoconsulto Orficiano se refieren al análisis de la capacidad de la mujer para ser sucedida en el caso de fallecer sin haber otorgado testamento. Para ello, diferencia entre las mujeres *alieni iuris*, que carecían de patrimonio propio y, como mucho, habrían disfrutado de un peculio que a su muerte retornaría al *paterfamilias*<sup>931</sup> y las mujeres *sui iuris*. Pero, entre éstas, identifica a su vez dos situaciones diferentes: la mujer soltera no sometida a *potestas*, la cual podría disponer y ser sucedida de acuerdo al *ius civile* o al derecho pretorio, y la mujer casada *sine manu*<sup>932</sup>, destacando en su

---

<sup>929</sup> Livio 39, 9 narra el caso de una liberta, *Hisपालa Fecennia*, que estaba bajo tutela dativa tras la muerte del patrono, y que habría hecho testamento con la autorización de ese tutor. También Gai. 3, 43 parece referirse a esa posibilidad de testar con la autorización de tutor con carácter previo a la *lex Papia*. Gai. 1, 15 alude a la capacidad de testar de las Vestales y las mujeres con *ius liberorum*.

<sup>930</sup> Instituciones, 2, 19, 3: *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere*. No obstante, la Novela 115, 3 del año 514 d. C. sólo admitiría la desheredación de los descendientes o su preterición en casos de extrema gravedad, indicados por el legislador con gran precisión.

<sup>931</sup> Ciceron, *Pro Flacco* 34.

<sup>932</sup> GARCÍA GARRIDO (1958) 31-50.



patrimonio dos grandes masas: los bienes *extra dotem* y la propia dote en caso de haber sido recuperada antes del fallecimiento. Pues bien, estas mujeres serían sucedidas por el *ius civile* y quedaría abierta la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio* por los diferentes parientes, haciendo hincapié MOSCATELLI en las escasas expectativas sucesorias del cónyuge viudo<sup>933</sup> y, sobre todo, de los hijos, situación esta última a la que vino a poner remedio el senadoconsulto Orficiano.

Concluye este autor exponiendo que el senadoconsulto Orficiano vino a completar la reforma emprendida por el senadoconsulto Tertuliano y, pese a reconocer la insuficiencia de datos, da por sentado que la disposición estableció la preferencia de los hijos de la mujer fallecida sobre sus agnados de cualquier grado, extendiéndose a hijos e hijas, legítimos o no, ciudadanos romanos que deberían aceptar o repudiar la herencia puesto que no eran *sui heredes*.

Un caso plantea dudas a MOSCATELLI: el fallecimiento de la mujer emancipada y, por tanto, sometida al patronato del *parens manumissor*, que dejara a sus hijos y a su padre. Ante el silencio del senadoconsulto, su postura, seguida luego por LAVAGGI<sup>934</sup>, es admitir la concurrencia de los hijos con el manumisor como previsible solución alcanzada por la jurisprudencia. A partir de Código Teodosiano 5, 1, 3 del año 383 d. C. se habría modificado esa situación en el caso de las mujeres ingenuas emancipadas, de forma que pudieran ser sucedidas exclusivamente por sus hijos. Por el contrario, para la liberta fallecida y sometida a tutela del patrono, MOSCATELLI cree, siguiendo D, 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) que tan sólo cuando los hijos hubieran repudiado la herencia se procedería al llamamiento al patrono en base al *ius civile vetus*, pues existirían *decem personis*, tal y como dice Instituciones 3, 9, 3, que tendrían preferencia según el senadoconsulto Orficiano. Si alguno de los hijos repudiara la herencia pero el resto quisiera suceder, entraría en juego el derecho de acrecimiento entre hermanos antes que devolver la herencia al derecho antiguo y llamar al patrono.

Finalmente, MOSCATELLI se refiere a disposiciones ulteriores que corrigieron la limitación del senadoconsulto Orficiano a la sucesión por parte de los nietos maternos, tales como Código Teodosiano 5, 1, 2 o las misma Novelas 18, 4 y 118, 1.

---

<sup>933</sup> Las *leges augusteas* sólo se referían a la sucesión testada. Justiniano sí dictaría normas para favorecer a las viudas que quedaran en situación económica desfavorable como la Novela 117.

<sup>934</sup> LAVAGGI (1946) 157 ss.

## 2. 2. La Pira<sup>935</sup>.

En *La successione ereditaria e contra il testamento*, LA PIRA dedica un capítulo a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, y se muestra especialmente interesado en la coordinación de los sistemas civil y pretorio con los nuevos llamamientos incluidos en ambas normas.

Tal y como expresamos al explicar las aportaciones del autor italiano al senadoconsulto Tertuliano, su punto de partida es la conservación, en lo esencial, de los antiguos principios del derecho sucesorio. Consecuentemente, numerosos textos serían fruto de la intervención de los compiladores, pues el legislador del siglo II d. C. no habría podido llegar tan lejos en su reforma de la sucesión intestada entre madres e hijos. En cualquier caso, LA PIRA otorga al senadoconsulto Orficiano el mérito de iniciar un fenómeno de transposición de los *cognati* a la clase de los *legitimi*, luego desarrollado por los emperadores postclásicos, y que alcanzaría su máxima expresión con Justiniano.

El carácter original del senadoconsulto se muestra, en su opinión, en la construcción de *ius novum* a partir del derecho pretorio permitiendo que, en caso de renuncia del llamado a suceder a su madre, se procediera a deferir la herencia a los parientes llamados por el *ius vetus*, como si existiera un derecho *patrimonial* a suceder aun en sede de *ius civile*. Al igual que hiciera para el senadoconsulto Tertuliano, reconoce el valor del senadoconsulto Orficiano por incluir a los *cognati* en la clase pretoria *unde legitimi*.

Para LA PIRA, otro frente en el que destaca el senadoconsulto Orficiano es la aplicación de sus disposiciones independientemente del *status familiae* por *capitis deminutio*<sup>936</sup> de los llamados a suceder, ya se hubiera producido antes, durante o tras la delación. Precisamente esa independencia del llamamiento a la sucesión intestada del *status familiae* de los hijos de la mujer fallecida es un principio innovador que permite hablar de un verdadero derecho subjetivo patrimonial, dado que se admite la posibilidad de renuncia de esos llamados.

Pueden identificarse tres grandes cuestiones que interesan al autor italiano: la primera, el *status* de la madre fallecida, mediante el pormenorizado análisis de D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); en segundo lugar, las repercusiones del planteamiento por los hijos preteridos de la *querella inofficiosi testamenti* y, por último, la relación entre los llamados por el *ius novum* y los llamados por el *ius antiquum* según D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 1, 10 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) ante la posible vulneración del principio que negaba la

---

<sup>935</sup> LA PIRA (1930) 276-303.

<sup>936</sup> COLI (1922) 35.

sucesión en la delación. LA PIRA dirige su estudio a detectar las interpolaciones directas que eliminaron las referencias a los últimos vestigios del derecho agnaticio.

Desde el punto de visto dogmático, una vez estudiado el nuevo sistema sucesorio civil y pretorio hasta su definitiva redacción en época postclásica y sobre todo justiniana, concluye que, hasta donde se puede conocer, la naturaleza de los llamamientos hereditarios del *ius novum* era totalmente diferente a la naturaleza de los llamamientos por el *ius antiquum*, manteniendo el legislador un complicado equilibrio al no derogar este último. Esto justificaría las incongruencias detectadas por LA PIRA al resultar llamadas a suceder, en ocasiones, ciertas personas en base al *ius antiquum* y, en otras, según el *ius novum*, un problema que se resolverá con la definitiva reordenación en materia sucesoria de Justiniano.

Finalmente, es interesante su conclusión sobre la existencia dentro de la clase *unde legitimi*, de un núcleo originario de *legitimi* y aquellos otros que posteriormente fueron añadidos por el senadoconsulto Orficiano, pues se acabaría por imponer la delación sucesiva en esta clase.

### 2. 3. Lavaggi<sup>937</sup>.

En su artículo *La successione della liberta e il SC Orfiziano*, considera que el senadoconsulto Orficiano vino a modificar las normas de la sucesión intestada en los bienes de la liberta tal y como hicieran la *lex Papia*, el senadoconsulto Ostorino y, para los libertos latinos, el senadoconsulto Largiano.

Puesto que la liberta carecía de *sui heredes* para sucederle en la totalidad del patrimonio, el patrono o la patrona seguían siendo los grandes beneficiados en la sucesión de sus antiguas esclavas, aunque el senadoconsulto Orficiano reducirá sus expectativas en presencia de hijos de la liberta<sup>938</sup>. La tesis de LAVAGGI consiste en señalar que la solución clásica a la herencia de estas mujeres no habría pasado por la equiparación con las ingenuas, pese a lo expuesto por D. 38, 17, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), texto que considera interpolado. El patrono, según D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) era llamado cuando todos los hijos de la liberta la hubieran rechazado: a primera vista, podría deducirse que los hijos de la liberta eran equiparados a los *liberi* del liberto varón, y que los patronos quedaban excluidos por ellos, pero, según LAVAGGI, ésta sería la solución justiniana, como demuestra:

---

<sup>937</sup> LAVAGGI (1946) 157 ss.

<sup>938</sup> LA PIRA (1930) 203. Gai., 3, 43; 3, 51; 3, 63; *Tituli ex corpore Ulpiani*, 29, 2. Los autores que habían tratado la sucesión de los libertos mencionados por LAVAGGI son GLÜCK, SCHIRMER y SCHMIDT.

C. 6, 4, 10 *Constitutio novam formam iuri patronatus datura exposito prius iure patronatus, quod secundum XII tabulas praetorem Papiamque legem obtinebat, legislationem sic incipit.*

*Si vero eorum, qui maiorem C aureis relinquunt substantiam, liberi extant sive nepotes sive pronepotes sive abnepotes, masculini feminaeve, per masculini aut feminini sexus personas descendentes, quotcumque sunt, sive ante parentes manumissi, sive una cum ei sive etiam post eos manumissi sive etiam post manumissionem nati, eos ad libertorum vocat successionem, quoniam et natura aequum est liberos in bona parentum succedere.*

[a. 531].

Sin embargo, al tiempo de publicarse el senadoconsulto Orficiano la sucesión de la liberta distaba de ser igual a la de los libertos, y mucho menos a la sucesión de la mujer ingenua.

En apoyo de su tesis, recurre LAVAGGI a *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7 acerca de la *oratio* de Antonino y Cómodo que excluía a los consanguíneos y agnados en favor de los hijos sin hacer mención al patrono o sus descendientes ni al *parens manumissor* que también eran *legitimi*. Por tanto, considera que ambos eran tratados de manera más ventajosa que el resto de agnados, sin que en la intención del senadoconsulto Orficiano estuviera su total desplazamiento por los hijos de la fallecida. Concretamente, en relación al *parens manumissor* que concurría a la herencia de su hija emancipada con sus propios nietos, no hubo una disposición legal que antepusiera a los hijos de la fallecida hasta Código Teodosiano 5, 1, 3 del año 531 d. C. Una solución tan tardía a la sucesión de las ingenuas emancipadas hace, en opinión de LAVAGGI, poco probable que los hijos de las libertas fueran antepuestos en todo caso al patrono en época clásica lo que le lleva a concluir que, al publicarse el senadoconsulto Orficiano, la situación de libertas y emancipadas seguía siendo muy desventajosa, y poco más pudo hacer la norma que permitir en la herencia de aquellas honradas con el *ius liberorum* por haber sido prolíficas, un concurso de sus hijos con el patrono. Al fin y al cabo, el *ius liberorum* se exigía para la madre que sucediera a sus hijos *ex Tertulliano*. En el Bajo Imperio, y, sobre todo, con Justiniano, se superarían esas diferencias y el parentesco de sangre pasaría definitivamente al primer plano para la sucesión intestada de cualquier persona, hombre o mujer, ingenuo o liberto.

Todo lo anterior lleva a LAVAGGI a concluir que D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) fueron alterados notablemente por los compiladores. En el primero de ellos, equiparando absolutamente a la madre intestada ingenua

con la liberta, pues Ulpiano debió conocer de primera mano que la hija emancipada y la liberta estaban limitadas por normas antiguas aún muy lejos de superarse. Y, puesto que Código Teodosiano 5, 1, 3 del año 383 d. C. se refiere sólo a la hija emancipada, debe deducirse que la herencia de la liberta se mantuvo inalterada desde el senadoconsulto Orficiano hasta la compilación justiniana<sup>939</sup>, pues no hubo normas en el Bajo Imperio referidas a dichas mujeres, mucho menos a favorecer a sus hijos frente al patrono. En el segundo pasaje, la actuación de los compiladores habría transformado en delación sucesiva lo que en realidad era un derecho de acrecimiento.

Finalmente, en relación a la cuestión de una posible sucesión en la delación, la postura de LAVAGGI es que sólo en el caso que todos los llamados por el *ius novum* dejaran pasar la oportunidad de suceder entraba en vigor el *ius antiquum* de la Ley de las XII Tablas.

#### 2. 4. Sanfilippo<sup>940</sup>.

El trabajo de SANFILIPPO, *Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano*, versa sobre D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), un texto especialmente conflictivo sobre el que han escrito numerosos romanistas, y pretende demostrar la atenuación del rigor clásico del principio que prohibía la sucesión en la delación, pues entiende SANFILIPPO que Ulpiano habría logrado una solución novedosa y arriesgada en el supuesto en que los hijos de una mujer fallecida sin testamento fueran llamados por el senadoconsulto Orficiano pero renunciaran a hacerse con la herencia: la solución ulpiana era acudir a los agnados por el derecho antiguo.

El punto de partida es que ninguno de los hijos o aquéllos a los que se defiere la herencia legítima la quisieran, pues, si al menos uno deseara aceptar, se produciría el acrecimiento en lo que el otro rechazaba. Además, extiende Ulpiano la posibilidad de deferir la herencia al patrono si los hijos de la liberta la rechazaran.

D. 38, 17, 6, 1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitiano*):

*Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter haec verba “si nemo filiorum*

<sup>939</sup> C. 6, 57, 6 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* [a. 410]. En dicha constitución se discutía el parentesco cognaticio entre la madre que, por mora en su liberación, daba a luz siendo esclava. La frase final, *salvo iure legitimo ex auctoritate senatus consulti Orfitiani proli servando*, según LAVAGGI en realidad responde a una auto interpolación de Justiniano, quien habiendo escrito *patronus servando* se refería a la legislación clásica cuando aun el patrono era beneficiado, una legislación que quiso corregir ante la mora del heredero al manumitir para beneficiarse de la sucesión de la liberta. Por eso, enmienda en el año 534 d. C. el texto al haberse equiparado los derechos de la ingenua y la liberta.

<sup>940</sup> SANFILIPPO (1951) 370 ss.

*volet hereditatem suscipere”, quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.*

En el pasaje se narra el caso del hijo que no quiso la herencia y luego cambió de voluntad, permitiéndosele que heredara si no lo había hecho ya un consanguíneo o un agnado, es decir, cuando el arrepentimiento se hubiera producido dentro del año de plazo para reclamar ante el pretor la posesión de los bienes. Asimismo, existe mención al supuesto en el que, viviendo los hijos y la madre de la persona fallecida, y rechazando el primero, se llamara a la segunda, aunque la discusión se centre ahora en determinar, si hubiera varios herederos legítimos, quién sería llamado a la parte rechazada por el hijo del fallecido.

D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam hereditatem, mater ex senatus consulto Tertulliano admittetur. sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.*

Este texto ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina, pues no queda claro si se refiere Ulpiano a los hijos admitidos a la herencia materna por causa del senadoconsulto Orficiano, es decir, porque la persona fallecida era mujer que dejaba hijos y madre, o si, simplemente, pensaba en un difunto que dejaba a sus hijos y a su madre los cuales eran sus agnados consanguíneos<sup>941</sup>. SANFILIPPO, incluso, cree que los herederos legítimos que menciona el texto pudieran ser nietos del fallecido, hijos de sus hijos premuertos<sup>942</sup>.

Para cerrar este círculo, el autor recoge el caso expuesto en D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) donde un hijo había adquirido la herencia produciéndose una *restitutio in integrum* contra su aceptación, lo que haría de nuevo valorar un posible regreso a los llamamientos del *ius antiquum*. Para este supuesto, a diferencia de los anteriores, debería regir el principio *semel heres, semper heres* de tal manera que el hijo que había aceptado la herencia no dejaría de ser heredero aunque la *restitutio in integrum* trajera como consecuencia la *denegatio actionis heredi et in herede* que haría imposible la *successio ordinum*. Así pues, se debía excluir una llamada a los agnados, aun cuando debe señalarse que el término *restitutio in*

---

<sup>941</sup> LA PIRA (1930) 282, nt. 1. cree que la madre no habría de ser llamada ni a la parte de ellos, hijos del fallecido. La segunda opción, en distinto sentido LENEL (2000) b 1047, 2520.

<sup>942</sup>SANFILIPPO (1951) 364, nt. 3. no ve razón para preferir la versión de Paulo a la de Ulpiano.

*integrum* se usa de forma inexacta por los compiladores que lo mezclan con la abstención: de hecho, en el caso el hijo no era *suus* por lo que no habría podido abstenerse<sup>943</sup>.

Ulpiano, en palabras de SANFILIPPO, realiza una interpretación genial de la frase *nemo filiorum volet ad se eam hereditatem pertinere*, ofreciendo una respuesta que se desviaba de los principios del *ius civile* e incluso de la misma letra del senadoconsulto. Partiendo de la hipótesis más normal, que no es otra que el repudio inicial de la herencia, se llega al caso del *restitutus*, a quien un posterior arrepentimiento tras la aceptación le lleva a pedir la *restitutio* contra sus propios actos<sup>944</sup>. Por tanto, una interpretación laxa del *nemo si volet* permitiría aplicar la *successio ordinum*, pues en ninguno de ambos casos se aplicaría la regla *semel heres, semper heres*<sup>945</sup>.

## 2. 5. Volterra<sup>946</sup>.

VOLTERRA dedica su artículo *Il senatusconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d. C.* a la norma de Marco Aurelio, partiendo de la premisa que las nuevas exigencias sociales y económicas forzaron una revisión de los institutos del derecho sucesorio, una vez que el edicto bajo Adriano se había estabilizado y se había producido un progresivo abandono del procedimiento formulario.

En su opinión, sólo podía realizarse una reforma de tal calado por vía de senadoconsulto, y el senadoconsulto Orfiziano sería una muestra de la intervención imperial interesada en conservar principios e instituciones jurídicas troncales. Por ello, esta norma puede considerarse un anticipo de la legislación de Constantino y de sus sucesores dedicada a atribuir la herencia de los *bona materna* a los hijos, incluso a aquellos *in potestate*, si bien es palpable las dificultades que debieron encontrar Marco Aurelio y Cómodo para sus reformas estando tan arraigadas instituciones como la *patria potestas*.

---

<sup>943</sup>SANFILIPPO (1951) 366.

<sup>944</sup>SANFILIPPO (1951) 367. La expresión *volet* podría interpretarse hacia el futuro, pues no sólo el hijo no quiere la herencia al momento de la delación, sino que puede no querer heredar más adelante, incluso yendo contra sus propios actos.

<sup>945</sup>SANFILIPPO (1951) 368 ss. reconoce que el senadoconsulto Orfiziano permite la derogación de la regla *in legitimis non est successio*, algo que ve con claridad en D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) para el senadoconsulto Tertuliano. En efecto, ante un *bonorum possessor* que revocaba su posesión, sobreviene una cancelación pretoria que trae como consecuencia la delación civil a la madre por el senadoconsulto Tertuliano. También había casos inversos. Gai. 3, 35-37. LAVAGGI expone la opinión de BESELER y SOLAZZI negando que en presencia de *sui* se pudiera pasar de la *hereditas* a la *bonorum possessio*. El primero acude a Gai. 3, 37 y *Tituli ex corpore Ulpiani*, 28, 13 y dice que el *suus* que no ha perdido la *bonorum possessio unde liberi* no puede pedir la *bonorum possessio unde legitimi* o *cognati*. D. 38, 9, 2 (Papiniano, 6 *responsorum*) parece negar la delación de la *bonorum possessio* a la *hereditas* postulando la regla *semel bonorum possessor, semper bonorum possessor*, a la que acude SOLAZZI. Sin embargo, SANFILIPPO discrepa de estos dos autores, pues entiende que podía el *suus* que se había abstenido, ante la petición por un cognado de la *bonorum possessio*, pedirla él mismo por la clase *unde liberi*, supuesto en el que perdería sólo la facultad de abstención.

<sup>946</sup>VOLTERRA (1966) 533 ss.

VOLTERRA se afana en demostrar la aplicación de las normas del senadoconsulto Orficiano a ciudadanos romanos que vivieron en Egipto a través del estudio papirológico<sup>947</sup>. Sus conclusiones revelan que en la provincia egipcia la praxis anticipaba ciertos comportamientos que adoptaría el Derecho Romano ya en el Bajo Imperio, muy influenciado por las costumbres locales en materia de sucesión en los bienes de la madre y en la limitación de los poderes del *paterfamilias*, pues, a su parecer, la más relevante aportación del senadoconsulto Orficiano habría sido la admisión a la sucesión intestada civil y pretoria de los hijos *alieni iuris*, a los que por vez primera se les reconoce el derecho a suceder *abintestato*<sup>948</sup>.

En efecto, analiza el P. Oxy. 1208, del año 291 d. C. que habla de un *filius familias* llamado a suceder *abintestato* a su madre, y que cumple el acto de transmisión a terceros de bienes inmobiliarios de dicha herencia en nombre propio y con la asistencia de su *paterfamilias*. Ahora bien: se trataría de ciudadanos romanos que vivían en provincias y se esforzaban por seguir los principios del *ius civile* a través de herramientas jurídicas locales<sup>949</sup>. En este caso, la compradora de la herencia, *Aurelia*, no tenía la edad legal y comparecía con su padre, *Aurelius Nepheros*, mientras que el vendedor era *Aurelius Thonius*, que se hallaba bajo la *patria potestas* de su padre de igual nombre. La diferencia entre ambas partes es que *Aurelius Thonius* prestaba su consentimiento que se complementaría con la autorización de padre, como una cooperación paternal, pero sin que quepa duda que los bienes eran propiedad del *filius* quien, por cierto, recibe el precio correspondiente a la operación. Por el contrario, *Aurelia* no tenía aún capacidad para prestar un consentimiento que debía ser suplido por su padre, encargado de entregar el precio de los bienes inmobiliarios.

Concluye VOLTERRA que la posición del *filius familias* difiere absolutamente de la expuesta en D. 29, 2, 92 y 93 pr. (Paulo, 12 *responsorum*) o D. 29, 2, 6, pr.- 2 (Ulpiano, 5 *ad*

---

<sup>947</sup> P. Oxy. 1208.

<sup>948</sup> VOLTERRA (1966) 533 ss.: D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*) y D. 38, 17, 6 pr. (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*) se confirman por la traducción griega de *Basilicae*, 45, 1, 31 y por Instituciones, 3, 4 pr. Finalmente, C. 6, 57, 2 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Metrodora*. *Non pro numero superstitem mortis matris tempore, sed succedentium materna scinditur hereditas. Quapropter si mater vestra te et uno fratre emancipatis, duobus autem aliis in patria positus potestate superstitem diem functa est et hi, qui in potestate patris fuerant, priusquam maternam hereditatem sibi quaerent, rebus humanis exempti sunt, inter duos tantum viriles non ambigitur factas portiones. S. vil. Ic. April. Sirmi AA. cons. [a. 293].* Se elimina cualquier duda pues se refiere a hijos *sui* y *alieni iuris* como llamados a suceder.

<sup>949</sup> VOLTERRA (1966) 533 ss.: A propósito de otro papiro, P. Oxy. 1268 del siglo III d. C. los *bona materna* eran un instituto de derecho romano clásico y no de derecho helénico, salvando algunas incongruencias con la más que probable adaptación en Egipto de la *patria potestas* a costumbres locales, a la vez que estaba muy enraizado el concepto de *bona materna*. DÉNOYEZ (1959) 79-84.



*Sabinum*) donde las adquisiciones de los *filiifamilias* se realizaban por cuenta del *pater* y que ahora sólo tendría el padre sobre esos bienes un derecho de administración, si bien el hijo habría necesitado el *iussum* para adquirir la herencia.

El segundo papiro analizado en este artículo, SB. 1, 1010 del año 249 d. C. , contiene una petición enviada al prefecto de Egipto por un *filius familias* impúber, *Aurelio Appio Sabino*, con la autorización de su *pater*, pues quiere obtener la *bonorum possessio* de los bienes dejados por su madre acudiendo por el llamamiento a la clase *unde legitimi*, lo que revelaría la aplicación del senadoconsulto Orficiano. La respuesta del prefecto concede la herencia aplicando el Derecho Romano, y expresa que el hijo es heredero *abintestato iure civilis*, lo que viene a confirmar el carácter del senadoconsulto Orficiano como norma civil, *ius novum*, algo que Ulpiano ya había expresado en D. 38, 17, 1, 8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

Por último, en P. Oxy 1114 del año 237 d. C., se expone el caso de un padre, *Marcus Aurelius Saras*, que quiere la declaración de exención de la *vicessima hereditatum* en la herencia intestada de sus hijas en los bienes de la madre, esposa del declarante, bienes que él no reclama para sí en momento alguno, declarando expresamente que son propiedad de las hijas.

Además del estudio de los papiros mencionados, VOLTERRA se ocupa también de algunos temas conflictivos en relación al senadoconsulto Orficiano, como la posible aplicación del derecho de acrecimiento en caso de renuncia o de no adquisición por parte de algún hijo, según D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). El autor opina que el senadoconsulto Orficiano no abrogaba definitivamente el *ius antiquum* respecto al orden de sucesores, pues únicamente en el supuesto de que todos los hijos manifestasen su voluntad de no aceptar los bienes de la madre tendría lugar la aplicación del antiguo orden de llamamientos. En el supuesto que uno sólo de los hijos declarase su intención de obtener los bienes maternos, aquel orden no podía tener lugar; por ello, si varios hijos acudiesen a la herencia de su madre, la no aceptación de la herencia o la incapacidad para ello suponía que su cuota acrecía siempre a los otros hijos que sí la aceptaban. Precisamente la *ratio legis* de las disposiciones impulsadas por los emperadores había sido hacer depender de la voluntad de los hijos la aplicación o no del derecho antiguo, al conservar el derecho a suceder a su madre si cumplían la *aditio* dentro de un año desde la delación. No obstante, la aceptación de los hijos no excluía definitivamente la aplicación del derecho antiguo, ni en consecuencia los derechos a los sucesores *abintestato iure civilis*, quienes podían volver a ejecutar su derecho si la *aditio* de los hijos viniese anulada por la *restitutio in integrum* o, por cualquier otra causa que impidiese la aceptación por los hijos.

## 2. 6. Meinhart<sup>950</sup>.

MEINHART, con carácter previo a su monografía *Die Senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* había dedicado dos trabajos anteriores sobre la sucesión de los hijos en los bienes de la madre: "*Ein Zeugnis für humana interpretatio*<sup>951</sup>" y "*D. 50, 16, 231 : ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenes Kindes*<sup>952</sup>".

En cuanto a su análisis del senadoconsulta promulgado por Marco Aurelio, la autora de nuevo sigue el esquema ulpiano del libro 12 de su comentario *ad Sabinum*, recogido en el título diecisiete del libro treinta y ocho del Digesto, por cierto un título en el que no faltan textos de las monografías de Gayo y Paulo sobre el senadoconsulta Orficiano.

Desde el primer momento, insiste en conectar ambas disposiciones, pues, en su opinión, el senadoconsulta Tertuliano habría emprendido un camino sin retorno hacia la consideración del parentesco cognaticio en la sucesión legítima, y, de nuevo, muestra su preocupación por la coordinación entre los viejos principios civiles y el *ius novum*. Por ello, su trabajo comienza tratando en paralelo los condicionantes políticos y sociales que rodearon (o impulsaron) la promulgación de ambas disposiciones. A continuación, ya guiada por el esquema de Ulpiano, analiza las características de la mujer fallecida y de los hijos llamados a sucederla. Precisamente sobre los requisitos exigidos a los hijos, surgen dos temas, un tanto sorprendentes, a los dedica su atención: la prohibición de suceder a su madre dirigida a los luchadores y a los *rei capitalis damnati*, así como al hijo *exsectus*, nacido por cesárea *post mortem*. Tal y como hiciera en su acercamiento al senadoconsulta Tertuliano, existe en su monografía un capítulo dedicado a las reglas de concurrencia entre los hijos de la fallecida y los demás parientes que la sobrevivían, si bien en esta ocasión el sistema de concurrencias no reviste tanta complejidad pues el senadoconsulta Orficiano había previsto las posibles situaciones sin dejar mucho espacio a la interpretación.

Continuamente, MEINHART se afana en demostrar la clasicidad de los fragmentos más discutidos por la doctrina, a la vez que identifica por sí misma los cambios normativos emanados de los diversos emperadores en consonancia con ambos senadoconsultos que los compiladores trataron de hacer pasar por clásicos. En concreto, se centra en las expectativas sucesorias del *parens manumissor* de la mujer ingenua emancipada quien, al morir, dejara a sus hijos y a su manumisor. En paralelo, surgía un conflicto similar por el llamamiento preferente

---

<sup>950</sup> MEINHART (1967) 10 ss.; QUADRATO (1969) 362-377.

<sup>951</sup> MEINHART (1965) 230 ss.

<sup>952</sup> MEINHART (1966) 188 ss.

de los hijos de la liberta sobre el patrono y su parentela, pues, en opinión de esta autora, no debiera existir dificultad para identificar la solución clásica a este problema: tal y como expone *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8 e Instituciones 3, 4, pr., los hijos de la liberta fallecida excluirían a los *consanguinei et reliqui agnati*, entre los que se encontraban el *parens manumissor* y el patrono, aunque autores como LAVAGGI posponen a Código Teodosiano 5, 1, 3 del año 383 d. C. una solución tan favorable a los hijos de la mujer emancipada, puesto que no hay fuentes explícitas sobre el papel del *parens manumissor* al entrar en vigor el senadoconsulto Orficiano.

MEINHART, igualmente, ahondando en la situación de libertas y emancipadas, se opone a la doctrina que sigue considerando el *ius liberorum* como requisito para que las madres fueran heredadas por sus hijos, algo que considera alejado del espíritu del senadoconsulto Orficiano, pues este beneficio había perdido su razón de ser demográfica y se concedía indiscriminadamente.

Asimismo, otro aspecto sobre el que volveremos más adelante que capta su atención es la desheredación injusta de los hijos en el testamento materno, considerada en D. 38, 17, 1, 7 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). Para el caso que, teniendo varios hijos, la mujer instituyera como heredero a uno *sub condicione*, el texto de Ulpiano prevé que el incumplimiento de la condición trajera consigo una solución basada en la *aequitas* consistente en el ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*. Todo ello, aun cuando el hijo instituido hubiera adquirido la posesión pretoria, pues, de acuerdo a D. 38, 17, 1, 7 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) si los hijos no instituidos en el testamento materno no habían podido ejercitar la *querella inofficiosi testamenti*, debían ser ayudados con un remedio extraordinario.

Finalmente, como no podía ser de otra manera dado el interés que D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) ha despertado en los autores desde el siglo XIX, MEINHART dedica sus reflexiones a este texto, a la vez que recuerda las diferentes opiniones vertidas sobre el mismo por autores como LA PIRA, SANFILIPPO o LAVAGGI. El criterio de la romanista es que el texto sería obra de Ulpiano, salvo en su frase final, y lo considera el paradigma del reenvío del *ius novum* al *ius vetus*, por su valiente decisión de permitir llamamientos sucesivos, un gran escollo dogmático para los juristas, pues, tal y como declarara *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 5: *in legitimis hereditatibus successio non est*. Hábilmente, esa interpretación que llamaba a los pretendientes a la herencia por el derecho antiguo, una vez agotadas las posibilidades de aplicar el *ius novum*, salvaba la entrega de bienes al Fisco, lo que habría sucedido en cuanto *caduca*, en el caso que el primer llamado no adquiriera la herencia. Una vez

más, el senadoconsulto Orficiano optaba por llamar como herederos a los parientes cercanos<sup>953</sup> a la fallecida.

## 2. 7. Voci<sup>954</sup>.

El estudioso italiano, como comentamos al analizar el tratamiento por la doctrina del senadoconsulto Tertuliano, realiza una recensión muy crítica sobre las conclusiones de la obra de MEINHART acerca de ambos senadoconsultos, si bien muestra bastantes más coincidencias con la autora austríaca en el análisis sobre el senadoconsulto Orficiano de las mostradas en relación a la norma de Adriano.

VOCI se muestra conforme con la referencia en el texto legal a la *mater intestata* en cuanto mujer que no estuviera sometida a la *manus*, D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y *Tituli ex corpore Ulpiani* 26,7. Por tanto, considera interpolado el texto en cuanto a su referencia a la *mater sive ingenua sive libertina*, pues cree que el sistema de la *hereditas* de la liberta en edad clásica era de tal complicación, que, aun cuando en la práctica no se perjudicara el acceso a los hijos de la liberta a la herencia de su madre, difícilmente el senadoconsulto Orficiano habría considerado específicamente su situación.

En cuanto a la problemática de la mujer de *status familiae* incierto, al no conocerse con certeza la muerte de su *paterfamilias* en cautiverio, cree que no podría ser considerada *sui iuris*, de forma que pudiera ser sucedida por sus hijos. El riesgo era que se prolongara el cautiverio en exceso, pudiendo morir los herederos de la mujer sin haber adquirido la herencia y sin poder transmitir a sus hijos los derechos en la herencia de la abuela. Para este caso, podría existir como remedio pretorio la *bonorum possessio decretalis*, modelada sobre la atribuida ex *Carboniano*.

Nuevamente, coinciden VOCI y MEINHART en admitir un tratamiento igualitario de hijos e hijas de diversos matrimonios de la fallecida, fueran o no *sui iuris* aunque, en el segundo caso, los hijos adquirirían *iussum patris*.

Por último, en cuanto a ciertas situaciones particulares, se refiere VOCI a varios supuestos en los que era dudosa la relación de cognación entre madre e hijo: cuando el hijo había nacido en esclavitud, pero *post moram fideicommissariae libertati matris factam* o cuando el hijo había sido concebido y había nacido en cautividad, o, finalmente, si el hijo había perdido la libertad a consecuencia de una condena penal. En particular sobre este último punto,

---

<sup>953</sup> Sobre las conclusiones de MEINHART relativas a la aportación de ambos senadoconsultos al campo del derecho hereditario nos remitimos a lo expuesto en el capítulo II.

<sup>954</sup> VOCI (1968) 397-403.

MEINHART había encontrado divergencias entre los juristas y mantenía que D. 38, 17, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) no pertenecía a Ulpiano.

En cuanto al supuesto muy especial analizado en D. 38, 17, 1, 15 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) relativo a la hipótesis del hijo extraído de la madre muerta, el senadoconsulto Orficiano habría previsto que el llamado *bestiarius* no sucediera a la madre, incapacidad que habría sido derogada por Cómodo. Pero, si hay un texto especialmente conflictivo es el recogido en D. 38, 17, 1, 6 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) sobre el hijo luchador o aquel *res capitalis damnatus*. VOCI concluye que no se trata de un supuesto de *incapacitas* o indignidad para suceder, sino de una prohibición de la delación como precepto análogo al que excluyera a la madre que no había pedido el tutor para el hijo en sede de senadoconsulto Tertuliano<sup>955</sup>.

Por último, ya en relación al capítulo de las posibles concurrencias de personas a la herencia *ex Orphitiano*, a diferencia de lo que ocurriera con el senadoconsulto Tertuliano, no se plantean demasiados problemas, si bien menciona VOCI la duda sobre la llamada al hijo de la fallecida que hubiera sido emancipada y no dispusiera de *ius liberorum*, estando vivo el *parens manumissor* de la mujer: la solución que aporta el autor es resolver a favor del hijo de la mujer emancipada, excluyendo al manumisor.

## 2. 8. Samper.

En sus estudios "*De bonis libertorum*, sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto<sup>956</sup>", y "Sobre el destino del *ius liberorum* en el tardo derecho romano occidental<sup>957</sup>", SAMPER analiza las influencias de la legislación caducaria y el *ius liberorum* en la aplicación a la sucesión de la liberta de las normas del senadoconsulto Orficiano. En un primer momento, describe el caso del liberto fallecido intestado y las respectivas aspiraciones del patrono y su descendencia, en comparación con las expectativas sucesorias de la patrona identificando la influencia del *ius liberorum*<sup>958</sup> bien de la persona fallecida, bien de los

---

<sup>955</sup> D. 26, 6, 2, 2 (Modestino, 7 *excusationum*) y D. 38, 17, 2, 23 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>956</sup> SAMPER (1972) 5 ss.

<sup>957</sup> SAMPER (1971) 149 ss.

<sup>958</sup> El senadoconsulto Tertuliano vuelve sus ojos hacia el *ius liberorum*, requisito exigido a la madre que aspiraba a suceder *abintestato* a su hijo fallecido. Con posterioridad a la *lex Papia*, a partir de los senadoconsultos Persiciano, Claudiano, Calvisiano, Memmiano y Tertuliano, se empieza a relajar la concesión del *ius liberorum* e incluso Augusto y Livia, en cuanto *orbi* sin hijos naturales, recibieron el privilegio del Senado. Esta práctica se aplicó a otras personas, siendo después el Emperador quien asumiría la facultad de concederlo aun sin cumplir los peticionarios con los requisitos. A partir del siglo IV d. C., su concesión era indiscriminada y Constantino, para favorecer el celibato cristiano, terminaría por abolir las sanciones contra *orbi* y *caelibes* en el año 320 d. C., Código Teodosiano 8, 16, 1 beneficiando al *pater solitarius*. No obstante, se confirma la *lex decimaria*, conjunto de disposiciones encaminadas a regular la sucesión testada recíproca de los cónyuges, la única incapacidad que subsistió en época postclásica, hasta el año 410 d. C. Puede decirse que el destino del *ius liberorum* caminaba

llamados a sucederle. Curiosamente, si el liberto tuviera patrona, el *ius liberorum* del primero impedía a ésta adquirir la misma posición que un patrono. A continuación, se refiere al supuesto de fallecimiento de la liberta, tratando de determinar si la posesión del *ius liberorum* de la fallecida incidía en el reparto de la herencia y permitía aplicar el senadoconsulto Orficiano.

La obtención de ese beneficio habría permitido a la liberta testar sin la autorización del patrono, su tutor, lo que acercaba a sus parientes a la herencia, aunque Augusto había previsto en este caso, que para compensar la pérdida de *auctoritas*, recibiera el patrono una cuota viril. La influencia del senadoconsulto Orficiano se manifestaría en dos sentidos: por una parte, beneficiando a los hijos de la liberta con *ius liberorum* que excluirían al patrono<sup>959</sup>, pues SAMPER se aleja de la tesis de LAVAGGI. Por otra, realizando un reparto de la herencia intestada de la liberta sin *ius liberorum* en el que concurrían los hijos y el patrono. En cuanto a la patrona<sup>960</sup>, sólo podría obtener esa porción viril siendo ingenua con *ius liberorum*, exigiéndose ese requisito también a las descendientes agnadas<sup>961</sup> del patrono por lo que el senadoconsulto Orficiano las postergaría a todas ellas a favor de los hijos de la liberta.

## 2. 9. Varela<sup>962</sup>.

En “Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos” VARELA realiza un interesante recorrido a través de las distintas etapas del Derecho Romano desde la Ley de las XII Tablas hasta la regulación justiniana, poniendo el acento sobre los desiguales derechos hereditarios entre la patrona y el patrono (o los descendientes agnados de éste según su sexo) en la sucesión *mortis causa* de los libertos y libertas.

El artículo comienza identificando las diversas situaciones a tener en cuenta sobre la sucesión de los libertos: en primer lugar, el sexo de la persona fallecida, y, en segundo lugar, si el causante había realizado testamento o si se abría la sucesión intestada. Por último, concluye identificando las diferencias de trato por razón de sexo, puesto que el patrono y los

---

unido a la tutela de las mujeres: al ir perdiendo importancia hasta su definitiva abolición por la *lex Claudia* para las ingenuas, y en época de Constantino para las libertas, ambas instituciones acabaron por desvanecerse.

<sup>959</sup> SAMPER (1972) 22. Desde otra óptica, la liberta sin *ius liberorum*, aun estando condicionada su libertad por el patrono a la hora de testar, incluiría a sus hijos (menos de cuatro) en dicho testamento al menos en un cuarto de la herencia, lo que consentiría el patrono pues obtendría más por esta vía que ante un fallecimiento de la liberta sin testar.

<sup>960</sup> SAMPER (1972) 24. La situación de la patrona empeora tras la promulgación del senadoconsulto Orficiano, pues, gracias a las leyes augusteas, si tenía *ius liberorum* podía adquirir la totalidad de la herencia intestada o la mitad de la herencia testamentaria.

<sup>961</sup> SAMPER (1972) 24. A las hijas del patrono el Edicto las excluía de la *bonorum possessio sine tabulis* y *contra tabulas*, pero tras las leyes augusteas una vez obtenido el beneficio sucederían igual que el patrono y sus descendientes varones.

<sup>962</sup> VARELA (2005) 1-24.

descendientes varones del mismo (incluidos los de la patrona) fueron beneficiados por las diversas regulaciones del derecho civil o pretorio.

En otro orden de cosas, recuerda el autor el papel del *ius liberorum* de las personas implicadas en la sucesión por obra de la *lex Papia*, puesto que su obtención modificaba la capacidad para testar en el caso de la liberta y las aspiraciones sucesorias de las descendientes del patrono o de la misma patrona y sus descendientes. Curiosamente, la desigualdad de trato sólo fue superada por la Ley de las XII Tablas y por la legislación justiniana<sup>963</sup>, siendo los hitos jurídicos intermedios claramente perjudiciales para los derechos de las mujeres, como la *lex Voconia* y la interpretación que los juristas republicanos hicieron de la misma o el Edicto pretorio.

La filosofía y los objetivos de la *lex Papia* y el senadoconsulto Orficiano, aun siendo muy diferentes, impulsan importantes cambios en la sucesión en los bienes de la liberta, puesto que la situación de estas mujeres era particularmente injusta al carecer de *sui heredes* y agnados, lo que destinaba su herencia de una otra forma, al patrono y su familia. La regulación decemviral para el caso de abrirse la sucesión *abintestato*<sup>964</sup> en los bienes de la liberta ofrecía dicha herencia, en primer lugar, al patrono o la patrona y después a los *sui heredes* del primero, para pasar luego a los agnados e incluso la *gens* del patrono o la patrona. La *lex Voconia* del año 169 a. C. aproximadamente, supuso un giro hacia la discriminación de las mujeres como herederas *ex testamento*, lo que llevó a ciudadanos adinerados a tratar de esquivar sus disposiciones bien a través de legados o fideicomisos, bien esperando que la sucesión intestada favoreciera a sus hijas, dado el régimen igualitario de la Ley de las XII Tablas. Precisamente para evitar estos subterfugios, la interpretación que la jurisprudencia de finales de la República extendió por analogía, *Voconiana ratione*, los llamamientos a la sucesión intestada a las agnadas consanguíneas, resultando especialmente perjudicadas la patrona y las descendientes femeninas de los patronos, antes consideradas como agnadas de los libertos y ahora excluidas de la herencia.

---

<sup>963</sup> Gai. 3, 39-76; *Tituli ex corpore Ulpiani* 27-29; Instituciones 3, 7 y D. 38, 2 son los textos principales para conocer la situación de la sucesión de los libertos.

<sup>964</sup> VARELA (2005) 10 ss. Parece evidente que, refiriéndose la *tabula* 5, 8 al orden de sucesión *abintestato* en los bienes de los libertos, en los tiempos arcaicos éstos no pudieran hacer testamento y la sucesión mantuviera en plenitud su carácter familiar, llamándose a los *sui* del liberto y, en su defecto, al patrono y su familia gentilicia pues sus hijos eran meros cognados. Por otra parte, en lo que se refiere a la sucesión testada, una vez generalizado el carácter patrimonial de la misma, el *testamentum per aes et libram* será el instrumento para que los libertos dispusieran de sus bienes, aunque, como veremos, pronto se establecerán limitaciones a la libertad de disposición de estas personas. Gai. 3, 51 y *Tituli ex corpore Ulpiani* 29, 2.

Paulo, *Sententiae* 4, 8, 20 (22):

*Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civili voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum nulla discretione suos agnatos admittit.*

Influenciado por este espíritu, el edicto pretorio continúa en la línea discriminatoria favoreciendo al patrono<sup>965</sup> y a sus descendientes varones en la herencia de los libertos, empeorando la situación de las descendientes agnadas del patrono en relación a lo acontecido en el viejo *ius civile*. Es cierto que el pretor nada dispuso respecto a la sucesión intestada de la patrona en los bienes de la liberta, de forma que siguió teniendo aquella los derechos reconocidos por la Ley de las XII Tablas, siendo llamada a los bienes de la liberta en primer lugar. Por tanto, la patrona ostentaba nulo derecho en la sucesión testamentaria al no poder ser tutora de la liberta, pero sucedía plenamente en la sucesión *abintestato* por carecer la liberta de *sui*.

Concluye VARELA su recorrido por las disposiciones del *ius civile* que regularon la herencia de los libertos con la referencia a la *lex Papia Poppaea*, que en el año 9 d. C. suprimió algunos de los límites de la *lex Voconia* en un tiempo en que ya no existía el ordenamiento censitario republicano<sup>966</sup>. La mayor parte de las innovaciones de la ley augustea se refieren a los derechos hereditarios de las mujeres con descendencia, la patrona o las hijas y las descendientes agnaticias del patrono, otorgándoles muchos más derechos de los que les reconocía el edicto, y casi equiparándolas a los patronos y los descendientes varones. Pero, de nuevo, quedarían excluidos los familiares de la patrona, y sólo excepcionalmente se le reconocería al hijo varón de la misma, con tal de tener algún hijo, iguales derechos que la ley concediera al patrono. La finalidad demográfica de esta ley incrementa los derechos sucesorios

---

<sup>965</sup> La mejora pretoria de las expectativas del patrono se manifiesta en la obligación del liberto de instituirlo en la mitad de la herencia si careciera de *sui heredes* naturales: caso de no proceder así, el pretor le otorgaría, al menos, la mitad de la herencia, lo que se hizo extensivo a la sucesión intestada. En cambio, la patrona no tendría asegurada cuota alguna de la herencia testamentaria del liberto. DOMÍNGUEZ TRISTÁN (2000) 165 ss.; CALZADA (1998) 181- 189. La *bonorum possessio dimidiaie partis*, Gai. 3, 41, era concedida por el pretor cuando el liberto moría intestado con *sui heredes naturales*, pero, a falta de éstos, correspondería al patrono toda la herencia, mientras que la patrona sería llamada *abintestato* sólo a falta de *sui* del liberto, sin beneficiarse de esa medida.

<sup>966</sup> Al igual que ocurre con los libertos varones, la liberta considerada es ciudadana romana. Para el resto de libertas, si antes de la *lex Iunia Norbana*, del año 19 d. C., los bienes eran adquiridos por el manumisor *iure peculii*, esta ley declara que el destino de los bienes que dejaban a su muerte los *latini Iuniani* seguirá perteneciendo al patrono no *iure hereditatis* sino *iure peculii*, Gai. 3, 56. También los bienes de los *editicii* correspondían al patrono por carecer aquél de capacidad de testar Gai. 3, 74-75. El senadoconsulto Largitiano del año 42 d. C. situaba como primeros llamados a la herencia de los libertos latinos al manumisor, en segundo lugar a los descendientes de éste no desheredados *nominatim*, llamados según el grado de proximidad, y a falta de éstos, conforme al derecho antiguo, a los herederos del manumisor, Gai. 3, 63. sin diferenciar entre patrono y patrona, ni entre sus descendientes por razón de sexo.



de las personas con hijos exonerando de la tutela legítima a las mujeres que poseían el *ius liberorum*, resultando beneficiada por igual la liberta, que podía testar libremente, y las mujeres llamadas a sucederla, es decir, la patrona ingenua que tendría los mismos derechos que el patrono, aun teniendo dos hijos solamente (igualmente la patrona liberta con tres hijos). Para compensar la pérdida de expectativas del patrono cuya liberta había alcanzado el *ius liberorum*, la *lex Papia* le otorgaba, en todo caso, una cuota viril sobre los bienes de la liberta (igualmente a la patrona ingenua si disfrutaba de ese beneficio).

Para el caso de fallecimiento de la liberta sin testamento, la *lex Papia* no había previsto modificación alguna. Por ello, aun teniendo cuatro hijos, sus bienes pertenecerían al patrono en base a la Ley de las XII Tablas y al edicto, que llamaba al patrono en la clase *unde legitimi* y a los hijos de la liberta en la clase *unde cognati*. Por ello, Gai. 3, 51 expone que *nihil novi* establecía la *lex Papia* respecto a la sucesión *abintestato* de las libertas.

Para este autor, el verdadero valor del senadoconsulto Orficiano radica en equipar a la mujer liberta con la ingenua para el caso de fallecimiento intestada, como recoge D. 38, 17, 1, pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) considerando algo natural que, *ante la franca regresión de la familia agnaticia en favor de la familia cognaticia, y cuando desde hacía más de un siglo había desaparecido la tutela de las mujeres, se diera este paso tímido respecto a la regulación de la sucesión intestada de la madre*. Asimismo, por lo que se refiere a los bienes de la liberta, como ocurriera con la ingenua, eran llamados en pie de igualdad hijos e hijas, incluso los *vulgo quaesiti* según D. 38, 17, 1, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y sólo si los hijos llamados a la herencia de la madre renunciaban a ella, era ofrecida al patrono o a la patrona, según D. 38 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>967</sup>.

---

<sup>967</sup> VARELA (2005) 17 ss. En cuanto a la sucesión contra testamento, desde el momento en el que se exige que los *sui heredes* sean contemplados en el testamento, al igual que ocurría con la sucesión de los ingenuos, la preterición del hijo varón lo invalidaba procediéndose a la apertura de la sucesión *abintestato*. La preterición de una hija, sin anular el testamento, suponía integrarla con los instituidos, otorgándole una cuota viril si concurría con los demás *sui*, o la mitad de la herencia si los instituidos fueran *extranei*. Gai. 2, 123-124; *Tituli ex corpore Ulpiani* 22, 14-17; Paulo, *Sententiae*. 3, 4. Obviamente, estas reglas no eran aplicables al testamento de la madre liberta, habida cuenta de que ésta no podía tener *heredes sui*. Instituciones, 2, 13, 7. Pero, además, para hacer testamento la liberta necesitaba la *auctoritas tutoris* del patrono o, en su defecto, de los hijos de éste, Gai. 1, 165 y 192, y se veía condicionada por el patrono para que le instituyese heredero, pues si no prestaba consentimiento el patrimonio de la liberta iría a sus manos por la sucesión civil *abintestato* o por las normas pretorias. Sin embargo, cuando se trataba de la patrona, las tornas cambiaban pues no podía ser tutora y, a la hora de hacer testamento, la liberta no requería de su *auctoritas*, D. 26, 1, 16, pr. (Gayo, 12 *ad edictum*). La patrona no controlaría el testamento y la liberta podía preterirla totalmente.

## 2. 10. Fernández Vizcaíno<sup>968</sup>.

La romanista española realiza un análisis de la regulación del senadoconsulto Orficiano en “El *ius adcrescendi* en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano”, dirigiendo su interés hacia D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). Para esta autora, el sistema de concurrencias previsto por la norma no excluye el acrecimiento entre coherederos aunque el texto legal no llegara a citarlo, pues el derecho de acrecimiento se aplicaba de forma normalizada en vía de interpretación, como demostraría::

Instituciones 3, 4, 4:

*Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis, qui adierint, adcrescit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Este texto, situado bajo la rúbrica *De senatus consulto Orfitiano*, establece para el supuesto que algunos de los herederos hubiesen repudiado la herencia o no hubiesen podido adirla, por muerte o por otra causa, el acrecimiento en la cuota vacante de los demás herederos legítimos. Por el contrario, si alguno de éstos hubiese fallecido una vez realizada la adición, pero antes de que la porción quedase libre, el derecho de acrecer pertenecería a sus herederos.

FERNÁNDEZ VIZCAÍNO<sup>969</sup> recuerda que ya VACCARO DELOGU consideraba este texto un ejemplo de aplicación del *ius adcrescendi* al que habría dado Ulpiano prioridad sobre la delación sucesiva. O, dicho de otro modo, la sucesión en la delación encontraba su límite de aplicación en el derecho de acrecer de manera que sólo cuando todos los hijos no hubiesen podido o querido adir la herencia, ésta pasaba a los sucesores según el antiguo sistema. En efecto, ambos autores siguen las ideas de SANFILIPPO<sup>970</sup> sobre la consideración del *ius antiquum* como último recurso. También se alinea la autora con VOLTERRA, SOLAZZI y LA PIRA<sup>971</sup> al considerar la respuesta de Ulpiano ajustada al espíritu del senadoconsulto Orficiano, norma que habría contribuido al desarrollo del *ius novum* en materia de sucesión intestada. Por ello, si bien la renuncia de uno o varios hijos a su cuota sí era operativa frente al resto de hijos y el *ius adcrescendi* tenía su papel, la renuncia absoluta y la consiguiente *aditio* de los llamados por el *ius civile vetus* extinguía definitivamente el derecho del hijo sobre los bienes maternos.

Finalmente, dirige su atención a la existencia del derecho de acrecer en la sucesión de la liberta, con la dificultad añadida de conjugar los derechos de los hijos de la fallecida con los

---

<sup>968</sup> FERNÁNDEZ VIZCAINO (2011) 559 ss.; (2009) 631-715.

<sup>969</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2009) 631-715; (2011) 567 ss.

<sup>970</sup> SANFILIPPO (1951) 364 ss.

<sup>971</sup> VOLTERRA (1991-92) 537 ss.; SOLAZZI (1933) y LA PIRA (1930) 295.

derechos del titular de los derechos de patronato. Tanto los hijos de la liberta como el patrono y su descendencia eran *heredes extranei* y, dejando alguno de aceptar la parte que le correspondía, se producía según D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) el acrecimiento entre los que sí aceptaban con las mismas condiciones que en la herencia de la ingenua. Por tanto, existía una llamada *in solidum* a la herencia por si una o varias de las cuotas de la herencia de la liberta quedasen vacantes, aunque diferente era la llamada al patrono a la herencia una vez que ningún hijo de la liberta hubiese adido la herencia, pues se verificaba la delación sucesiva en virtud el derecho antiguo. Precisamente en este punto difiere FERNÁNDEZ VIZCAÍNO de otros autores que sostienen la interpolación del texto<sup>972</sup>, que debió decir “... y si acaso hubiere un hijo y un patrono, repudiándola el hijo le acrece al patrono”. Recordemos que para LAVAGGI, se planteaba un llamamiento solidario entre el hijo y el patrono que hiciera posible la verificación del *ius adcrescendi* como paso previo a admitir la subsidiaria delación sucesiva si todos los hijos rechazaran la herencia de la madre o no pudieran adirla. Como refuerzo a su teoría, acude a la opinión de MEINHART<sup>973</sup> quien expresa la preferencia de los hijos en la sucesión de la liberta respecto al patrono, otorgando carácter clásico al texto que venimos analizando salvo en la frase *eorumve...defertur*, introducida por los compiladores justinianos con la única finalidad de recordar que podían suceder los hijos de los hijos. Así pues, ambas autoras concluyen que el *ius adcrescendi* habría desplegado su eficacia incluso dentro de la esfera del senadoconsulto Orficiano, en detrimento del patrono y a favor de los hijos.

---

<sup>972</sup> LAVAGGI (1946) 182, nt. 26, afirma que la interpolación referida no se encuentra en el *Index*, a pesar de la opinión la mayoría de autores en orden a interpretan *defertur* como equivalente a *adcrescit*.

<sup>973</sup> MEINHART (1967) 75 y ss.; VOCI (1968) 398.



## CAPÍTULO V

### La regulación por el senadoconsulto Orficiano de la sucesión intestada en la herencia de la madre.

#### I. La mujer fallecida en la regulación del senadoconsulto Orficiano.

1. *Status familiae*.

2. *Status libertatis*.

2. 1. La herencia intestada de la liberta.

2. 1. 1. Las expectativas sucesorias del patrono en los bienes de la liberta fallecida sin testamento.

2. 1. 2. Las expectativas sucesorias de la patrona en los bienes de la liberta fallecida sin testamento.

2. 1. 3. La posible equiparación de la herencia de la liberta con el tratamiento de la herencia intestada de la *filia* emancipada.

#### II. Las condiciones requeridas por el senadoconsulto Orficiano a los hijos para ser herederos legítimos de la madre fallecida intestada.

1. El reconocimiento de los hijos legítimos y *vulgo quaesiti* como herederos.

2. El parentesco cognaticio entre madres e hijos.

2. 1. El llamamiento a la herencia de la madre de los hijos *in potestate*.

2. 2. El supuesto de los hijos nacidos en cautiverio.

2. 3. Las expectativas sucesoria del hijo *exsectus*.

3. Excepciones al llamamiento a la herencia intestada a los hijos de la fallecida: la prohibición de suceder al hijo luchador con fieras y al *res capitalis damnatus*.

#### III. El sistema de prelación entre los distintos parientes de la fallecida.

1. El nuevo orden intestado en la sucesión de la madre.

2. La concurrencia con los instituidos en el testamento materno inoficioso.



## I. La mujer fallecida en la regulación del senadoconsulto Orficiano.

### 1. *Status familiae*.

Pese al tiempo transcurrido desde la publicación del senadoconsulto Orficiano a la redacción por Ulpiano de sus comentarios *ad Sabinum*, sigue siendo para nosotros la fuente jurídica más cercana al senadoconsulto, para cuyo estudio emplea el mismo esquema aplicado al senadoconsulto Tertuliano, que consiste en exponer primero los requisitos exigidos a la persona fallecida, en este caso la madre, para continuar con las exigencias a los llamados, los hijos. Finalmente, se analiza el sistema de concurrencia entre parientes.

En principio, se deduce de D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) que el senadoconsulto Orficiano habría tomado en consideración a la ciudadana romana *sui iuris* fallecida libre, ya fuera ingenua o liberta, a la que se refieren los juristas en multitud de ocasiones como *mater intestata*<sup>974</sup>. Precisamente con estas exigencias se inicia el título 17 del libro 38 del Digesto, dedicado a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano:

D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto Orphitiano.*

*Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7:

*Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventionem matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis*<sup>975</sup>.

Instituciones, 3, 4 pr. :

*Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatorum admittantur, senatus consulto Orfitiano effectum, est, quod latum est Orfito et Rufo consulibus, divi Marci*

---

<sup>974</sup> MEINHART (1967) 5 entiende que podría ser incluso la expresión original del senadoconsulto que renunció a dar un nombre más específico a la persona fallecida. C. 6, 57, 1 *Imp. Alexander A. Euangelo. Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet. PP. xv k. Febr. Fusco II el Dextro cons.* [a. 225]; Paulo, *Sententiae* 4, 10, 2: *matris legitima intestatae hereditas* y Paulo, *Sententiae* 4, 10, 3: *Ad legitimam intestatae matris hereditatem.*

<sup>975</sup> Gai. 3, 43 y 3, 51.

*temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris.*

Todos los hijos de una mujer, aun nacidos de diferentes matrimonios, eran llamados sin distinciones tal y como expone:

D. 38, 17, 4 (Modestino, 9 *regularum*):

*Matris intestatae defunctae hereditatem ad omnes eius liberos pertinere, etiamsi ex diversis matrimoniis nati fuerint, iuris est.*

Las condiciones exigidas a los hijos serán objeto de análisis en un próximo epígrafe, pero resulta interesante, desde esta aproximación inicial a las características de la mujer fallecida, resaltar que era indiferente para el senadoconsulto Orficiano que los hijos fueran *sui iuris* o estuvieran *in aliena potestate*, sin duda una de las más originales aportaciones del senadoconsulto Orficiano:

D. 38, 17, 9 (Gayo, libro *singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

*Sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat.*

En cuanto al *status familiae* de la mujer fallecida, el principal requisito a cumplir por ésta sería su condición de *sui iuris*, pues no debía estar sometida a la potestad de su padre ni a la *manus* del marido o del suegro, como acabamos de ver en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7 para que sus agnados fueran excluidos de la herencia legítima en beneficio de los hijos de la fallecida.

En efecto, esa exigencia era a nuestro parecer absolutamente coherente con el momento histórico de la redacción del senadoconsulto Orficiano, pues si bien es cierto que la *manus* estaba en desuso y en la práctica dicha institución suponía una rareza, no lo es menos que aún seguía prevista legalmente<sup>976</sup>, siendo conveniente que la norma se esforzara en aclarar a qué mujeres iba a considerar en su ámbito de aplicación. Así pues, no debe extrañarnos que Ulpiano mencione como exigencia *ex Orphitiano* que sólo las mujeres no sometidas a la *manus* marital pudieran ser heredadas legítimamente por sus hijos con preferencia al resto de agnados, pues

---

<sup>976</sup> Gai. 1, 108.; KASER (1971) 277.



precisamente las madres casadas en régimen de matrimonio libre y sus hijos eran los grandes perjudicados por el *ius civile* al no estar emparentados por agnación. Como es bien sabido, las mujeres casadas que habían realizado *conventio in manum* ya eran agnadas de sus hijos, y, como tales, la regulación de la Ley de las XII Tablas les permitía suceder conjuntamente al *paterfamilias* como *heredes sui*. Consecuentemente, el ordenamiento pretorio los llamaba en el orden *unde legitimi*.

Sin ningún género de dudas, el valor del senadoconsulto Orficiano radica en el reconocimiento a los hijos de expectativas sucesorias en los *bona materna*. La masa patrimonial de una mujer romana *sui iuris*, como hemos visto, se formaba de bienes de diferente origen: algunos se habían generado por razón del matrimonio como la dote recuperada por disolución del vínculo conyugal, los bienes extra dotales y las donaciones o herencias y legados provenientes del marido. Otros bienes derivaban del ejercicio de actividades económicas desarrolladas por la mujer. Por último, había bienes obtenidos como herencia, legado o donación de la familia materna o incluso de extraños. Pese a no existir entre madre e hijos parentesco civil sino mera cognación, se pretendía impedir la salida de esos bienes hacia otras ramas de la familia agnaticia de la fallecida o incluso, por nupcias posteriores del viudo, que los hijos ni siquiera llegaran a beneficiarse de los *bona materna* y fueran a parar a manos de una familia ajena a la fallecida.

Como puede comprobarse, el parentesco cognaticio se sitúa en el centro de este nuevo sistema. El siguiente texto, que consideramos retocado posteriormente, acepta a los *spurii* como llamados a suceder en los *bona materna*:

D. 38, 17, 1, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Sed et vulgo quaesiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem.*

El senadoconsulto Orficiano introduce una nueva dificultad al equiparar a los hijos legítimos con los *vulgo quaesiti* a efectos sucesorios, pues en esta ocasión Ulpiano<sup>977</sup> no menciona si la madre debía ser una mujer casada *sine manu*. Esta ambigüedad permitiría aplicar sus normas a la mujer *sui iuris*, casada, soltera, viuda o divorciada, siendo todos sus hijos llamados a su herencia intestada, fuera cual fuera su procedencia.

---

<sup>977</sup> MEINHART (1967) 5 cree que los compiladores eliminaron esa referencia por el desuso de la *manus*, lo que habría hecho verdaderamente innecesario mencionarla, pero que el senadoconsulto Orficiano fue dictado pensando principalmente en mujeres que estaban o habían estado casadas *sine manu*, pero no en las madres solteras.

Otros dos textos nos ayuda a definir más certeramente las condiciones de la mujer fallecida:

D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>978</sup>:

*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat, itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcreset. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio, patrono defertur.*

D. 38, 17, 6 pr.-1 (Paulo, libro singulari *ad senatus consultum Orphianum*):

*Filii mater ex hoc senatusconsulto, etiamsi in aliena potestate sit, ad hereditatem admittitur. Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter haec verba “si nemo filiorum volet hereditatem suscipere”, quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est*<sup>979</sup>.

Ambos fragmentos utilizan el término repetidamente elegido por Ulpiano, *filii*, pues es lo suficientemente representativo para abarcar a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, aunque, como abordaremos en el apartado II de este capítulo, los hijos llamados a heredar también deberían ajustarse a unas exigencias: la libertad y ciudadanía, si bien la jurisprudencia habría considerado otras opciones tratando de salvar casos problemáticos en los que se discutía la relación cognaticia entre madre e hijo o el *status libertatis* de los hijos.

Regresando a los requisitos exigidos a la mujer fallecida, las fuentes jurídicas nos permiten sacar ciertas conclusiones sobre su personalidad, que sin duda caminan en paralelo a las observaciones que hemos venido realizando en el estudio del senadoconsulto Tertuliano. Entendemos, pues, que el legislador debió dictar la norma pensando principalmente en la ciudadana romana, nacida libre y casada en justas nupcias, siendo lógico que considerara las situaciones más habituales generando un amplio consenso social hacia la norma. Admitiendo que la letra del senadoconsulto no hubiera hecho mención expresa a la herencia de las mujeres fallecidas con hijos nacidos fuera de la familia romana, o, sobre todo, a las libertas, cautivas o

---

<sup>978</sup> Este texto, sobre el que volveremos en página sucesivas, ya ha sido analizado en sede de senadoconsulto Tertuliano como particularmente interesante por la referencia a la coordinación entre *ius novum* y *ius vetum*, al prever la posible llamada de otros parientes agnados consanguíneos o no.

<sup>979</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7 se refiere a *exclusis consanguineis et reliquis agnatis*. KASER (1951) 24.

cuya relación de consanguinidad con sus hijos era objeto de dudas, creemos que habría sido obra de la jurisprudencia extender las disposiciones del senadoconsulto Orficiano, o, al discutir su situación.

Puesto que era requisito inexcusable que la mujer fallecida fuera *sui iuris*, en ocasiones podían plantearse dudas sobre el *status familiae* de la mujer fallecida, debiendo determinarse si se trataba de una *filiafamilias* o *materfamilias*. El caso más común, tal y como recoge el texto, era el del cautiverio del padre de la fallecida sin que hubiera certeza de su muerte. Un texto de Ulpiano muestra su interés por el caso de una mujer cuyo estado se dilucidaba, abogando por una intervención del pretor que socorriera a los hijos de la fallecida. En efecto, habiendo quedando en suspenso la herencia materna, en el caso de fallecer dichos hijos durante la pendencia de esta situación, los nietos de la fallecida podrían perder sus derechos sucesorios a la herencia.

D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum mater familias sit, an filia familias, ut puta quoniam pater eius ab hostibus captus sit: si certum esse coeperit, matrem familiam esse, liberi admittentur. unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittat: et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.*

Si se deduce de las palabras *si certum esse coeperit matrem familiam esse, liberi admittentur* que la madre fallecida no debía estar sometida a *manus*, en el caso de la mujer que falleciera estando su *paterfamilias apud hostes*, sus hijos la heredarían dependiendo de la prueba de la muerte del cautivo, lo que viene a coincidir con el tratamiento que el propio Ulpiano, en los libros 12 y 13 *ad Sabinum* realizara de casos de cautiverio relacionados con la sucesión intestada entre parientes:

D. 38, 16, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*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. plane qui testari non potuit, proprie non est intestatus, puta impubes furiosus vel cui bonis interdictum est: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus: eum quoque, qui ab hostibus captus est, quoniam per legem*

*Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et eius hereditas fuisse creditur.*

En este supuesto, permanecía *captivus*<sup>980</sup> un *suus heres* cuyos hijos estaban bajo la potestad del abuelo, padre del cautivo. Fallecido el abuelo sin haber certeza de la muerte de su hijo prisionero, se impide a los nietos recibir la herencia, quedando su derecho en suspenso hasta que se aclare la situación del cautivo. Pero, si el tiempo de espera fuera tan largo que murieran incluso los nietos, sus descendientes recibirían la herencia que les habría correspondido cuando se confirmara el fallecimiento del cautivo.

En el mismo sentido:

D. 38, 16, 2 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Post consanguineus admittuntur agnati, si consanguinei non sunt, merito. nam si sunt consanguinei, licet non adierint hereditatem, legitimis non defertur. sed hoc sic erit accipiendum, si nec sperantur esse: ceterum si vel nasci consanguineos, vel de captivitate reverti potest, agnati impediuntur*<sup>981</sup>.

El pasaje nos habla de un cautivo, consanguíneo de un fallecido y de un *agnatus* de éste, el cual se verá o no favorecido en la herencia según el consanguíneo retorne de su cautividad o muera *apud hostes*. En el supuesto que retorne, el *agnatus* no recibiría bienes, pues el cautivo no ha perdido su condición de heredero, y se actúa como si el consanguíneo nunca hubiera sido capturado. Muriendo el agnado en la espera, sus hijos serían llamados en cuanto *proximi adgnati* si hubiera certeza de la muerte del cautivo. En definitiva, la incertidumbre de la cautividad no ponía en peligro el derecho del finalmente llamado, aunque el retorno del cautivo pudiera suponer la pérdida de derechos si era de grado más cercano al fallecido o una reducción de la porción hereditaria si fuera del mismo grado que su competidor.

Lo más relevante es que todos estos textos demuestran que la herencia no se entregaba mientras se mantenía la incertidumbre sobre el destino del *captivus*<sup>982</sup>, a la vez que el derecho de los llamados no quedaba comprometido por la dilación en el tiempo del cautiverio: si el

<sup>980</sup> CASTRO- CAMERO (2004) 67-80.

<sup>981</sup> D. 38, 16, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepote neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit. filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna, vel minore exitit de potestate. quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit nepotes non succedunt, proinde etsi fuerit redemptus, nondum succedunt ante luitionem: sed si in interim decesserit, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstat.*

<sup>982</sup> CASTRO-CAMERO (2004) 67 ss.

heredero moría en ausencia del cautivo pero antes de la confirmación de la muerte de éste, su herencia correspondería a sus descendientes.

El texto que venimos analizando, D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) difiere de los demás en que la persona cautiva cuya situación es incierta no era una de las llamadas a suceder, sino el padre de la mujer fallecida. La relevancia de la situación de ese cautivo incide en el *status familia* de su hija, la causante cuya herencia es discutida: la muerte del cautivo permite abrir la sucesión *ex Orphitiano* puesto que la mujer fallecida habría muerto siendo *sui iuris*. Y, por ello, es clave alcanzar la certeza de la muerte del *paterfamilias*<sup>983</sup>.

Paulo, *Sententiae* 4, 10, 4:

*Filius maternam hereditatem eandemque legitimam nisi adeundo quaerere non potest.*

Así pues, al tiempo de publicación del senadoconsulto Orficiano, finales del siglo II d. C., estas situaciones debieron ser bastante habituales, y se resolvían de la siguiente forma: mientras el *paterfamilias* de la mujer fallecida estuviera cautivo, el hijo de ésta vería aplazado su acceso a la herencia. Si se prolongara el cautiverio de forma que falleciera el heredero, los *bona materna* podrían no llegar a sus descendientes pasando a manos de los agnados de la mujer. En cualquier caso, la pérdida definitiva de derechos sucesorios *abintestato* por los hijos de la fallecida se produciría por el regreso del cautivo, pues la mujer habría fallecido siendo *alieni iuris* y sus bienes<sup>984</sup> pasarían al *paterfamilias*.

D. 49, 15, 23 (Juliano, 69 *digestorum*):

*Si quis praegnate uxore relicta in hostium potestatem pervenerit, mox natus filius eius uxore ducta filium vel filiam procreaverit ac tunc postliminio avus reversus fuerit.*

La situación podía complicarse porque el senadoconsulto Orficiano no permitía contemplar a la generación siguiente, es decir, a los nietos de la mujer fallecida como llamados a la herencia<sup>985</sup>. Esta situación habría inducido a Ulpiano a reclamar una intervención pretoria para socorrer a los hijos de la fallecida, puesto que había numerosos supuestos de hijos nacidos poco después de la captura del *paterfamilias*, los cuales a su vez habían tenido hijos. El peligro

---

<sup>983</sup> WOLFF (1955) 174 ss.; 344 ss.; SOLAZZI (1933) 296 ss. Puesto que la mujer carece de *sui heredes*, el senadoconsulto opta por no llamar a ulteriores descendientes.

<sup>984</sup> Se aplica exactamente igual a las hijas de la mujer fallecida, al no discriminar el senadoconsulto Orficiano por razón de sexo.

<sup>985</sup> D. 38, 16, 14 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); D. 49, 15, 12, 3 (Trifonino, 2 *disputationum*).

de pérdida de la herencia materna era bastante real por una posible muerte a edad temprana del heredero al pertenecer madre e hijo prácticamente a una misma generación dada la edad temprana a la que las mujeres daban a luz. Por supuesto, todos ellos perdían cualquier expectativa si, aun después de largo tiempo, regresaba del cautiverio el *paterfamilias*, pues se comprobaba fehacientemente que la mujer no era *sui iuris* al fallecer.

En general, era una cuestión importante conocer el momento exacto en que se abría la sucesión y la certeza de la muerte<sup>986</sup> del cautivo, sobre todo para determinar quién fuera el *proximus*. En muchos casos, se procedería a llamar a los integrantes de una nueva generación de parientes pero, en el caso que nos ocupa, la situación es diferente para la madre fallecida y sus herederos: se atiende a la fecha de la muerte de aquélla, de forma que puedan ser reemplazados por sus descendientes al final de la situación de pendencia, lo que suponía una contravención del llamamiento por el senadoconsulto Orficiano tan sólo a descendientes de primer grado y naturales, descartados los hijos adoptivos porque la mujer no podía adoptar.

En efecto, la situación normal era que los hijos fueran llamados sin los beneficios de los *sui heredes*, algo coherente al carecer las mujeres de *sui*<sup>987</sup>. En múltiples casos, se postergaba a los descendientes de la mujer fallecida, aun superando en rango a los agnados de la mujer. Curiosamente, la madre de la mujer primeramente fallecida sí podría tratar de solicitar esa herencia *ex Tertulliano* y superar a los agnados.

Los llamados a suceder *ex Orphitiano*, para beneficiarse de éste, debían vivir al fallecimiento de la madre. LA PIRA<sup>988</sup> cree que, al tiempo de Ulpiano, el *conceptus pro iam nato habetur* se consideraba exclusivamente para los *sui heredes* y sólo se pensaba en los *postumi sui*. Este criterio se habría mantenido largo tiempo, pero poco a poco se fueron incluyendo los *postumi alieni* y otras personas equivalentes a los *sui postumi* recibieron este beneficio por la intervención del pretor. Ahora bien, seguiría siendo condición indispensable que la procreación de los niños se hubiera llevado a cabo antes de la muerte de quien tenía que

---

<sup>986</sup> D. 38, 16, 2, 6 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). Ulpiano muestra un caso de renuncia por parte de un heredero testamentario, debiendo acudirse a la herencia intestada y siendo entonces imprescindible, por no ser obvia la muerte del causante, determinar el momento en que se designa al *proximus adgnatus*.

<sup>987</sup> D. 38, 16, 13 (Gayo, 10 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>988</sup> LA PIRA (1930) 20 ss. D. 29, 2, 30, 1 (Ulpiano, 8 *ad Sabinum*): *Quod dicitur: "proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem potest accipere proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur. idemque et per bonorum possessionem edictalem denique praetor ventrem mittit in possessionem.*

ser puesto en libertad<sup>989</sup>, pues el estricto principio, fundamental del *ius civile, in legitimis successio non est*<sup>990</sup>, se aplicaba en D. 29, 2, 30, 1 (Ulpiano, 8 *ad Sabinum*)<sup>991</sup>. Si no había herederos póstumos, se llamaba a los agnados.

En el caso que sólo quedaran vivos algunos hijos, igual que en el caso de repudio de la herencia, se daría un posible acrecimiento según D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) hasta que no quedara ninguno, caso en que la herencia legítima se defería acudiendo al *ius antiquum*. Por ello, parece razonable que, a la vista de la solución otorgada a la situación general de los cautivos<sup>992</sup>, Ulpiano en la segunda parte de D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) se planteara una posible ayuda para los llamados cuyo derecho se había suspendido<sup>993</sup> por la incertidumbre acerca del *status*, mediante la intervención del pretor, de tal manera que los agnados sólo podrían aspirar a esa herencia cuando muriera el último descendiente de los suspendidos en su derecho<sup>994</sup>.

Podemos intuir que este problema, del que se ocupa la segunda parte del texto ulpiano, fue importante y objeto de estudio por los juristas al tiempo de los comentarios de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

FERRINI<sup>995</sup> plantea la objeción más antigua al texto y lo califica como interpolado aun sin aducir más razones. AMIRANTE<sup>996</sup> acepta esta opinión sin entrar en la cuestión de la procedencia de la interpolación. Por su parte, SOLAZZI<sup>997</sup> manifiesta serias dudas sobre el clasicismo de D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) por sus contradicciones y cita a BONFANTE en apoyo de su teoría, si bien éste último no critica el texto entero y argumenta

---

<sup>989</sup> D. 38, 16, 8 (Juliano, 59 *digestorum*); D. 38, 8, 10 (Escévola, 2 *responsorum*): *Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam et praegnatem matrem ex alio marito: quaero, si mater hereditatem repudiaverit, dum adhuc praegnans est, postea que enixa fuerit Semproniam, an etiam Sempronia bonorum Titia possessionem accipere possit. respondit, si mater hereditate exclusa est, eam quae, ut proponeretur, postea nata est, accipere posse*; D. 38, 17, 1, 5 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): *Sed si matris exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti: nam et institutus secundum tabulas, et ab intestato unde cognati et multo magis unde legitimi bonorum possessionem petere potuit; argumento est, quod venter in possessionem ex omni parte Edicti mittitur*; D. 38, 16, 2 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>990</sup> Ulpiano se ocupa de la cautividad más adelante, aludiendo a una constitución de los *Divi fratres*, en D. 38, 16, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y de Septimio Severo y Caracalla en D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>991</sup> El párrafo habla de herederos que deben adir la herencia, pues queda por ver el nacimiento de un heredero con mejor derecho un *suus*. Pero no se habla de una *bonorum possessio* provisional para el tiempo de espera.

<sup>992</sup> D. 38, 16, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>993</sup> MEINHART (1967) 95. Posiblemente habría un tratamiento similar si la capturada fuera la madre o los hijos.

<sup>994</sup> C. 6, 55, 9 *Impp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Constantiano pp. Galliarum*. [a. 389] eliminaría la dificultad para los nietos en la herencia de la abuela *ne si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittat*. A partir de entonces, se produjo de hecho para los nietos el mismo efecto que para los descendientes de los *sui* o los *agnati*, pues si la situación de pendencia duraba más que la vida de los descendientes de primer grado se producía la delación a la segunda generación. RODRÍGUEZ MONTERO (2005) 667-677.

<sup>995</sup> MEINHART (1967) 97, nt. 31. También LA PIRA (1930) sospecha de la autoría ulpiana.

<sup>996</sup> AMIRANTE (1963) 25.

<sup>997</sup> MEINHART (1967) 96 sobre la postura de SOLAZZI (1928) 21 ss., BONFANTE (1974) 247 y RATTI (1927) 112 ss.

que la solución para el caso de los herederos de un *paterfamilias* cuyo *status* era incierto debía coincidir con la solución ofrecida a los herederos de la madre de cuyo *status* se dudaba. En su opinión, no se entiende por qué se planteara Ulpiano utilizar un doble rasero, buscando una vía para ayudar a los herederos de la madre y no a los del *paterfamilias*, siendo el principal problema de los involucrados en ambas situaciones el mismo, la incertidumbre sobre el *status familiae*. Por tanto, el texto sería obra de los compiladores, trayendo a colación D. 38, 7, 2, 3 (Ulpiano, 46 *ad edictum*) que otorgaba el derecho a solicitar la *bonorum possessio* a quienes eran herederos en la fecha de certeza de la muerte del testador, el momento relevante para que el aspirante a suceder cumpliera con los requisitos pertinentes.

En sentido contrario, MEINHART<sup>998</sup> se resiste a negar la autoría de Ulpiano y, puesto que la constitución C. 6, 55, 9 *Imppp. Yalentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Constantiano pp. Galliarum* [a. 389] permitía la inclusión del nieto en los llamados a la herencia de la abuela materna, no entiende por qué habrían de añadir los compiladores una posible ayuda del pretor cuando ya había una solución legal al problema.

Más adelante, Justiniano aclarará la situación en:

C. 6, 57, 6 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. A. Iuliano pp. Quidam ancillae suae per fideicommissum libertatem reliquit, eo autem, a quo libertas relicta est, moram in libertate praestanda faciente peperit ancilla. et esse quidem ingenuum puerum vel puellam, qui post moram nati sunt, omnes veteris iuris auctores consentiunt, dubitabatur autem inter eos, si matri morienti potest succedere. 1. Huiusmodi itaque dubitationem eorum decidentes ulterius eam procedere non patimur, sed sancimus eandem matris progeniem heredem ab intestato posse ei existere, salvo iure legitimo ex auctoritate senatus consulti Orfitiani proli servando et tam matre ex senatus consulto Tertulliano quam prole ex Orfitiano senatus consulto invicem ad suas hereditates venientibus. D. k. Oct. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.*

[a. 530].

Para MEINHART, la solución recogida en la segunda mitad de D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>999</sup> es clásica y se aferra como razón principal a que, en los casos de *heredes sui* cuyo derecho estaba suspendido se les venía ayudando con una *bonorum possessio* provisoria que, por cierto, no operaba para los *heredes extranei*, precisamente la situación en la

---

<sup>998</sup> MEINHART (1967) 89 ss.



que se encontraban los hijos respecto a su madre. Por tanto, ¿cabría aplicar una *bonorum possessio provisorio* a casos individuales no previstos en el edicto, tras una evaluación minuciosa y cuidadosa de las situaciones? ¿Se podría decidir en este sentido para los casos de suspensión de derechos hereditarios previstos por el senadoconsulto Orficiano<sup>1000</sup>?

Finalmente, en cuanto a las opiniones vertidas por la doctrina sobre D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), LA PIRA<sup>1001</sup> considera interpolado la primera parte del texto a diferencia de la postura más radical de SOLAZZI, FERRINI y ALBERTARIO.

En definitiva, aunque ciertamente hay en este texto signos de intervención de los compiladores, no tenemos ninguna razón objetiva para creer que dicha revisión consistiera en todo lo expuesto en la segunda parte del pasaje. Aun admitiendo que la *bonorum possessio provisorio* estaba prevista sólo para los hijos, y se aplicaba al niño no nacido<sup>1002</sup> o a los *sui heredes*<sup>1003</sup>, nada impediría que el pretor ofreciera algún tipo de solución innovadora que corrigiera las injusticias derivadas de una situación de excesiva pendencia. El magistrado habría sido responsable de cuidar de los intereses de los hijos cuando no estaba claro el *status* de la madre a su muerte, dado que el senadoconsulto Orficiano sólo llamaba a la primera generación y podía perder esa estirpe el derecho a suceder en los *bona materna* en detrimento de los agnados de la mujer fallecida, algo contrario al espíritu del senadoconsulto Orficiano.

MEINHART<sup>1004</sup> cree que ese medio de protección, inespecífico, .. *a ... succurri eis per praetorem debeat, cum et magis est, ut in multis casibus placuit*, podría tratarse de una ayuda especial como la otorgada por el pretor o procónsul tras una decisión adoptada por recomendación imperial en rescripto. Al igual que en D. 37, 8, 4 (Modestino, 6 *pandectarum*) Marco Aurelio insta por rescripto al pretor a conceder a los hijos de un *emancipatus* la *bonorum possessio*<sup>1005</sup>, o en D. 29, 2, 30 pr. (Ulpiano, 8 *ad Sabinum*): *rescripsit consulibus subvenire ei oportere mortuo filio, eo quod rei publicae causa aberat*<sup>1006</sup> por rescripto de

---

<sup>1000</sup> MEINHART (1967) 100 se refiere a D. 37, 4, 4, 3 (Paulo, 41 *ad edictum*): nos encontramos el caso del testador que esperaba el nacimiento inminente de un hijo, al que Paulo considera como heredero desde el nacimiento, de forma que si no fuera instituido, podría pedir la *bonorum possessio contra tabulas*. Pero, habiendo sido otra persona instituida aun fallecida antes del nacimiento del niño, entiende el jurista que podría transmitir a sus propios herederos (*transmittat*) el derecho a la herencia del testador. Aunque el supuesto se aparta de las necesidades de la *bonorum possessio decretalis* que estamos estudiando, pues se refiere a la sucesión testada, al menos permite contemplar la transmisión en la delación. Sobre la *bonorum possessio decretalis*, VOCI (1967) 178 ss.

<sup>1001</sup> LA PIRA (1930) 21 ss.; ALBERTARIO (1923) 33; BONFANTE (1974) 422.

<sup>1002</sup> KASER (1971) 236.

<sup>1003</sup> D. 38, 8, 1, 8 (Ulpiano, 46 *ad edictum*); D. 37, 9, 1, 11 (Ulpiano, 14 *ad edictum*).

<sup>1004</sup> MEINHART (1967) 101.

<sup>1005</sup> MEINHART (1967) 105: Se refiere al deber de colación en particular.

<sup>1006</sup> La clave del texto es que la ayuda del magistrado fue motivada por un rescripto imperial; MEINHART (1967) 108 recoge la doctrina que se ha ocupado de este fragmento, entre ellos SCHULZ (1951) 54 y SOLAZZI (1933) 283.

Antonino Pío se concedía ayuda a un padre cuyo hijo no recibía el *iussum* porque estaba ausente, *rei publica causa*, muriendo en el camino.

Por supuesto, cualquier medida adoptada debía ser provisional y reversible, pues el caso de la mujer fallecida sin que se llegara a conocer su *status* por cautiverio del padre sufriría un giro importante con el regreso del prisionero. En todo caso, durante la situación de pendencia no se puede producir la *aditio*, y una admisión provisional sería para los hijos la única manera de protegerse de las desventajas del fallecimiento repentino si la incertidumbre se prolongaba, salvando los derechos de los nietos de la fallecida.

Concluyendo con este asunto, nos inclinamos a pensar en la concesión de una *bonorum possessio decretalis*<sup>1007</sup> o de la prestación por el hijo de la fallecida de una garantía por si regresaba el abuelo materno, aunque dados los escasos datos de los que disponemos y las posibles interpolaciones del texto de Ulpiano, la solución habría de quedar en el campo de la hipótesis<sup>1008</sup>. Asimismo, entendemos que una posible inclusión en el texto del senadoconsulto Orficiano de este supuesto debe descartarse, pero los juristas habrían discutido las diversas opciones como una forma de compensar la dureza de la redacción de la norma.

## 2. *Status libertatis*.

### 2.1. La herencia intestada de la liberta.

D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto Orphitiano.*

El pasaje anterior indica que el senadoconsulto Orficiano no habría denegado el acceso de las libertas a la herencia legítima sus hijos, pues se habría procedido a la aplicación de las normas del senadoconsulto a las mujeres que no habían nacido ingenuas. No obstante, nos parece poco probable que la letra del texto expresamente regulara la situación de las libertas, siendo la equiparación fruto de la elaboración jurisprudencial.

---

<sup>1007</sup> D. 38, 2, 14, 7 (Ulpiano, 45 *ad edictum*) incluye un ejemplo de *bonorum possessio*, como *succurrere*. También sobre la ayuda pretoria D. 4, 6, 35, 6 (Paulo, 3 *ad legem Iuliam et Papiam*).

<sup>1008</sup> En D. 37, 9, 1, 14 (Ulpiano, 41 *ad edictum*) *ad exemplum Carbonianum*, sin duda el modelo más cercano. D. 43, 4, 3, 3 (Ulpiano, 68 *ad edictum*), se habla de *missio ventris ad exemplum praesemptionis Carboniani edicti*. Y en D. 50, 4, 1, 4 (Hermogeniano, 1 *epitomatorum*) llega a plantearse la presencia de un *curator*.

En efecto, si acudimos a los escasos textos que se refieren a la sucesión de las libertas fallecidas intestadas, no hallamos mención alguna a las reglas del senadoconsulto Orficiano. Y, considerando que los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano fueron normas escuetas que contemplaban las situaciones familiares más habituales en su época, tratando de innovar pero sin derribar principios tradicionales del derecho sucesorio, difícilmente podemos imaginar que el legislador tuviera en mente a las libertas, cuya situación social y jurídica distaba de ser igual a la de las ingenuas. Todo ello nos conduce a valorar la rotundidad de D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) como resultado de la intervención de los compiladores, interesados en superar las diferencias de tratamiento entre ingenuas y libertas que se había alcanzado con Justiniano.

La finalidad del senadoconsulto Orficiano era evitar que, falleciendo sin testamento una mujer *sui iuris* cuyos hijos eran libres y ciudadanos romanos, sus bienes fueran a parar a los agnados, de los que carecía la liberta. No obstante, una confusa mención en la discutida frase final de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) a los patronos parece sugerir la concurrencia de éstos con los hijos de la fallecida. Asimismo, en *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 7 se menciona a los *exclusis consanguineis et reliquis agnatis*<sup>1009</sup>, lo que lleva a algunos autores a afirmar que Ulpiano podría estar pensando en la liberta como madre fallecida: al fin y al cabo, el patrono tenía con ella una relación similar al parentesco agnaticio.

D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), analizado en sí mismo, parece inclinar la balanza hacia una respuesta positiva, si bien la ausencia de cualquier rastro de trabajo de los juristas acerca de una admisión de la sucesión de la liberta fallecida en relación a las normas del senadoconsulto Orficiano<sup>1010</sup> un fuerte argumento en contra de la hipótesis de que la frase *sive ingenua sive libertina sit mater* proceda de Ulpiano y de que el texto se refiriera a esas mujeres. Además, desde una óptica metodológica, no deja de ser llamativa la ruptura, sin aparente necesidad, que supone este texto con el esquema tradicional del Digesto que opta por tratar por separado los problemas de herencia de los nacidos libres y de los libertos, un método al que no sería ajeno el estudio de Ulpiano *ad Sabinum*<sup>1011</sup>.

Por ello, entendemos como más razonable que el legislador dejara a la interpretación de los prudentes las posibles disputas por la herencia de la liberta fallecida intestada. Diversas fuentes nos ilustran de un tratamiento legal de la *ingenua* y la liberta en el siglo II d. C. que aun

---

<sup>1009</sup> Instituciones, 3, 4 pr.

<sup>1010</sup> MEINHART (1967) 69 ss.

<sup>1011</sup> D. 38, 16, 3 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*).

distaba de ser igualitario, aunque Justiniano pretendiera que dicha igualdad pasara por clásica<sup>1012</sup>.

En todo caso, parece oportuno dedicar unas líneas a arrojar luz sobre la herencia intestada de estas mujeres, cuestión a la que autores de gran prestigio han dedicado sus estudios, aun sin llegar a resolver satisfactoriamente la referencia al senadoconsulto Orficiano<sup>1013</sup> y en particular, al siempre controvertido D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), con cuyo análisis cerraremos este trabajo<sup>1014</sup>.

Gayo<sup>1015</sup> nos brinda numerosos textos sobre la capacidad sucesoria de las libertas, y sobre todo, acerca de las personas llamadas a sucederlas *mortis causa*, lo que resulta de gran interés para conocer las diferencias de la sucesión intestada de libertos y libertas. Puestos a buscar razones que amparen esta discriminación, hemos de recordar que la liberta, al igual que la ingenua, carecía de *sui heredes*, mientras que el liberto podía ser *paterfamilias*. Al mismo tiempo, la liberta no guardaba parentesco agnaticio con persona alguna, lo que sí podía conseguir el liberto que fuera arrogado. La suma de estas dos circunstancias alejaron a los hijos de las libertas del régimen sucesorio civil intestado recogido en la Ley de las XII Tablas, aun cuando las libertas podían reconocerles en testamento, dictado bajo la tutela del patrono. En el caso de haber obtenido el *ius liberorum* con el que las premiara Augusto en la *lex Papia Poppaea*<sup>1016</sup> por haber dado a luz cuatro hijos, podrían testar con libertad, normalmente a favor de sus hijos, aunque debían instituir en una cuota viril al patrono para compensar la pérdida de autoridad. En efecto, recuerda Gayo la limitación de dicha libertad de disponer al gravarse a la liberta con la entrega al patrón de la *pars virilis*, una sanción que sólo se aplicaba al liberto si no testaba a favor de sus hijos:

Gai 3, 44:

*Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate testamentum facere,*

---

<sup>1012</sup> Otro problema añadido sería tratar de conocer la intención del legislador sobre la mujer latina fallecida intestada.

<sup>1013</sup> MEINHART (1966) 83 ss.; SCHIRMER (1963) 186.

<sup>1014</sup> La herencia de las libertas ha sido estudiada por autores como SAMPER (1971), LAVAGGI (1946), MEINHART (1967) o ASTOLFI (1996) si bien, salvo los dos primeros, en el marco de sus respectivos estudios sobre la sucesión general o, en el caso de ASTOLFI, de la legislación matrimonial augustea, todas ellas materias colindantes

<sup>1015</sup> Gai 3, 43: *nec enim ullos olim alius iure civili heres est, qui posset patronum a bonis libertae intestatae repellere*. Los descendientes por muerte del patrono, fueron admitidos en Gai. 3, 44-45, por medio de la representación. KÜBLER (1909) 167 ss.

<sup>1016</sup> ASTOLFI (1996) 16 ss. sobre las innovaciones de la *lex Papia*. Pero, tras la referencia a las disposiciones sobre la liberta en la ley augustea, y las menciones gayanas a su sucesión intestada, tan sólo hallamos menciones a los casos de sucesión de las mujeres latinas.

*prospexit, ut pro numero liberorum quos liberta mortis tempore habuerit, virilis pars patrono debeatur; ergo ex bonis eius, quae... legi nequeunt hereditas ad patronum pertinet.*

Asimismo, se hace eco Ulpiano de este régimen en el siguiente pasaje:

*Tituli ex corpore Ulpiani 29, 3:*

*Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor ius liberorum iure tutela patronorum liberavit: et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, ut pro numero liberorum libertae superstitem virilis pars patrono debeatur*<sup>1017</sup>.

En cuanto a las libertas sin *ius liberorum*, permanecían bajo la tutela del patrono y carecían de libertad de testar, pues el patrono debía autorizarles el testamento quedando, como podemos intuir, sus bienes en la órbita del patrono y su familia<sup>1018</sup>.

Lo más relevante para nuestro estudio es que la *lex Papia* no influyó en las reglas de la sucesión intestada de estas mujeres, gozaran o no del *ius liberorum*, de forma que el patrono sería el único heredero *abintestato* mientras que en la sucesión pretoria, accedería en la *bonorum possessio* en la clase *unde legitimi* siguiendo los hijos postergados a las clase *unde cognati*. La Ley de las XII Tablas consagraba el predominio de los derechos del patrono en la sucesión intestada de los libertos, precisamente al instaurar unos lazos cercanos a la agnación entre el dueño y su antiguo esclavo, por cuanto el liberto carecía de agnados propios. A partir de ahí, se fue ampliando el llamamiento a la herencia en los bienes del liberto a los agnados del patrono, incluso a los gentiles del mismo. Por su parte, el edicto pretorio incluía en el orden *unde legitimi* a los patronos y sus parientes agnados para la solicitud de la *bonorum possessio sine tabulis* de la herencia de los bienes de sus antiguos esclavos varones. No obstante, una *capitis deminutio* del patrono, del liberto o de los parientes del primero suponía la pérdida del derecho sucesorio<sup>1019</sup>.

En cuanto a la sucesión forzosa, el Edicto reconocía también al patrono la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* en caso de preterición, así como en caso de asignación insuficiente<sup>1020</sup>. VARELA<sup>1021</sup> explica que sólo se llamaba al *agnatus proximus*, y, fallecido uno de dos patronos sobre el mismo liberto, no se producía el llamamiento a los hijos del fallecido sino el acrecimiento a favor del patrono superviviente que heredaba en la

<sup>1017</sup> Gai.3, 45-51. Una posible referencia al edicto del Pretor en Gai. 3, 46. Y acerca de la patrona, Gai. 3, 51.

<sup>1018</sup> KASER (1971) 582 ss.

<sup>1019</sup> SAMPER (1971) 157 ss.

<sup>1020</sup> D. 38, 16, 3 pr. (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*).

<sup>1021</sup> VARELA (2006) 5 ss.

totalidad. La sucesión se configuraba por cabezas, no por stirpes, y no se aplicaba la *successio graduum* a favor de los descendientes del patrono si éste repudiaba la herencia<sup>1022</sup>.

Todos los anteriores principios marcaron el desarrollo de la herencia de los libertos hasta que la *lex Papia Poppaea*, un hito crucial en dicha evolución, fuerza con sus novedades la convivencia entre tres sistemas jurídicos: la Ley de las XII Tablas, el edicto y las normas dictadas por Augusto con evidente finalidad demográfica para las clases pudientes (herencias a partir de 100.000 sestercios). Las disposiciones del senadoconsulto Orficiano, si bien pensaban en la mujer ingenua, por obra del edicto y de la jurisprudencia fueron pronto aplicadas a las libertas, al asumir que el empuje al reconocimiento del parentesco cognaticio debía abarcar la herencia legítima de estas mujeres. Por ello, si hasta ahora los hijos de la liberta, meros cognados, venían siendo los eternos perjudicados en los llamamientos intestados, ahora vendrían a reconocer expectativas sucesorias preferentes igual que a los hijos de las mujeres ingenuas.

En época clásica, el ya de por sí enrevesado asunto de la sucesión civil o pretoria, testada o intestada de los libertos, se vuelve aun más complejo al tomarse en consideración elementos como el sexo del liberto o de la persona que ejerciera el patronato (patrono o patrona o descendientes masculinos o femeninos del primero). Además, tras la legislación augustea, se tomaría en consideración en todos los casos la posible influencia del *ius liberorum*, ya de los fallecidos, ya de las personas llamadas a sucederles.

Gayo, quien no pudo conocer los efectos del senadoconsulto Orficiano en este asunto en la época en que redactó sus Instituciones, es la fuente principal de conocimiento de la herencia de los libertos. Asimismo, el *Epítome Ulpiani* ya en el siglo IV d. C. se refiere a estas cuestiones, pero ciñéndose al esquema gayano y prescindiendo de las reformas introducida por el senadoconsulto Orficiano. SAMPER<sup>1023</sup> entiende que de la obra de Gayo podemos hacernos una idea del estado de la cuestión al menos hasta Diocleciano, y que las mejoras a favor de los hijos cognados de la liberta no pudieron situarlos en posición de ventaja sobre los patronos en el caso de existencia de *sui heredes* del liberto varón. Tan sólo hallamos dos referencias, en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 50, 16, 145 (Ulpiano, 10 *ad legem Iuliam et Papiam*).

En realidad, al fallecer una persona liberta, se producen cuatro situaciones:

---

<sup>1022</sup> LA PIRA (1930) 188 ss.

<sup>1023</sup> SAMPER (1971) 149. Asimismo, Código Teodosiano 5, 1, 3 (año 383 d. C.) vino a mejorar la situación de los hijos de la mujer emancipada frente al *parens manumissor* cuya situación era muy similar a la relación entre la liberta y el patrono.

1. El fallecido era un liberto varón, y el patrono varón (con descendencia masculina o femenina).
2. El fallecido era un liberto varón y la patrona la aspirante a la herencia.
3. La fallecida era una liberta sometida a un patrono (o la descendencia masculina o femenina de éste).
4. La fallecida era una liberta que dejaba patrona.

Si bien las dos primeras<sup>1024</sup> no son relevantes para nuestra investigación, las dos siguientes permiten analizar situaciones directamente relacionadas con el senadoconsulto Orficiano, y pasaremos a evaluarlas a continuación.

2. 1. 1. Las expectativas sucesorias del patrono en los bienes de la liberta fallecida sin testamento.

Comenzaremos por referirnos al supuesto de la herencia intestada de la liberta que estaba sometida a un patrono (o sus descendientes). En cuanto a la herencia civil, ya hemos mencionado que la Ley de las XII Tablas llamaba al patrono a sucederla como *proximus adgnatus* desplazando a los hijos, meros cognados. No era relevante que los hijos de la liberta fueran legítimos o *vulgo concepti*. Por su parte, el edicto pretorio con carácter previo a la promulgación de la *lex Papia Poppaea*, llamaba al patrono y su descendencia agnada masculina, excluidas las descendientes femeninas *Voconiana ratione*, a suceder a la liberta fallecida intestada como incluidos en la clase *unde legitimi*. A diferencia de lo establecido para los hijos de los libertos, los descendientes de la liberta no eran considerados *liberi* y se les confinaba al tercer orden de llamamientos *unde cognati* para la solicitud de la *bonorum possessio sine tabulis* (posiblemente también en la *bonorum possessio contra tabulas*)<sup>1025</sup>.

*Tituli ex corpore Ulpiani* 29, 2<sup>1026</sup>:

*In bonis libertae patrono nihil iuris ex edicto datur. Itaque... seu intestata moriatur liberta, semper ad eum hereditas pertinet, licet liberi sint libertae, quoniam non sunt sui heredes matri, obstit patrono.*

<sup>1024</sup> SAMPER (1971) 160 ss.

<sup>1025</sup> SAMPER (1971) 207-214.

<sup>1026</sup> El *extraneus manumissor* también figuraba en la clase *unde cognati* pero detrás de los hijos.

La *lex Papia*<sup>1027</sup> no influyó a favor de los hijos de la liberta fallecida sin testamento aun en el caso que ésta gozara del *ius liberorum*, pues la norma se dirige a la sucesión por testamento. No obstante, las descendientes del patrono que hubieran obtenido el *ius liberorum* fueron recompensadas por Augusto al permitirles conseguir una cuota viril por medio de la *bonorum possessio sine tabulis*, al igual que los agnados varones. Aunque nos parece improbable que el senadoconsulto Orficiano reconociera expresamente la sucesión de la liberta, la praxis acabaría por situar a sus hijos, que no eran propiamente *legitimi*, como los primeros llamados a suceder, ocupando una posición similar a los *liberi naturales* del liberto siempre que la fallecida gozara del *ius liberorum*. No hizo falta diferenciar, como se hacía en la sucesión de los libertos, entre hijos naturales y adoptivos, puesto que las mujeres no tenían la posibilidad de adoptar y todos sus hijos naturales y de igual condición<sup>1028</sup>. Por supuesto, se mantuvo la no admisión a la herencia de la liberta de descendientes de ulterior grado, es decir, de los nietos en adelante.

Por el contrario, cuando la liberta no dispusiera del *ius liberorum*, el patrono y sus descendientes varones obtendrían una cuota viril: a las descendientes femeninas del patrono se les exigiría de nuevo estar en posesión del *ius liberorum*, por lo que vieron empeorar su situación tras los logros alcanzados por la *lex Papia*. En cierta medida, esta ley en materia de sucesión forzosa, se había adelantado las disposiciones venideras del senadoconsulto Orficiano, con la implícita equiparación de los hijos, meros cognados, con el heredero legítimo, el patrono, aun otorgando a éste una cuota viril en compensación por la pérdida de la tutela sobre la liberta cuando ésta tenía cuatro hijos. Aun en ese caso, la cuota viril sería un quinto del *as* hereditario, más ventajoso para el patrono que lo que recibiera en la sucesión del liberto pues la institución de los hijos excluía al antiguo dueño. La aparición de la *pars debita* a favor del patrono<sup>1029</sup> aun habiendo la liberta realizado la institución a favor de sus hijos, constituiría una valoración patrimonial de la *auctoritas* que ya no debía prestar al testamento de su antigua esclava. En el caso de morir todos los hijos de la liberta, el patrono recibiría el *as* completo aunque hubiera ulteriores descendientes de aquellos (igualmente para el caso poco probable de haber obtenido la liberta el *ius liberorum* si haber dado a luz, por disposición del Senado o del emperador<sup>1030</sup>). Por el contrario, cuanto más elevado fuera el número de hijos de la liberta, menor sería la *portio virilis* a favor del patrono. Finalmente, en la sucesión forzosa, para el caso que la liberta no tuviera hijos vivos o éstos hubieran sido convenientemente desheredados o

---

<sup>1027</sup> Gai. 3, 47.

<sup>1028</sup> SAMPER (1971) 208.

<sup>1029</sup> SAMPER (1971) 165.

<sup>1030</sup> SAMPER (1971) 170.



hubiesen repudiado la herencia, el patrono recibiría una cuota viril calculada sobre el número de hijos que tuviera, independientemente de la posición que hubieran adoptado ante la sucesión<sup>1031</sup>.

Un indicio del debilitamiento de la tutela legítima sobre las mujeres tras la promulgación del senadoconsulto Orficiano se manifiesta en que el patrono podía preferir a autorizar el testamento antes que ir a la apertura de la sucesión intestada, como maniobra para tratar de perjudicar a los hijos de la liberta<sup>1032</sup>. En efecto, el senadoconsulto Orficiano mejoraba notablemente las expectativas de los hijos de las libertas en lo relativo a la sucesión forzosa, y se asemejaría a la legislación augustea al imponer a las libertas que no gozaran del *ius liberorum* el límite de la cuota viril a favor del patrono<sup>1033</sup>. No debe pasar inadvertida la relación entre el senadoconsulto Orficiano y la *querella inofficiosi testamenti*, pues, ahora que los hijos son reconocidos como herederos *abintestato*, son los primeros interesados en plantear la reclamación contra un testamento inoficioso. También el patrono quedaba activamente legitimado para ejercer la *querella inofficiosi testamenti* si la liberta sin *ius liberorum* había testado sin recabar su autorización, y la apertura de la sucesión intestada le haría concurrir en una cuota viril en concurso con los hijos de la liberta.

## 2. 1. 2. Las expectativas sucesorias de la patrona en los bienes de la liberta fallecida sin testamento.

El segundo escenario de interés para el estudio de la herencia de las libertas es aquel en el que una mujer ejerciera el derecho de patronato. La primera característica que diferenciaba la posición del patrono con la patrona era que el *ius civile* no tomaba en consideración a los descendientes de ésta<sup>1034</sup>, aunque la Ley de las XII Tablas llamaba a la patrona sin distinción con el patrono como agnada próxima, excluyendo a los hijos de la liberta en cuanto meros cognados<sup>1035</sup>. El edicto pretorio, igualmente, incluía a la patrona en el orden *unde legitimi*.

---

<sup>1031</sup> En apariencia el patrono quedaba mermado en sus expectativas frente a lo dispuesto para la herencia del liberto, donde recibiría en todo caso la mitad, pero en muchas ocasiones podría salir beneficiado al obtener el *as hereditario*.

<sup>1032</sup> SAMPER (1971) 175.

<sup>1033</sup> Careciendo la liberta del beneficio del *ius liberorum*, la descendencia agnada del patrono que sí gozaba del *ius liberorum* debía recibir la mitad de la herencia, al igual que sucediera antes de que promulgara el senadoconsulto Orficiano.

<sup>1034</sup> Se extienden los beneficios de la *lex Papia* a los hijos de la patrona con al menos un hijo.

<sup>1035</sup> Gai. 3, 51.

La *lex Papia*<sup>1036</sup> no concedería derechos nuevos a la patrona en la herencia de la liberta, si bien, como se ha mencionado anteriormente, por interés demográfico la norma optó por beneficiar a la patrona en la herencia de los varones libertos, al igual que hiciera con las descendientes del patrono con *ius liberorum*. Por tanto, nada cambió en la sucesión intestada de la liberta y hubo de esperarse para la revisión de su sucesión al senadoconsulto Orficiano. Tan sólo si la patrona tuviera el *ius liberorum* y la liberta careciera del mismo, parece que obtendría la primera una cuota viril<sup>1037</sup>, aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina que se adoptara esa situación, coincidente con la solución para el caso del patrono que concurriera con hijos de una liberta sin *ius liberorum*. SAMPER baraja tres posibles opciones:

La primera de ellas, la aplicación radical de la exclusión del patrono o patrona por los hijos que debe rechazarse por lo expuesto en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) pues llevaría hasta el último extremo el beneficio a los hijos cognados. En efecto, una aplicación absoluta de esa prevalencia habría creado la intolerable situación de desigualdad entre los *liberi* del liberto y los hijos cognados de la liberta a favor de estos últimos, posiblemente un efecto no buscado por el legislador.

La segunda opción es considerar aplicable a la herencia de la liberta en la disposición contenida en Código Teodosiano 5, 1, 3 del año 383 d. C. Esta constitución trataba el caso de la hija emancipada fallecida que no gozaba del *ius liberorum* pero dejaba al morir hijos y al *parens manummissor*, sacrificando sin paliativos la posición del segundo a favor de los hijos de la fallecida. Para ello, habría de admitirse un tratamiento idéntico para la ingenua emancipada y la liberta, así como que hasta entonces se había venido produciendo entre el patrono y los hijos de la fallecida emancipada un concurso.

La tercera posibilidad, que compartimos<sup>1038</sup> considera que los hijos de la liberta con *ius liberorum* excluían a la patrona, pues recordemos que si el liberto había muerto con *ius liberorum* en el caso que la patrona fuera mujer, se impedía a ésta adquirir la misma posición que un patrono, negándosele la posibilidad de pedir cuota viril contra los instituidos. Ahora

---

<sup>1036</sup> SAMPER (1971) 176.

<sup>1037</sup> Gai. 3, 49. En cuanto a la sucesión forzosa, la ley augustea sí será especialmente relevante para la patrona, pues si estaba excluida por el Edicto de la *bonorum possessio contra tabulas* la *lex Papia* le había reconocido el derecho a pedir la mitad de la herencia si tenía dos o tres hijos asimilando su situación a la que el Edicto reconocía al patrono en la sucesión del liberto. No obstante, el senadoconsulto Orficiano matizará esta posibilidad: si la patrona tiene menos de dos o tres hijos, se le aplica el derecho antiguo y queda excluida de la sucesión forzosa, aunque se respeta la obtención de la mitad de la herencia por esta vía si la liberta carece de hijos o, teniéndolos en número inferior al exigido para el *ius liberorum*, dejara de instituirlos en el testamento que redactaba libremente pues la patrona no era su tutora. En ese escenario, si la patrona alcanzara el *ius liberorum*, podía solicitar una cuota viril si le resultaba más ventajoso que la mitad de la herencia. Por otra parte, las hijas del patrono con *ius liberorum* alcanzarían la mitad de la herencia en el caso de testamento de la liberta sin dicho beneficio.

<sup>1038</sup> SAMPER (1972) 7-18.

bien, la patrona que gozara del beneficio tras el senadoconsulto Orficiano conservaría algunos derechos en el caso que la liberta careciera del mismo, a diferencia de lo que ocurriera con las agnadas del patrono a las que se antepuso siempre a los hijos de la liberta<sup>1039</sup>. Precisamente la prioridad de los hijos sobre la patrona puede deducirse de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>1040</sup>, una norma considerada decisiva al consolidar las expectativas de los hijos y el triunfo del parentesco de sangre.

## 2. 1. 3. La posible equiparación de la herencia de la liberta con el tratamiento de la herencia intestada de la *filia* emancipada.

LAVAGGI<sup>1041</sup> plantea la posibilidad de equiparar la situación de la liberta a la de la hija emancipada<sup>1042</sup>. Si el manumisor hubiera sido el padre de la mujer fallecida, éste conseguía la totalidad de la herencia puesto que la mujer emancipada carecía de agnados. Por el contrario, si el manumisor era un extraño, el pretor consideraba *decem personis*, entre ellos *pater, avus, filius, filia, nepos, neptis* de la fallecida<sup>1043</sup> para otorgarle la *bonorum possessio* al manumisor como último recurso. En su opinión, el senadoconsulto Orficiano había adoptado una solución pretoria que se venía aceptando en casos de manumisiones *contracta fiducia* aunque innovaba al considerar al hijo de la mujer fallecida como heredero civil. No obstante, cree que se resolvería la situación de concurrencia entre los hijos y el *parens manumissor* de la fallecida con el concurso de todos ellos, salvo que la mujer gozara del *ius liberorum*, momento en que los hijos podrían ser antepuestos.

Lo que se trata de solventar es si, viviendo el padre manumisor, es el primero de las diez personas de las que hablamos antes, teniendo en cuenta además, su posición como tutor de la emancipada de forma que puede impedirle testar. La tutela de los agnados fue abolida, pero persistió la tutela del manumisor o del patrono más tiempo y, por tanto, la posición jurídica de este padre era fortísima.

---

<sup>1039</sup> SAMPER (1971) 178 ss. entiende que se mejora al patrono al suceder a la liberta sin *ius liberorum* como se compensaba al patrono que perdió la tutela legítima sobre la liberta con la cuota viril. Al ser mejoradas las hijas o nietas del patrono con *ius liberorum* se les aplica la situación media, que no óptima, del patrono que sucediera al liberto sin *ius liberorum*, pero no la del patrono en la sucesión intestada del liberto según el edicto. Asimismo, reconoce al hijo de la patrona que tenga un hijo o hija al menos.

<sup>1040</sup> Este texto ha sido analizado por diversos autores, considerando que la frase *eorumve... hereditas defertur* no es clásica y que tenían como fin introducir como llamados a los beneficiados por la disposición del Código Teodosiano 5, 1, 4 (año 389 d. C.). LAVAGGI (1946) a 180 ss. cree que en el siglo II d. C. la única sucesión posible en los bienes de la liberta era la regulada por la *lex Papia*, aunque el senadoconsulto Orficiano vino a trabajar sobre la herencia intestada regulada en el texto decemviral, y no pensaba en la *bonorum possessio*.

<sup>1041</sup> LAVAGGI (1946) a 175 ss.

<sup>1042</sup> Como MOSCATELLI (1888) 225 ss.

<sup>1043</sup> Instituciones, 3, 9, 3.

Por esta razón, LAVAGGI considera que el senadoconsulto Orficiano tratara de paliar de alguna manera ese privilegio, para lo cual se habrían ofrecido soluciones diversas a los dos tipos de mancipaciones: la directamente realizada por el padre y la mediata realizada por un extraño aunque de la confianza del primero, la *manummissio ex remancipatione*, quedando la mujer bajo la tutela de una persona que podría autorizar el testamento a favor de sus hijos. La preferencia de los hijos de la mujer emancipada se habría establecido *eam fiduciam nomen non obstrinxit*, aunque, siguiendo los pasos de la *lex Papia* y atendiendo a la posible obtención del *ius liberorum* por la fallecida, Gai. 3, 47.

En las fuentes el tratamiento recibido por el patrono y el *parens manummissor* es muy semejante y resulta difícil precisar qué cuota de la herencia correspondería al manumisor de una mujer ingenua cuando al patrono de la liberta sí conocemos que le correspondía en la herencia intestada una cuota viril, establecida como compensación por haber salido la mujer de la tutela, Gai. 3, 42. LAVAGGI no puede negar la diferencia de tratamiento entre la emancipada ingenua y la liberta, al tratarse de dos situaciones jurídicas diferentes, pero asume que el *parens manummissor* fuera postergado como los demás agnados en presencia de hijos de la mujer emancipada, siempre que esta tuviera el *ius liberorum*.

En relación al patrono de la liberta, interpreta D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) como indicador de un concurso entre el patrono y los hijos de la liberta con *ius liberorum*, pues entiende que era la forma más coherente de coordinar las disposiciones de la *lex Papia* con el *ius novum* del senadoconsulto Orficiano, sin llevar a cabo una ruptura radical. Además, si no se admitiera esa solución, las libertas habrían preferido morir intestadas para evitar dejar la *portio viril* al patrono, burlando así el espíritu de las leyes augusteas. Para el caso que la liberta no hubiera conseguido el *ius liberorum*, lo más probable es que el patrono recibiera la mitad de la herencia, repartiéndose la otra mitad entre los hijos de la liberta (uno, dos o tres). Por nuestra parte, creemos que en la herencia de las libertas al promulgarse el senadoconsulto por Marco Aurelio<sup>1044</sup> se conservaron sustancialmente los principios que regían en la sucesión intestada de estas mujeres desde la *lex Papia*, y que definitivamente se igualarían a las ingenuas con las nuevas reglas de la herencia dictadas por Justiniano<sup>1045</sup>.

Tanto la letra del senadoconsulto Tertuliano como la del senadoconsulto Orficiano pensaron primordialmente en la mujer romana ciudadana nacida libre, de forma que la admisión de la mujer latina<sup>1046</sup> y de la liberta debió ser producto de su aplicación práctica: lo

---

<sup>1044</sup> KASER (1975) 35 ss.

<sup>1045</sup> Instituciones, 3, 7, 3.

<sup>1046</sup> Sobre el significado de latinidad en época clásica, KASER (1971) 243 ss.

contrario habría supuesto que ambos senadoconsultos alteraran un principio que mantenía separada la herencia de ingenuos y libertos atendiendo tan sólo al requisito de la cognación entre madres e hijos, una decisión sumamente atrevida al tiempo de la promulgación de la norma. Sin embargo, aun nos queda la duda de si fue Ulpiano quien introdujo esta igualación al escribir sobre estas disposiciones del Senado, como parece deducirse de D. 38, 17, 1, pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

Para la mujer emancipada *ingenua*, el senadoconsulto Orficiano habría reconocido a sus hijos a un nivel superior a los herederos intestados regulados por el *ius civile antiquum*, pero la posición de los hijos de la liberta cuando la sobreviviera el patrono siguió requiriendo de la intervención de la jurisprudencia o del pretor para implantar una solución justa, ante el riesgo de ser excluidos los primeros por el segundo. Por tanto, es previsible que, sólo cuando la liberta gozara del *ius liberorum*, Ulpiano se inclinara por tratarla de forma similar a la ingenua, otorgando primacía a los hijos de ambas en la herencia intestada, siguiendo la senda inaugurada por la *lex Papia*. Sin duda se trataba de una sustantiva mejora para estas mujeres quienes, incluso disponiendo del *ius liberorum*<sup>1047</sup>, se veían sometidas a esa postiza relación de agnación con el patrono y su familia, que excluía a sus hijos, meros cognados de la herencia intestada. Acerca de la tan discutida clasicidad de la frase ulpiana en D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) *sive liberta, sive ingenua*, parece ponerse de relieve el hecho que Ulpiano y los compiladores del Digesto piensan en todo momento en la herencia intestada de la ingenua, pues sólo se discute acerca de la liberta en un caso: el más que controvertido D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

### 3. *Status civitatis*.

La regulación del senadoconsulto Orficiano se dirigía primordialmente a las mujeres romanas libres, pero la doctrina se ha venido cuestionando si se tuvo en cuenta a las latinas, al menos en la aplicación práctica de sus disposiciones,

A finales del siglo II d. C., las distinciones entre romanas y latinas habría jugado sólo hasta cierto punto un papel relevante en la aplicación de las disposiciones del senadoconsulto Orficiano, y dos textos de Paulo nos ilustran acerca de esta cuestión:

---

<sup>1047</sup> Gai 3, 39, desde los tiempos de la Ley de las XII Tablas.

Paulo, *Sententiae* 4, 10, 3:

*Ad legitimam intestatae matris hereditatem filii cives Romani, non etiam Latini admittuntur. Cives autem Romanos eo tempore esse oportet, quo eis defertur et ab his legitima hereditas aditur. Perinde autem matris certiores filii fiunt, non nuntio accepto, sed pro liquido comperto, quod intestata decesserit.*

Paulo *Sententiae* 4, 9, 8:

*Latina ingenua ius Quiritum consecuta si ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa*<sup>1048</sup>.

La conclusión a la que llegamos tras la lectura de ambos textos es que la mujer ingenua latina sólo podría ser heredada por sus hijos si éstos eran ciudadanos romanos, mientras que para ser ella misma heredera de sus hijos, debía estar en posesión del *ius trium liberorum*, si *ter peperit*, que favorecía la aplicación del *ius Quiritum* y, asimismo, de los beneficios del senadoconsulto Tertuliano<sup>1049</sup>. Por el contrario, deducimos que para conseguir los mismos efectos en el caso de la liberta latina, ésta debía haber adquirido el *ius quattuor liberorum*.

## **II. Las condiciones requeridas por el senadoconsulto Orficiano a los hijos para ser herederos legítimos de la madre fallecida intestada.**

### 1. El reconocimiento de los hijos legítimos y *vulgo quaesiti* como herederos.

En el epígrafe anterior hemos analizado las características exigidas a la mujer fallecida para que sus hijos pudieran sucederla *ex Orphitiano* y, puesto que venimos siguiendo el esquema ulpiano, corresponde a continuación identificar los requisitos exigidos a los hijos para optar a la herencia materna.

Los textos señalan como herederos preferentes a los *filii*, ya fueran personas *sui iuris* o *in potestate*, sin hacer mención explícita al sexo. Así pues, la primera cuestión a dilucidar es si el senadoconsulto Orficiano había considerado a las hijas como llamadas a ser herederas de su madre en igualdad con los varones, dado que el testimonio más antiguo del que disponemos es una constitución del año 225 d. C:

---

<sup>1048</sup> KÜBLER (1909) 162 ss. duda de la integridad, aunque es indiscutible que se habla en este contexto de la latina.

<sup>1049</sup> Sobre la ciudadanía romana, KASER (1971) 26 ss. *Tituli ex corpore Ulpiani* 3, 1 acerca del *ius Quiritum*.

C. 6, 57, 1 *Imp. Alexander A. Euangelo. Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet. PP. xv k. Febr. Fusco II et Dextro cons.* [a. 225].

Ciertamente, esta norma resulta de gran utilidad para la clasificación de los herederos *ex Orphitiano* cuando concurren con los hijos de la fallecida otros candidatos, y sobre él volveremos al tratar la cuestión de las concurrencias de parientes. Si bien es seguro que el derecho de las hijas a la herencia materna se habría consolidado expresamente en el año 225 d. C., nada nos impide considerar que fueran llamadas en una fecha más cercana a la promulgación del senadoconsulto Orficiano. En este sentido, MEINHART<sup>1050</sup> recuerda que Gayo utilizaba para denominar a los herederos incluyendo a ambos sexos<sup>1051</sup> el término *liber*, y cree que la cuestión del sexo de los hijos no era relevante ni conflictiva.

Superado ese primer punto, debemos poner el acento, de nuevo, sobre la cuestión de la legitimidad de la descendencia de la fallecida, puesto que la referencia de Ulpiano a la *mater intestata* como casada *sine manu* parece dirigir hacia una exigencia indicado por el propio senadoconsulto Orficiano que podría negar el llamamiento a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

En efecto nos encontramos con:

D. 38, 17, 1, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Sed et vulgo quaesiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem.*

Se trata de un texto previsiblemente retocado, y podemos deducir, puesto que comienza con la adversativa *sed et*, que si bien Ulpiano trata de los hijos ilegítimos, en el párrafo previo lo estaría haciendo acerca de la situación contraria, es decir, de los nacidos de matrimonio justo y, además, libre. Los compiladores habrían eliminado toda la frase anterior y, con ello, el requisito de que la mujer estuviera casada en régimen de matrimonio *sine manu*.

Realmente, nos parece harto difícil que en el libro 12 *ad Sabinum* Ulpiano no mencionara siquiera las características del matrimonio de los padres para los hijos legítimos antes de hablar de los hijos *vulgo quaesiti*. Por supuesto, no debemos perder de vista que, en el

---

<sup>1050</sup> MEINHART (1967) 139 ss.

<sup>1051</sup> D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*); *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7; D. 38, 17, 4 (Modestino, 9 *regularum*) y el libro 12 de los comentarios de Ulpiano *ad Sabinum*, nos hacen pensar que el propio senadoconsulto Orficiano así lo dispusiera.

caso de hijos legítimos fruto de un matrimonio *cum manu*, algo poco probable en ese momento histórico, serían llamados a suceder en cuanto agnados por el *ius vetus*, pues el senadoconsulto Orficiano no se había dictado pensando en ellos. Antes al contrario, la norma se dirigía a los hijos que mantenían con la madre mero parentesco de cognación, ya por haber nacido *vulgo quaesiti*, ya por haber nacido de matrimonio libre.

La irrelevancia de la procedencia de los hijos de diversos matrimonios, es recogida por Modestino:

D. 38, 17, 4 (Modestino, 9 *regularum*):

*Matris intestatae defunctae hereditatem ad omnes eius liberos pertinere, etiamsi ex diversis matrimoniis nati fuerint, iuris est.*

C. 6, 57, 5 *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Si qua illustris mulier filium ex iustis nuptiis procreaverit et alterum spurium habuerit, cui pater incertus sit, quemadmodum res maternae ad eos perveniant, sive tantummodo ad liberos iustos sive et ad spurios, dubitabatur. 1 Sancimus itaque, ut neque ex testamento neque ab intestato neque a liberalitate inter vivos habita iustis liberis existentibus aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat, cum in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, et nominari spurios satis iniuriosum, satis acerbum et nostris temporibus indignum esse iudicamus et hanc legem ipsi pudicitiae, quam semper colendam censemus, merito dedicamus. Sin autem concubina liberae condicionis constituta filium vel filiam ex licita consuetudine ad hominem liberum habita procreaverit, eos etiam cum legitimis liberis ad materna venire bona, quae ea iure legitimo et in suo patrimonio possidet, nulla invidia est. D. xv k. Oct. Chalceitone Decto vc. cons.* [a. 529].

Esta constitución imperial nos demuestra que no siempre se mantuvo la indiscriminada llamada a todos los hijos de una mujer. Si bien se admitía normalmente la sucesión de la madre por hijos legítimos e ilegítimos, cuestiones de moralidad pública llevaron a la exclusión de la mujer que se hubiese casado con alguien de rango elevado de la administración pública<sup>1052</sup>: si Justiniano vio necesario reconocer el caso de la *mulier illustris*<sup>1053</sup> que dejara en vida o tras su muerte bienes a sus hijos ilegítimos, aun existiendo hijos legítimos, podemos deducir que,

<sup>1052</sup> Al tiempo de Justiniano, seguramente esta cuestión no era pacífica, debiendo decidir a favor del tratamiento igualitario de los hijos, legítimos o no.

<sup>1053</sup> Sobre la *mulier illustris*, MEINHART (1967) 140; NASTI (2007) 3739-3763.



anteriormente, no eran tratados con equidad por los textos legales. También es cierto que las *mulieres illustres* representaban un pequeño círculo de la sociedad, por lo que la exclusión hereditaria de los hijos ilegítimos sería un caso excepcional, como expone C. 6, 57, 5 *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.* [a. 529] al referirse a la mujer que antes de casarse hubiera vivido en concubinato, a la que también debían suceder todos sus hijos<sup>1054</sup>.

En conclusión, todo lo anterior nos lleva a pensar que muy posiblemente los compiladores consideraron la mención al carácter legítimo de los hijos como superflua y optaron por borrarla. Aún nos quedaría la duda de si la referencia a los *vulgo quaesiti* como llamados a la herencia de la madre estuvo en el texto del senadoconsulto Orficiano, o si fue muy pronto admitida en la práctica por la jurisprudencia, inclinándonos por esta segunda opción por motivos de oportunidad política.

## 2. El parentesco cognaticio entre madres e hijos.

### 2.1. El llamamiento a la herencia de la madre de los hijos *in potestate*.

El siguiente requisito para reconocer derechos sucesorios a los hijos en la herencia materna era el parentesco de cognación entre madre e hijos, siendo irrelevante que éstos fueran personas *sui iuris* o *alieni iuris*<sup>1055</sup>.

D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

*Sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat.*

Ciertamente, de estas palabras del comentario de Gayo puede deducirse que se permitía a los hijos *alieni iuris* heredar a sus madres. Ha de tenerse en consideración, igualmente, que los aspirantes a suceder podían estar en potestad de su *paterfamilias* o de un extraño<sup>1056</sup>, por adopción o *noxa deditio*, o incluso que siendo *sui iuris* se hubiera dado en arrogación. La admisión a la herencia de la madre de los *alieni iuris* responde al siguiente criterio: si bien la salida de la familia de un *suus heres* suponía la pérdida del parentesco agnaticio, no se alteraba

---

<sup>1054</sup> ROSET (2002) 101 ss.

<sup>1055</sup> Instituciones 3, 4 pr. MEINHART (1967) 139. El hecho de llamar también a la *filia*, puede hacer suponer que las Instituciones hubieran utilizado una fuente clásica, copiando el redactor de forma rutinaria el término.

<sup>1056</sup> Gai. 1, 49 y 51 sobre el caso del emancipado, o *sui iuris* por la muerte de su padre, que se da en *arrogatio*, KASER (1971) 78.

la relación cognaticia con sus parientes, y, puesto que madre e hijos son cognados en el caso del matrimonio libre de la primera, era irrelevante el *status familiae* del hijo. El senadoconsulto Orficiano, por tanto, no vería obstáculo alguno para que los hijos *in potestate* heredaran *abintestato* a su madre, incluso tras haber sufrido varios cambios de familia y sucesivas *capitis deminutiones*, que no ejercían influencia alguna en el parentesco con sus madres:

D. 38, 17, 1, 8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem: nam vetus sola hereditas, quae lege duodecim tabularum defertur, capitis minutione peremittitur, novae vel ex lege vel ex senatus consultis delatae non peremuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittitur, nisi magna capitis deminutio interveniat, quae vel civitatem adimit, ut puta si deportetur*<sup>1057</sup>.

Asimismo, el texto gayano<sup>1058</sup> sobre el senadoconsulto Orficiano es compatible con un fragmento de la monografía de Paulo relativo a esta disposición<sup>1059</sup>:

D. 38, 17, 6 pr. (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

*Fillii mater ex hoc senatus consulto, etiamsi in aliena potestate sit, ad hereditatem admittitur*<sup>1060</sup>.

Puesto que ambos juristas se refieren a esta cuestión, aumentan exponencialmente las posibilidades que el mismo senadoconsulto Orficiano así lo hubiese recogido expresamente, aislando la sucesión en los bienes de la madre del *status familiae* del llamado. Desde luego, dogmáticamente se puede fácilmente justificar esta situación si se relaciona con la exigencia del matrimonio *sine manu* de la mujer, pues, obviamente, de haber contraído matrimonio *cum manu* la *capitis deminutio minima* sí habría afectado al parentesco entre madre e hijos<sup>1061</sup>.

---

<sup>1057</sup> MEINHART (1967) 144 opina que D. 38, 17, 1, 8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) sufre la incorporación de la frase *salvo statu contingens*. Esto también se confirma claramente en D. 38, 16, 11 (Pomponio, 10 *ad Quintum Mucium*).

<sup>1058</sup> Gayo utiliza la expresión *oratione cavetur*, en futuro, mientras que Paulo trata de un caso concreto por lo que se utiliza el presente de subjuntivo.

<sup>1059</sup> MEINHART (1967) 145 refiere que para MOMMSEN las palabras iniciales no serían *filii mater* sino *filiius matris*.

<sup>1060</sup> MEINHART (1967) 145 presume que el pasaje citado por Gayo del senadoconsulto Orficiano hubiera usado el término *liberi*.

<sup>1061</sup> D. 38, 16, 11 (Pomponio, 10 *ad Quintum Mucium*) o D. 38, 16, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) no se refieren a la relación de cognación, y en ambos una *capitis deminutio minima* es decisiva para perder los derechos hereditarios.

Hasta aquí, el legislador no ha introducido novedad alguna ni ha alterado principios antiguos de la *hereditas*<sup>1062</sup>; ahora bien, puede verse removido otro pilar de la sucesión *mortis causa* del *ius civile* como es la necesidad del *iussum* del *paterfamilias* si los llamados a la sucesión se encuentren bajo su potestad, pues la falta de ese consentimiento paterno hacía inútil la *aditio*:

D. 29, 2, 92 (Paulo, 17 *responsorum*):

*Filius familias duxit uxorem: ea filiis sublatis intestata decessit: filii iussu patris, non avi adierunt hereditatem: quaero an avo adquisita sit hereditas. Paulus respondit secundum ea quae proponuntur nihil actum esse.*

BESELER<sup>1063</sup>, preocupado por el encaje del *iussum* paterno en el sistema del senadoconsulto Orficiano, se pronuncia considerando D. 38, 17, 9 (Gayo, libro *singulari ad senatus consultum Orphitianum*) un pasaje objeto de importantes alteraciones que le llevan a refutar su carácter original. Por ello, llega a decir que la frase *tametsi in alieni potestate erunt, pertinentat* es una interpolación por excelencia, " *irracional para el derecho clásico*" y dirige la misma acusación contra el siguiente texto:

D. 29, 2, 6 pr.-3 (Ulpiano, 6 *ad Sabinum*):

*Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur. 1 Sed in bonorum possessione placuit ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem adgnovit is qui potestati subiectus est. 2 Sed et si legitima hereditatis filio delata sit ex senatus consulto Orfitiano matris, idem erit probandum. 3 Sed et si non adierit filius, diu tamen possedit pater hereditatem, credendus est admisisse hereditatem, ut divus Pius et imperator noster rescripserunt*<sup>1064</sup>.

Asimismo, para sustentar sus críticas, acude este autor a esta constitución:

C. 6, 57, 2. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Metrodora. Non pro numero superstitem mortis matris tempore, sed succedentium materna scinditur hereditas.*

---

<sup>1062</sup> No sabemos si el senadoconsulto Tertuliano incluía una disposición de este tipo, pues sólo contamos con una huella en Instituciones 3, 3, 2. Lo que es seguro es que tal regla era propia del senadoconsulto Orficiano, debido a que, en la mayoría de los casos, los hijos estaban sometido a potestad al morir su madre.

<sup>1063</sup> BESELER (1948) 375 ss.

<sup>1064</sup> Antonino Pío fallece en 160 d. C., por lo que no puede regular sobre algo tratado por el senadoconsulto Orficiano en el año 178 d. C.

1. *Quapropter si mater vestra te et uno fratre emancipatis, duobus autem aliis in patria positus potestate superstitibus diem functa est et hi, qui in potestate patris fuerant, priusquam maternam hereditatem sibi quaererent, rebus humanis exempti sunt, inter duos tantum viriles non ambiguitur factas portiones. S. VII k. April. Sirmi AA. conss. [a. 225].*

La constitución planteaba el caso de la madre fallecida que dejaba dos hijos ya emancipados y dos hijos bajo la *potestas* del padre. Muriendo los dos *alieni iuris* poco después de la madre sin que el padre les prestara el *iussum*, no habrían podido recibir la herencia materna. Este rescripto de Diocleciano resulta instructivo pues en la *inscriptio* se indica que la solicitud proviene de un personaje femenino, *Metrodora*, hija emancipada de la fallecida que reclamaba su herencia al igual que su hermano también emancipado. Si, como hemos anticipado, ambos acabarían recibiendo la misma proporción de la herencia, no nos cabe duda de la equiparación en esta época de la posición de hijos e hijas de una mujer fallecida al aplicarse los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Pero, asimismo, queda suficientemente acreditada la posición superior de los hijos de la fallecida aun viviendo el *parens manumissor*, pues su papel se reduciría a prestar el *iussum* caso de estar vivos los otros hijos que aún dependían de él. Este supuesto, desde luego, exige conocer para la distribución de la herencia materna quiénes eran los llamados que realmente existieron al momento de la muerte de la mujer. El emperador no entra a hablar del *iussum*, pero de alguna forma se percibe la necesidad del mismo para la adquisición por hijos *in potestate* de la porción hereditaria pues, o bien la herencia se distribuía entre los dos hermanos sobrevivientes o había que darles dos tercios y compartir el tercero con el padre que ejercía la *potestas* sobre los hijos fallecidos. La decisión real hizo que se asignara la totalidad a los vivos, lo que sigue la línea de Paulo en D. 29, 2, 92 (Paulo, 17 *responsorum*)<sup>1065</sup>. El jurista expresaba su opinión sobre la obtención real de la herencia mediante *iussum* válido pues, de lo contrario, los hijos no adquirirían: *Paulus respondit secundum est quae nihil proponuntur actum esse*.

Desde un punto de vista clásico, BESELER cree irracional admitir a un hijo sometido a potestad a la herencia de la madre. VOLTERRA, por su parte, admite sin problemas la llamada a los hijos *in potestate*<sup>1066</sup>.

Llegados a este punto, es conveniente abordar la aplicación del senadoconsulto Orficiano a una realidad familiar bastante habitual en aquella época: el ejercicio de la *patria*

---

<sup>1065</sup> MEINHART (1967) 144 ss. refiere la opinión de BESELER (1948) 248 ss. para quien estaría interpolada la frase *...et hi...sunt* al igual que antes objetara la frase *... tametsi...* de D. 38, 17, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) sin que una tan grave manipulación se justificara.

<sup>1066</sup> VOLTERRA (1966) 533 ss.

*potestas* sobre los hijos de la fallecida por el abuelo, recogida más tarde en C. 6, 55, 9 *Impp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Constantino pp. Galliarum*. [a. 389], un texto en el que el acceso a la herencia de la madre pasaba por haber fallecido el abuelo, que ejercía la potestad y debía prestar el *iussum*, después del fallecimiento de su propia hija<sup>1067</sup>.

A nuestro parecer, aun debiendo de algún modo el padre prestar un previo y válido *iussum*, D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*), una de las valiosas aportaciones del senadoconsulto Orficiano habría sido no discriminar el acceso a la herencia de los hijos aun sometidos a *potestas*, reforzando el parentesco cognaticio en la estela del senadoconsulto Tertuliano.

## 2. 2. El supuesto de los hijos nacidos en cautiverio.

Hemos mencionado al comienzo de este epígrafe la mención ulpiana a los hijos *vulgo quaesiti*, y las dudas de algunos autores sobre su admisión, al menos expresamente, por el senadoconsulto Orficiano. Asimismo comentamos que, entre los casos de *vulgo quaesiti* admitidos como herederos legítimos de su madre, destacaban por su frecuencia aquellos nacidos durante el cautiverio de su madre, por cierto una cuestión a la que nos hemos referido ampliamente al analizar, en sede de senadoconsulto Tertuliano, D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). Como vimos, la madre era llamada *ex Tertulliano* tanto si el hijo había sido concebido en esclavitud y nacido habiendo sido su madre manumitida, como si hubiese sido concebido cumpliendo la mujer pena de esclavitud de la que fue luego restituida. Igualmente, se consideraba el supuesto del hijo concebido por mujer libre, que luego fue esclava, y acabó dando a luz ya restituida. Y, lo que es más, se llegaría a permitir heredar a su hijo a la madre que concibió siendo libre, dio a luz siendo esclava y luego fue manumitida.

Pero, sin duda, la dos situaciones más excepcionales son las últimas tratadas por el texto: aquella en la que el hijo naciera en esclavitud por mora en el fideicomiso de manumisión o el nacimiento del hijo de una cautiva en manos de los enemigos cuando ambos regresaran, dado que el parentesco de cognación entre madre e hijo requería la libertad de la madre, tal y como dice:

D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

---

<sup>1067</sup> Si el padre estaba relacionado con la persona fallecida por agnación, podría darse el caso de, al morir el hijo, un hermano agnado dado en adopción entrara en juego como *proximus agnatus*.

*Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus, a captiva procreatus, cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti, quasi vulgo quaesitus.*

Por una parte, se concede la herencia legítima en los bienes maternos al nacido en esclavitud si había mora en el cumplimiento del fideicomiso por el que se concedía la libertad a la esclava embarazada. Por otra parte, se admite como heredero de su madre al concebido y nacido en cautiverio, si regresara con ella, por un rescripto dirigido a *Ovinio Tertullo*, que le concede el tratamiento como hijo legítimo. Así pues, el texto contiene dos casos diferentes<sup>1068</sup> que coinciden en referirse a la restitución por rescripto imperial de la ingenuidad al hijo nacido antes de la liberación de su madre<sup>1069</sup>. Sin duda, la cuestión crítica y más difícil de asimilar es la consideración de los dos como personas libres. Aun superando este obstáculo, la reintegración de la condición de *ingenui* no conllevaría automáticamente la restauración de la relación agnaticia o cognaticia que tuvieran con carácter previo al cautiverio y precisamente esa ausencia de parentesco plantearía el problema ante una reclamación de la herencia de la madre en base al senadoconsulto Orficiano. Paralelamente, el fallecimiento del hijo dificultaría la reclamación de la herencia *ex Tertulliano*.

Ulpiano parece admitir que los rescriptos imperiales otorgaran a los hijos el derecho a heredar<sup>1070</sup> a sus madres, aun sin cumplirse el requisito esencial del parentesco cognaticio. Si el supuesto más habitual al tiempo de promulgarse los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano sería que el hijo naciera ingenuo y que la madre estuviera en libertad, los juristas debieron plantearse algunos casos excepcionales en los que la ingenuidad se adjudicara con carácter retroactivo y la principal muestra de esa preocupación es el caso de la *cautiva et redempta* y su hijo, problemática a la que se refiere de nuevo en:

D. 38, 17, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

---

<sup>1068</sup> *Certe si post manumissione*: el hijo mantiene con la madre la cognación y es ingenuo.

<sup>1069</sup> El rescripto se menciona en D. 38, 16, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>1070</sup> C. 6, 57, 6 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* [a. 530].

*Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutum deducatur, legitima hereditas non defertur nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio principis sit restitutus.*

En efecto, la falta de cognación entre madre e hijo se debe esta vez a la pérdida por un ciudadano romano de la libertad<sup>1071</sup> antes de adir la herencia de su madre, lo que impediría su llamada a la sucesión intestada, preguntándose el jurista qué ocurriría si la libertad se recuperase, *sit restitutus*. La pérdida temporal de la libertad destruía la relación de cognación y suponía la imposibilidad de suceder si la herencia no se había aceptado, de manera que ni la posterior liberación restauraría el parentesco. Pero, al igual que hiciera en D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), parece que Ulpiano considera una injusticia esa solución, buscando un mecanismo para que los declarados esclavos por causa de condena penal, una vez obtenida la *restitutio principis*, pudieran suceder a sus madres.

Ciertamente, como ocurre con D. 38, 17, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*<sup>1072</sup>) el texto ofrece motivos para dudar de su autenticidad, pues conocemos que Ulpiano opinaba que la pérdida de libertad conllevaba la ruptura de la cognación. En opinión de DESSERTAUX<sup>1073</sup>, la solución del segundo de los textos no es clásica, pues tras un estudio extenso de esta materia al tiempo de Ulpiano la *restitutio principis* no suponía la recuperación del *iura cognationis*, y, ni siquiera se usaba el término *servus poenae*. Es bien cierto que las fuentes de las que disponemos son muy modestas, y nos resulta interesante el siguiente texto:

D. 48, 23, 4 (Paulo, 17 *quaestionum*):

*In metallum damnata mulier eum quem prius conceperat edidit, deinde a principe restituta est. humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta videri.*

Paulo muestra claramente que, en la etapa clásica, la *restitutio principis* no traía implícita la recuperación del *iura cognationis*, atendiendo en ese momento los juristas a casos concretos y decidiendo a veces por *humanitas* que se restableciera. Puede, por tanto, aceptarse que los compiladores tomaran por regla aquello que no era sino excepción<sup>1074</sup>, y puesto que la

---

<sup>1071</sup> El hijo era ciudadano, cae en esclavitud, lo que le supone también perder la ciudadanía, pero es liberado y recupera ambas condiciones.

<sup>1072</sup> MEINHART (1967) 153 se refiere a la opinión de la doctrina acerca de la frase de cierre: *nisi forte servus poenae effectus beneficio Principis sit restitutus*.

<sup>1073</sup> DESSERTAUX (1909) 81 ss. aprueba la idea que no sea ulpiana pero sí anterior a Justiniano, en torno al año 506 d. C.

<sup>1074</sup> KRÜGER (1898) 36; CHURRUCA- MENTXAKA (2015) 171.

*pietas* había inspirado los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, se habrían atrevido a adjudicarles esa restauración del parentesco con la vista puesta en el favorecimiento a los hijos. En los casos en los que el nacimiento de los hijos se había producido en cautiverio, o en los que la condena penal había sido luego objeto de la *restitutio principis* puesto que ni siquiera estaba en juego la recuperación de la patria potestad o de la agnación, se habría favorecido el restablecimiento del parentesco.

Por nuestra parte, creemos que al tiempo de Ulpiano y Paulo esa postura no era aún asumible, aunque Diocleciano<sup>1075</sup> debió recibir peticiones especiales en este sentido para la reanudación de la relación jurídica familiar. Ulpiano, como otros juristas, se preocuparía de este asunto, pero no se le puede adjudicar una postura demasiado avanzada para su tiempo. Seguramente, al igual que en ciertos casos muy excepcionales se recomponía el parentesco agnaticio entre padre e hijo y la consiguiente patria potestad, pudo extenderse a la cognación por analogía esta solución aun con ciertas precauciones. En todo caso, con carácter general, Ulpiano se manifestaba en contra de un resurgimiento de pleno derecho de la patria potestad y tampoco consideramos que Modestino, quien formulara de manera sencilla la doctrina imperante de la destrucción irrevocable de la cognación por la esclavitud, se mostrara en divergencia con las enseñanzas de Ulpiano y Modestino. Por lo tanto, las fuentes no refutan la teoría de DESSERTAUX<sup>1076</sup>, sino que más bien la reafirman, y debemos concluir que la última frase de D. 38, 17, 1, 4 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) no fue escrita por Ulpiano.

La importancia de esta cuestión y las divergencias abiertas llevaría a Constantino en el año 321 d. C a declarar su opinión, coincidente con Papiniano:

C. 9, 51, 13 *Imp. Constantinus A. ad Maximum pu. In quaestione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, remotis Ulpiani atque Pauli notis Papiniani placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt. 1 Ita tamen, ut gesta per filium, cuius consilia legitima aetas firmaverat, rata sint eodem in potestate*

---

<sup>1075</sup> Otras fuentes que abordan el destino de la *patria potestas* en el caso de la *restitutio principis* sería C. 9, 51, 6 *Imp. Gordianus A. Fabiano. In insulam filio deportato hacque ratione vinculo paternae potestatis exempto, si postea ex indulgentia divi Alexandri, ut proponis, reditus in patrium solum praecedensque dignitas restituta sit, potestas tamen patria repetita non videtur.* Se trata del supuesto en el que un hijo en potestad que había perdido por condena penal la agnación recibe por la *restitutio principis* el permiso para regresar y conservar su nuevo rango, y la patria potestad no se justifica de nuevo. En otra disposición imperial, los hijos cuyo padre era condenado en juicio salían de su *potestas*, y ésta no era restaurada. Para lograrlo, se habría requerido una solicitud especial. C. 9, 51, 9 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Restitutae et aliis. Si pater vester in insulam deportatus generali indulgentia restitutus est nec, ut liberos in potestatem reciperet, specialiter impetravit, in dubium non vela hereditatis commodum per vos ei adquiri, quos sententia contra eum prolata patres familias effecit, nequaquam potuisse.*

<sup>1076</sup> MEINHART (1967) 153 ss., DESSERTAUX (1909) 81, nt. 2, coincide con COLI (1922) 35 ss.



*patria redeunte, ne eorum rescissio efficiat, quod est maxime absurdum, eodem tempore nec in patris nec in sua quemquam fuisse potestate. 2 Minores enim aetate iure quicquam agere prohibentur. quibus si damnato patre tutor datus est, necesse est, ut ab officio recedat regresso eo, quem non solum nomine redire, sed etiam officium suum nulla pravitate corruptum liberis praebere oportet, ut eorum bona tueatur et augeat. 2a Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda. 2b Ab administratione fugiat neque tutor esse desinat omniaque minoris dispendia suis ipse damnis praestet. 2c Sententia vero deportationis nullo patrem praeiudicio deminuat. quem si comperta integritas ut natura, ita officio liberis restituerit, ei gubernacula rerum tradenda sunt, cuius ad imitationem publici iuris provisae custodia est. quae nisi bonis patribus detur, luctuosior erit reditus quam discessus. 3 Ideoque tantum ad restitutionem indulgentia valuit, quantum ad correctionem sententia valuit, utque deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentiae restitutio bonorum ac dignitatis uno nomine amissorum omnium sit recuperatio. et filii emancipationem a patribus officiis petant, ut libertatem non damnationis, sed lenitatis paternae testem habeant. D. xvlll k. Oct. Sirmi Crispo Il et Constantino Il CC. cons.*

[a. 321].

En dicha constitución viene a contemplarse el caso del hijo de un deportado que regresaba a casa por la *restitutio* concedida, y se pregunta a Constantino por la validez de su testamento, determinando el emperador que el hijo estaba de nuevo *in potestate*, para lo que cita un párrafo de Papiniano. Asimismo, en aplicación de Código Teodosiano 1, 4, 1 conecta su decisión con la derogación expresa de las declaraciones contradictorias de Ulpiano y Paulo.

### 2. 3. Las expectativas sucesoria del hijo *exsectus*.

Las dudas sobre la relación de parentesco cognaticio entre la madre y sus hijos se manifiestan de un modo muy especial en el supuesto del hijo nacido por cesárea *post mortem*, pues los juristas no veían con claridad la relación jurídica entre madre e hijo por no habían coexistido:

D. 38, 17, 1, 5 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Sed si matris exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitt: nam et institutus secundum tabulas, et ab intestato unde cognati*

*et multo magis unde legitimi bonorum possessionem petere potuit; argumento est, quod venter in possessionem ex omni parte Edicti mittitur.*

D. 50, 16, 132 (Paulo, 3 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*“Anniculus” amittitur, qui extremo anni die moritur. et consuetudo loquendi id ita esse declarat: “ante diem decimum kalendarum”, “post diem decimum kalendarum”: neutro enim, sermone undecim dies significantur. 1 Falsum est eam peperisse, cui mortuae filius exsectus est.*

D. 6, 2, 11, 5 (Ulpiano, 16 *ad edictum*):

*(...) et si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est*<sup>1077</sup>.

D. 38, 8, 1, 9 (Ulpiano, 46 *ad edictum*):

*Si qua praegnas decesserit et utero exsecto partus sit editus, in ea condicione est partus iste, ut matris suae accipere bonorum possessionem possit “unde proximi cognati”. sed post senatus consultum Orphitianum et “unde legitimi” petere poterit, quia mortis tempore in utero fuit.*

Todos estos textos inciden en calificar a esos niños como *non nati*, y no deja de ser sorprendente que, en sede de senadoconsulto Orficiano, Ulpiano se refiera a la cuestión de si correspondería a ese hijo la herencia legítima intestada de su madre. Aun respondiendo negativamente, parece dejar abierta la puerta a una petición de la *bonorum possessio secundum tabulas* desde la clase *unde cognati* o incluso desde la clase *unde legitimi*.

La realidad es que no existiría para los no natos la necesidad de acudir a una supuesta interpretación favorable del senadoconsulto Orficiano pues se había aprobado en el edicto ya la posibilidad<sup>1078</sup> de acceder a los bienes maternos. Por supuesto, el problema central de la situación de estas personas no es otro que la dificultad dogmática para calificar a la persona que vive pero que jurídicamente no nació, siendo el requisito fundamental para la herencia civil y la pretoria que a la muerte del causante el heredero estuviera vivo<sup>1079</sup>.

---

<sup>1077</sup> D. 5, 2, 6 pr. (Ulpiano, 14 *ad edictum*).

<sup>1078</sup> El pretor llamaría a los hijos en la clase *unde legitimi* desde la promulgación del senadoconsulto Orficiano. Para los herederos *ex Orphitiano*, y también *ex Tertulliano*, D. 38, 7, 2, 4 (Ulpiano, 46 *ad edictum*) y para el hijo *exsectus editus*, D. 38, 8, 1, 9 (Ulpiano, 46 *ad edictum*).

<sup>1079</sup> KASER (1971) 596.

Como es bien conocido, el antiguo *ius civile* desarrolló un tratamiento especial para los póstumos como una aislada excepción al principio general y cuyos intereses legales eran protegidos mediante la ficción de haber nacido en vida del causante<sup>1080</sup>. En efecto, el hijo estaba *presente* desde la concepción, *quodammodo in rerum natura*, se soslayaba el obstáculo de la convivencia, y a través de la *missio in ventris possessionem* se proveía a la custodia provisional de los intereses legales de ese futuro hijo<sup>1081</sup>. Técnicamente, se perfilaría un concepto jurídico para el *postumus* sin ni siquiera llamarlo *filius*, pero equiparándolo en derechos a los ya nacidos<sup>1082</sup>. Puesto que sólo para los *postumi* se mitigaba la exigencia de supervivencia al causante<sup>1083</sup>, el caso del *exsectus* no era de fácil solución. Precisamente por ese rigor conceptual, aun cuando se aplicara para D. 38, 17, 1, 5 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) la analogía con los póstumos, dado que el *exsecto ventre extractus* sin duda estaba engendrado al morir la causante, ni el pretor, ni el legislador, ni los juristas habrían optado en aquellos siglos por esa vía.

La mentalidad romana reconocía al póstumo los lazos agnaticios con la familia y era merecedor de la cualificación de *suus*, como expone el mismo Ulpiano en:

D. 28, 2, 12 pr. (Ulpiano, 9 *ad Sabinum*):

*Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate.*

El hijo *exsecto ventre extractus* nacido tras la muerte de la madre era considerado *non natus*, carecía de parentesco agnaticio con el padre y no se podría declarar el testamento

---

<sup>1080</sup> *Filius* se utiliza para la persona nacida, D. 28, 2, 13 pr. (Juliano, 29 *digestorum*): *si filius mihi natus est.*

<sup>1081</sup> D. 38, 16, 6 (Juliano, 59 *digestorum*): *Titius exheredato filio extraneum heredem sub conditione instituit; quaesitum est, si post mortem patris pendente conditione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postuum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex dudodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.* D. 38, 16, 8 (Juliano, 59 *digestorum*): *Item Praetor Edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. nam quod in consuetudine nepotis cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusivam vel potius accidit.* Un fallecido había desheredado a un hijo e incluido *sub conditione* a un *extraneus*. Mientras se cumple la condición, el hijo se casa y tiene un hijo, y el desheredado muere antes de cumplirse dicha condición impuesta, por lo que se plantea la consulta, y se decide que el heredero instituido no sucediera, pues se podía disminuir la herencia intestada. Pues bien: el punto de vista de Juliano impone que los nietos nacidos tras la muerte del testador no podían ser admitidos, pues para ser designados como *heredes legitimi*, les faltaba la calificación como *sui*, dado que no habían convivido con el causante. Incluso para la *bonorum possessio unde cognati* faltaría el parentesco cognaticio pues al momento de la muerte del causante no estaba *in rerum natura*.

<sup>1082</sup> Aparte del nacimiento, se exige *accipere bonorum possessionem*, D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>1083</sup> D. 38, 16, 7 (Celso, 28 *digestorum*).

paterno *ruptum* por no haberlo instituido o desheredado. Pero, si se creaba la ficción que la operación *exsecare ventre* era producto de un alumbramiento natural que sí tenía efectos jurídicos, se salvaba el obstáculo dogmático al considerar que el hijo había sido alumbrado por la madre.

Ulpiano vuelve a esta problemática en D. 38, 17, 1, 5 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) cuando se necesita salvar la no existencia de parentesco cognaticio entre madre e hijo, de forma que se tendría que recurrir a la ficción de que a la muerte de la madre ya vivía el hijo. Aun así, creemos que ninguna de estas posibilidades llegaron a ser consideradas y Ulpiano se habría basado en los resultados del trabajo de los juristas en el edicto pretorio, donde se acabó por admitir a los hijos por nacer, más allá del concepto civil de *postumi*, como llamados en todas las clases hereditarias: *nam et institutus secundum tabulas et abintestato unde cognati*, lo que conocemos por D. 38, 8, 1, 9 (Ulpiano, 46 *ad edictum*) que menciona su inclusión *post senatus consultum Orphitianum* en la *clase unde legitimi*<sup>1084</sup>.

Lo verdaderamente original de la solución de Ulpiano, quien concluye en D. 38, 17, 1, 5 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), *magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti*, según MEINHART<sup>1085</sup>, es solventar un problema relativo al *ius civile* mediante una solución de derecho pretorio.

A nuestro parecer, una vez más, la *pietas* inspira la búsqueda de un remedio acorde con el espíritu del senadoconsulto Orficiano para que el hijo traído al mundo en tan dramáticas (y extraordinarias) circunstancias mantuviera con su madre una relación de parentesco cognaticio que le permitiera heredarla como si ya hubiera nacido antes de morir aquella. No puede negarse que otorgar en un caso así la preferencia sucesoria a los agnados de la fallecida colisionaría frontalmente con la filosofía inspiradora de la norma.

3. Excepciones a la adquisición por los hijos de la fallecida: la prohibición de suceder al hijo luchador con fieras y al *res capitalis damnatus*<sup>1086</sup>.

Ulpiano cierra el comentario del libro 12 *ad Sabinum* con el siguiente pasaje:

---

<sup>1084</sup> MEINHART (1967) 161: *Succedere in locum defuncti*, el que sucede porque vive tras la muerte del causante.

<sup>1085</sup> MEINHART (1965) 188 ss.

<sup>1086</sup> MEINHART (1965) 230 ss.

D. 38, 17, 1, 6 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret locavit quive res capitalis damnatus neque restitutus est, ex senatus consulto Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur: sed humana interpretatione placuit eum admitti. idem erit dicendum et si hic filius in eius sit potestate, qui in causa supra scripta sit, posse eum ex Orphitiano admitti.*

El jurista comenta que, *qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit*, es decir, el luchador con fieras que arrendaba sus servicios, así como el condenado (aun restituido) *quive res capitalis damnatus*, eran excluidos de la herencia materna que les correspondiera por razón del senadoconsulto Orficiano. Acto seguido, el jurista explica que esa prohibición se eliminaría para permitirles suceder tanto a su madre como a su padre *humana interpretatione placuit, eum admitti humana interpretatio*.

La autenticidad de la referencia a la *humana interpretatio* ha sido criticada por la doctrina<sup>1087</sup>. Es cierto que el rechazo a *qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit, quive res capitalis damnatus* se encontraba en otras leyes o en el mismo edicto pretorio, a la vez que la elección por Ulpiano de la forma verbal, *admittitur o admittetur* parece indicar que el propio senadoconsulto Orficiano se refiriera a esta cuestión. Aun así, de entrada es difícil concretar si los siguientes párrafos del texto de Ulpiano se refieren al caso del luchador con fieras o también al *rei capitalis damnatus neque restitutus* pues la última frase, *idem erit dicendum, et si hic filius in eius sit potestate, qui in causa suprascripta sit, posse eum ex Orphitiano admitti* parece obra de los compiladores<sup>1088</sup>.

El luchador era un ciudadano romano libre<sup>1089</sup> al que su actividad profesional hacía *incapax* e *indignus* para heredar tanto si la madre hubiera hecho un testamento como si falleciera intestada, mientras que la alusión al *rei capitalis damnatus neque restitutus* iba dirigida a quien era infame como imposibilitado para heredar tanto a su madre<sup>1090</sup> como a otros causantes. En el caso que la madre con hijos en esta situación tuviera otros hijos no excluidos de la herencia, entraba en juego el derecho de acrecimiento a favor de éstos, pero, además, acrecían quienes *aliqua ratione impedit fuerint adire* como dijera Marciano en:

---

<sup>1087</sup>Más atentamente los datos sobre la clemencia imperial, para que el *damnatus* no restituido no tuviera derecho a heredar.

<sup>1088</sup>MEINHART (1965) 255.

<sup>1089</sup>NARDI (1937) 11 ss., 41 ss.; 79 ss.; 97 ss.; 263 ss. Acerca de la incapacidad, KASER (1971) 95 ss.; 674 ss.; 723 ss. La *lex Papia* excluía al luchador de un beneficio disfrutado por todos los demás *patresfamilias* liberados de las *operae* por tener dos hijos legítimos. No obstante, ninguna fuente muestra un derecho reducido para el luchador con animales en cuanto a la capacidad sucesoria que hagan de él un incapaz de suceder. Más aún: ni se les menciona en las leyes sobre el matrimonio de Augusto. VOCI (1967) 465 ss.

<sup>1090</sup>Sobre la infamia, KASER (1956) 220 ss.

D. 38, 16, 9 (Marciano, 5 *institutionum*):

*Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur*<sup>1091</sup>.

Para el supuesto que el luchador fuera hijo único de la fallecida intestada, la herencia habría acabado en manos del Fisco de considerar al hijo *heres* pero *indignus*<sup>1092</sup>. Lo que ocurre es que la indignidad<sup>1093</sup> era una institución de límites bien definidos en la etapa clásica, con un tratamiento jurídico uniforme y de la que tenemos fuentes fiables<sup>1094</sup>, referida a la incapacidad de suceder a cualquier persona por testamento. Por ello, una segunda posibilidad es que el hijo luchador no fuera siquiera potencialmente *heres* pues ya en vida de su madre habría perdido las expectativas sucesorias. Finalmente, la tercera opción sería considerar que la *hereditas* se defería al hijo que tenía la condición de heredero, pero no le era posible la *aditio* a causa de la prohibición<sup>1095</sup>.

Una vez más, todos los caminos conducen a D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>1096</sup> y, en particular, a la frase *si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur*, pues el fracaso en el llamamiento *ex Orphitiano* a los hijos que se dedicaban a estas actividades obligaría a acudir al *ius antiquum*<sup>1097</sup>, debiendo determinarse quien fuera el *proximus adgnatus*<sup>1098</sup> de la mujer fallecida, algo complicado si había transcurrido tiempo desde su fallecimiento<sup>1099</sup>.

En definitiva, D. 38, 17, 1, 6 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) contempla la existencia de personas a las que no se pueden deferir la herencia de la mujer fallecida, en una situación similar a la que se trataba en la Constitución de Severo, un texto clásico que nos ha llegado

---

<sup>1091</sup> Instituciones, 3, 4, 4.

<sup>1092</sup> Sobre *fiscus* y *aerarium*, KASER (1971) 602.

<sup>1093</sup> NARDI (1937) 78 ss.

<sup>1094</sup> D. 49, 14, 49 (Paulo, *libro singulari de tacitis fideicommissis*).

<sup>1095</sup> MEINHART (1965) 165 ss.

<sup>1096</sup> MEINHART (1967) 167. Los llamados a suceder a la madre son siempre *extranei*, D. 38, 16, 13 (Gayo, 10 *ad legem Iuliam et Papiam*): *Nulla femina aut habet suos heredes aut desinere habere potest propter capitis deminutionem*.

<sup>1097</sup> D. 38, 9, 1, 16 (Ulpiano, 49 *ad edictum*).

<sup>1098</sup> Sobre la suspensión de derechos, D. 38, 17, 8 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*).

<sup>1099</sup> D. 38, 17, 2, 22 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

completo en D. 26, 6, 2, 6 (Modestino, 1 *excusationibus*), sobre la madre del fallecido impúber al que no había pedido tutor<sup>1100</sup>.

Lamentablemente, no sabemos si para el caso de los luchadores o condenados hubo algún otro rescripto aclarando los ulteriores llamamientos a suceder, aunque el texto del senadoconsulto Orficiano cubre suficientemente en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) el llamamiento del *proximus* si los hijos eran excluidos. Al menos, tenemos la certeza de la abolición por Cómodo de la prohibición de heredar destinada a los luchadores, si bien una constitución del año 203 d. C. volvería a excluirlos sin que su situación fuera nunca más reconocida.

El senadoconsulto Orficiano, por tanto, habría dejado fuera de la sucesión en los *bona materna* a estos personajes, y los llamados en su lugar serían tratados como si lo hubieran sido antes de la exclusión del hijo luchador, lo que nos sitúa en un contexto similar a la *repudiatio* del hijo de la fallecida. La solución consiste en acudir a la ficción de la no existencia de esos hijos y de la no delación de la herencia, para que la posible pérdida de tiempo no perjudicara a los aspirantes.

### III. El sistema de prelación entre los distintos parientes de la fallecida.

#### 1. El nuevo orden intestado en la sucesión de la madre.

A diferencia de lo ocurrido en la regulación de esta misma cuestión por el senadoconsulto Tertuliano, el sistema de concurrencias entre parientes que aspiraban a la herencia de la mujer fallecida según las disposiciones del senadoconsulto Orficiano aparece escasamente tratado en las fuentes de las que disponemos. Curiosamente, en esta ocasión no puede culparse de la ausencia de información a la pérdida de los textos, sino a que el propio senadoconsulto Orficiano se habría preocupado de colmar posibles lagunas de forma tal que apenas quedaría espacio para la duda en cuanto a la prelación en los llamamientos.

El texto más interesante en este sentido es:

*Tituli ex corpore Ulpiani 26, 7:*

*Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in*

---

<sup>1100</sup> El texto habla de *petere idoneos tutores*.

*senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventionem matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis.*

El pasaje viene a consagrar una posición análoga de los hijos de la mujer fallecida a la que ya gozaban en la herencia del padre, es decir, su preferencia a los hermanos y demás agnados de la fallecida. Ulpiano se refiere a ellos como *liberi* y, por supuesto, no llega a considerarlos *sui heredes*. Tan sólo habría un supuesto conflictivo, que será objeto de un análisis detallado en el próximo capítulo, y que no es otro que la concurrencia entre los hijos de la liberta y el patrono de la fallecida<sup>1101</sup>. La solución más acorde no ya con el espíritu del senadoconsulto, sino con la posición social en ese momento histórico de las libertas sería que, caso de contar la fallecida con el *ius liberorum*<sup>1102</sup>, recibieran sus hijos un trato preferente en relación al patrono. Si bien parece descartado que el texto de la norma legal mencionara expresamente a la liberta, la práctica consolidaría el llamamiento a sus hijos *ex Orphitiano*. En paralelo a la situación de la liberta, se viene analizando la sucesión intestada de la mujer ingenua emancipada: existe constancia del reconocimiento preferente de sus hijos sobre el *parens manumissor* en la época postclásica<sup>1103</sup>.

Código Teodosiano 5, 1, 3 del año 383 d. C.:

*Quotiens de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit se etiam nulla comittantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus avo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur neque ulla defunctae patrimatrique concedatur intestatae successione hereditas, cum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum incolumes ac superstitibus optabili sorte genitoris successio liberorum dat. 383 Feb 19.*

*Interpretatio: Filia, quam fiduciam nominavit, hoc est emancipata, si intestata moriatur, et relinquat superstitibus patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedunt. Hic de iure addendum, quid sit fiducia.*

---

<sup>1101</sup> MEINHART (1967) 297 ss.

<sup>1102</sup> SAMPER (1971) 149 ss. En caso de no haber obtenido el *ius liberorum*, el patrono conseguía una porción hereditaria.

<sup>1103</sup> No es seguro que el texto se debiera extender arbitrariamente a la liberta.



Nos encontramos con el supuesto del *paterfamilias* que emancipaba a su hija y concurría a la herencia de ésta con sus nietos. La principal característica de esta constitución es su sobriedad y una cierta ambigüedad, puesto que la solución que ofrece, excluyendo al padre natural y a la madre de la fallecida en favor de sus hijos, hacía mucho tiempo que se aplicaba, por lo que el rescripto distaba de ofrecer una solución novedosa y mucho menos rupturista. Por otra parte, en C. 6, 57, 1 *Imp. Alexander A. Euangelo* [a. 225] el Emperador justificaba la elección de la hija de la fallecida como primera llamada, *consanguinei existant et mater et filia*, sin que el *ius liberorum* de la causante jugara un papel importante a esas alturas. Precisamente en eso coincide la expresión de Código Teodosiano 5, 1, 3, *nulla suffragia comitantur*, que bien podría referirse a una fallecida que había tenido muy pocos hijos.

VOCI<sup>1104</sup> considera que la constitución del año 383 d. C. no se debe estudiar desde la perspectiva de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, sino como formulada para un significado más general. Por tanto, el verdadero valor de Código Teodosiano 5, 1, 3 sería permitirnos conocer desde cuándo se admitió que la ingenua emancipada fuera heredada por sus hijos exclusivamente, aun sin gozar del *ius liberorum*. También destaca este autor que la constitución se dedicaba a la emancipación fiduciaria<sup>1105</sup>, *eam fiduciae nomen obstrinxit*, una muestra del papel relevante de la *fiducia* familiar hasta la época justiniana<sup>1106</sup>.

Desde luego abundan en la etapa postclásica este tipo de disposiciones, y la duda es si fue el senadoconsulto Orficiano había dejado de exigir el *ius liberorum* de la fallecida para que los hijos superaran al *parens manumissor*:

C. 6, 56, 2. *Imp. Diocletianus et Maxim AA. Et CC. Rhesae. In successionem filii vel filiae communis sine liberis et fratribus vel sororibus morientis pater manummissor, quia ei sit vetus ius servatum, matri praefertur. S. vl id. Dec. CC. cons.* [a. 294].

Esta constitución nos traslada un rescripto dirigido a una mujer cuyo hijo o hija murieron sin hijos o hermanos, estando el *parens manumissor* aún vivo. Pues bien: en una situación normal, el padre manumisor de la fallecida sería llamado cuando ésta no hubiera dejado hijos ni hermanos, los cuales incluso tras una emancipación eran preferidos al padre y a la madre. Además, aunque éste no sea el caso, en ocasiones la mujer emancipada tenía una nueva familia por adopción y *arrogatio* y serían esos nuevos parientes y no los miembros de su

<sup>1104</sup> VOCI (1963) 41, nt. 23 y 24.

<sup>1105</sup> Acerca de la *fiducia*, MEINHART (1967) 265.

<sup>1106</sup> MEINHART (1967) 300 cree que la frase *hic de iure addendum, fiducia sit quid pudiera ser eliminada*.

familia natural quienes la sucedieran. La particularidad de la solución imperial es que, ahora, *matri praeferetur* sobre el padre manumisor<sup>1107</sup>, pues la concurrencia del abuelo materno y sus nietos en la herencia de la hija fallecida debía resolverse a favor de los segundos.

En definitiva, aunque la letra del senadoconsulto Orficiano no se refiriera expresamente al *parens manumissor*, llegaría a considerarse lo adecuado que independientemente del *ius liberorum*, los hijos sucedieran a su madre.

La realidad es que ningún texto se refiere abiertamente al *ius liberorum*, aunque esa ausencia de fuentes no puede ser el único argumento en que nos basemos. No sería la primera vez que no se hallan referencias a una cuestión que, sin embargo, se demuestra como relevante para entender la regulación de ambos senadoconsultos, tal y como ocurriera con la ausencia de mención al matrimonio *sine manu* de la mujer fallecida que ya hemos visto era clave para la aplicación del senadoconsulto Orficiano. Tampoco puede obviarse la relación y paralelismo entre los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, mencionando *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8 la exigencia del *ius liberorum* para la mujer que tratara de heredar a sus hijos según las disposiciones del primero de ellos. Por tanto, en cuanto a la sucesión de las libertas, mujeres en una situación legal análoga a la de las emancipadas, y dado que desde la *lex Papia* se venía prestando especial atención al goce del *ius liberorum*, es razonable que se les hubiera exigido en fechas próximas al senadoconsulto Orficiano, otorgando prioridad a los hijos de la fallecida sobre el patrono en el caso de gozar de ese beneficio así como sobre el *parens manumissor* en la sucesión de las ingenuas emancipadas. Por supuesto, ambos serían los primeros llamados en el caso que la mujer falleciera sin hijos o éstos no llegaran a sucederle.

Pese a que no disponemos de confirmación de la eliminación de ese requisito hasta el año 383 d. C., al menos para las emancipadas, carece de sentido la aplicación de un concurso entre el *parens manumissor* y los hijos de la fallecida, y mucho menos que se resolviera la herencia a favor del primero<sup>1108</sup>, siendo previsible que en la práctica fuera atenuando la exigencia del *ius liberorum*.

---

<sup>1107</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8, sin embargo, menciona la exclusión por parte de los hijos de los hermanos consanguíneos a los agnados restantes, al *parens manumissor* y a la madre de la persona fallecida.

<sup>1108</sup> MEINHART (1967) 298, nt. 3.

## 2. La concurrencia con los instituidos en el testamento materno inoficioso.

D. 38, 17, 1, 7 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Sed si mater testamento facto filium heredem scripserit unum sub condicione, cum plures haberet, si condicione pendente possessionem petierit et postea condicio defecit, aequum est ceteris etiam filiis legitimam hereditatem non auferri: quod et Papinianus libro sexto decimo quaestionum scripsit.*

El párrafo plantea ahora un supuesto especial de concurrencia entre parientes que abandona el ámbito de la sucesión intestada y no sitúa en la sucesión contra testamento. Una mujer fallece habiendo instituido en testamento a uno de sus hijos como heredero *sub condicione*, y éste solicita y obtiene la *bonorum possessio secundum tabulas*. La condición no llega a ser cumplida y, acudiendo a las opiniones de Papiniano, *quod et Papinianus libro sexto decimo Quaestionum scripsit*, Ulpiano defiende que los hermanos del instituido no debían ser privados de la herencia, aun realizando el jurista una sorprendente mención a la *aequitas* para justificar la llamada *abintestato*: *aequum est ceteris etiam filiis legitimam hereditatem non auferri*.

Aunque el texto se nos antoja demasiado breve<sup>1109</sup>, no se ven indicios de pérdidas de fragmentos del mismo, posiblemente porque se trataba de un caso cuya solución era ampliamente conocida y Ulpiano pudo considerar una breve presentación de este tipo como más que suficiente.

Para nuestro estudio, el interés de este pasaje radica en la intervención del pretor cuando no se cumplía la condición impuesta al heredero instituido, otorgando protección a una serie de familiares como ya ocurriera en D. 37, 11, 2, 1 (Ulpiano 41 *ad edictum*) y D. 37, 11, 5 pr. (Ulpiano, 4 *disputationum*). Partiendo del otorgamiento de un testamento inoficioso llegamos a la apertura de la sucesión intestada en la órbita del senadoconsulto Orficiano<sup>1110</sup>. Puede aventurarse que los hijos desheredados habían planteado y perdido la *querella inofficiosi testamenti* presentada, puesto que el hijo instituido en detrimento de sus hermanos había obtenido la *bonorum possessio secundum tabulas*<sup>1111</sup>. El incumplimiento de la condición necesitaba una solución, y Ulpiano entiende que deben aspirar todos los hermanos a la sucesión intestada, aunque matizando que esos hijos desheredados no debían haber sido

---

<sup>1109</sup> MEINHART (1967) 302.

<sup>1110</sup> LEVY (1903) 150 ss.

<sup>1111</sup> MEINHART (1967) 303.

responsables del incumplimiento de la condición impuesta al otro hijo. Desde luego, el texto no hace mención alguna a un comportamiento culposo de los coherederos: por ello, y aunque no presentaran la *querella* (o la hubieran perdido) la herencia de los hijos no debe peligrar<sup>1112</sup>.

El sometido a condición, para proteger su cuota, había pedido en plazo y obtenido la *bonorum possessio*<sup>1113</sup>, lo que dificultaba la situación de los demás. Por otra parte, la mención ulpiana a las razones de equidad para el acceso a la herencia materna parecería demostrar que, más que recurrir al senadoconsulto Orficiano, los perjudicados opusieron directamente la *querella*. Así pues, dada la relación entre la inoficiosidad del testamento materno y la regulación del senadoconsulto Orficiano, consideramos conveniente referirnos a la *querella inofficiosi testamenti*, remedio procesal al que dedica el Digesto el título *De inofficioso testamento*, y del que tenemos abundantes textos de juristas de la segunda mitad del siglo II d. C.<sup>1114</sup>. Precisamente por ello, algunos autores estimaban que su origen debiera datarse en aquella época, minusvalorando fuentes literarias y retóricas del siglo I a. C. que ya la mencionaban recurrentemente.

En *Rhetorica ad Herennium* 1, 13, 23 y Cicerón, *De inventione* 2, 50 encontramos los primeros indicios del tratamiento de la desheredación injustificada. Ya en el ámbito jurídico, se discute sobre cuál pueda ser considerado el primer testimonio de la *querella*, analizando DI OTTAVIO<sup>1115</sup> un texto que ayudaría a datar el nacimiento del instituto entre el siglo I a. C. y el I d. C., aun siendo su origen muy anterior.

D. 29, 2, 60 (Javoleno, 1 *ex posterioribus Labeonis*):

*Filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad*

---

<sup>1112</sup> VOCI (1967) 470 ss. Se trataba de uno de los supuestos de indignidad para suceder, KASER (1971) 602 ss.

<sup>1113</sup> MEINHART (1967) 306, nt. 12. Otra posible ayuda del pretor se manifestaría en la *restitutio* o *bonorum possessio decretalis*.

<sup>1114</sup> Ulpio Marcelo estudia exhaustivamente la problemática del testamento inoficioso, clarificando un concepto utilizado por Cicerón y los retóricos desde finales de la República, tanto en las escuelas como en el tribunal de los *centumviri*. En D. 5, 2, 3 (Marcelo, 3 *digestorum*), el jurista explica las razones por las que se impugnaba un testamento por inoficiosidad. En D. 5, 2, 5 (Marcelo, 3 *digestorum*) indica que los hijos tenían la posibilidad de impugnar los testamentos maternos, mucho antes de que el senadoconsulto Orficiano les reconociera la cualidad de herederos civiles: *qui non ex masculis descendunt*.

*substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat.*

La compilación justiniana aborda la *querella* desde una perspectiva eminentemente procesal, centrada en la legitimación activa y pasiva, la voluntad del testador, los efectos de la sentencia, las condiciones de admisibilidad o la *portio debita*. Sin embargo, no debe olvidarse la influencia en todo el desarrollo de este instituto de su más que posible origen centumviral, pues como expone RIBAS ALBA<sup>1116</sup>, siempre confluyeron en la misma elementos económicos, religiosos y filosóficos que propiciaron su nacimiento inexorablemente ligado a la concepción familiar de la sucesión, tan íntimamente impresa en el pensamiento y forma de vida romanos. No faltan voces que sitúan en la intervención pretoria el origen de la *querella*, sobre todo después de la tesis de EISELE<sup>1117</sup>, autor que diferencia entre la *querella* centumviral, en cuanto incidente en la *fase apud iudicem* de la *hereditatis petitio* con la finalidad de proceder a asignar la herencia abintestato al querellante, y la *querella cognitio*, de carácter rescisorio, introducida por la *lex Glitia*, misteriosa disposición citada tan sólo por Gayo<sup>1118</sup>, que se ejercitaría en el seno de la *cognitio extra ordinem* y se encaminaría a la mera rescisión del testamento<sup>1119</sup>.

Igualmente, es cuestión de debate el fundamento de la *querella*, pues hay autores que lo sitúan en la *iniuria* perpetrada por el testador contra sus parientes cercanos, mientras que otra corriente centra su atención en el *color insaniae*, la presunta locura de quien olvida o excluye a

---

<sup>1116</sup> RIBAS ALBA (1998) 115 ss.

<sup>1117</sup> Según EISELE (1894) se habrían unificado los dos tipos de *querella* pues en época justiniana, la acción de inoficiosidad era una causa para ejercer la petición de la herencia.

<sup>1118</sup> D. 5, 2, 4 (Gayo, *libro singulari ad legem Glitiam*).

<sup>1119</sup> Sin embargo, contra esta tesis se manifestaron en seguida prestigiosos autores como FADDA (1900) 198 ss.; CHABRUN (1906) 10 ss. o JOBBÉ-DUVAL (1908) 1 ss. Por su parte, MARRONE (1955) 1 ss. ha prestado gran atención a la *querella*, y, si bien en sus primeros escritos se adhirió a la tesis de EISELE, en MARRONE (1959) 165-179 llega a diferentes conclusiones, acogiendo algunas objeciones que Voci había realizado a dicha teoría. RENIER (1942) 19 ss., retorna a la naturaleza unitaria en todo caso de la *querella*, y pretende demostrar el origen centumviral, al ser los guardianes del deber de solidaridad familiar hacia los parientes naturales, en especial a los más cercanos. Para este autor, el motivo para reclamar la herencia es el incumplimiento del *officium pietatis*. DI LELLA (1972) 16 ss. refuta el origen legislativo o pretorio de la *querella*, pues cree que hasta el siglo II d. C., no existía una acción específica de inoficiosidad y se habría utilizado la *hereditatis petitio* o la *bonorum possessio* en el caso de los cognados. En su opinión, quedaba en ese período excluida la apertura de la sucesión intestada, por la situación de los *cognati*, y sólo siglos después se produciría ese efecto. KASER (1971) 709 ss. entiende que el origen de la *querella* nunca sería anterior a Augusto, y se trataría de un incidente procesal ante los centumviro. En épocas más recientes, otros autores sostienen el encaje de la *querella* en el ámbito del *ius honorarium* desde donde habría pasado al procedimiento formulario. LA PIRA (1930) 412 expone cómo la *querella* representaba la tutela a los parientes más próximos, titulares de derechos subjetivos de carácter necesario desde su inserción en el sistema sucesorio de la clase de los *cognati*. En poco tiempo, la acción habría sido recibida por el *ius civile* a través de la *lex Glitia*.

sus herederos necesarios <sup>1120</sup>. Desde luego la relación de la *querella* con la *iniuria* es muy fuerte, como se aprecia en D. 29, 5, 4 (Papiniano, 6 *responsorum*) y, aunque el testamento hubiera cumplido con las formalidades y fuera aparentemente válido *iure civile*, el uso abusivo del derecho a disponer *mortis causa* por el *de cuius* era de tal calado que de resultar probado dicho comportamiento lesivo, la sentencia produciría la caída de la institución de heredero y una nueva designación.

Pero, por otra parte, no podemos desdeñar el valor del *color insaniae*, concepto retórico sin duda, pero con un innegable valor jurídico como se desprende de:

D. 5, 2, 2 (Marciano, 4 *institutionum*):

*Hoc colore inofficioso testamentum agitur, quasi non sane mentis fuerunt, ut testamentum ordinaret. et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*<sup>1121</sup>.

Ante los *centumviri*, se recurría habitualmente al *color insaniae*, artificio retórico que evitaba la acusación explícita de locura sobre todo en casos de testadores de cuya salud mental no se dudaba pero que habían actuado como si fuesen dementes. La ficción de locura pasaría del foro a ser acogida por la jurisprudencia y por la misma cancillería imperial; no en vano el *color insaniae* venía a demostrar la delgada línea existente entre locura e impiedad y un acto contrario a la *pietas* podía llevar a la calificación social de una persona como demente o casi

---

<sup>1120</sup> Optan por la *iniuria* como fundamento de la *querella*: SAVIGNY (2005) 254 ss.; FADDA (1900) 198 ss. y RENIER (1942) 149 ss. VOCI (1963) 705 ss. explica que era inoficioso aquel testamento que negaba al heredero necesario la *portio debita* de forma injusta, violando el *officium pietatis*, acusación particularmente grave que atacaba la respetabilidad del *de cuius* y su memoria. El *color insaniae* trataría de velar un hecho muy grave para el juicio social y moral, que acarrearía el desprestigio del testador. Los autores que se decantan por el *color insaniae* serán entre otros MARRONE (1955) 41 ss.; JOBBÉ-DUVAL (1908) 800 ss. Por su parte, EISELE (1894) 260 ss. opta por el *color insaniae* cuando la *querella* es un incidente de la *hereditatis petitio* y por la *iniuria* cuando se ejercitaba mediante *cognitio*. LA PIRA (1930) 415 ss. concede valor al *color insaniae* en época postclásica y a la *iniuria* en época clásica. DI LELLA (1972) 132 ss., entiende que en los casos de preterición la causa era la *iniuria* y en los de desheredación el *color insaniae*. Por su parte, GAGLIARDI (2002) 258 ss., niega relevancia al *color insaniae*, ausente en las fuentes del período tardo republicano, pero objeto de debate entre literatos y juristas, pues el fundamento de las decisiones centumvirales estarían para él en la *aequitas* que induce al Colegio Centumviral a declarar inoficioso un testamento que excluyera a los parientes próximos.

<sup>1121</sup> QUERZOLI (2000) 161 ss.; Quintiliano y Séneca el Rétor lo relacionan con la *exhereditatio* y el cumplimiento de los *officia parentum*, con un modelo de *pater* también válido para el príncipe, *pater patriae* en definitiva, respetuoso con las leyes naturales y paciente con los hijos. Ante los *centumviri*, se invoca la *insania* habitualmente, como nos relata Séneca el Rétor, *Controversiae* 1, 3; 1, 7; 1, 8; 2, 3; 12; 2, 4: *Latro usus est in hac controversia illa calcata quaestiones: an possit dementiae agi cum patre ob ullam aliam rem quam ob dementiaem; Controversiae*; DI OTTAVIO (2012) 60 ss.; GAGLIARDI (2000) 258 ss.; LÉON ALONSO (1989) 19 ss.; RIBAS ALBA (1998) 184 ss.; MURPHY (1983) 118 ss.

demente. En otras ocasiones, como vimos anteriormente al tratar el parricidio, la impiedad podía conducir a la auténtica locura.

DI OTTAVIO<sup>1122</sup>, partidaria del *color insaniae* como fundamento de la *querella*, entiende que, gracias a este texto, el origen de la acción de inoficiosidad se podría situar en el siglo I a. C., época de importantes cambios sociales en la que una nueva sensibilidad se abre paso en la sociedad romana, lo que ya se venía demostrando con la renovación pretoria del sistema sucesorio acaecida un siglo antes.

En nuestra opinión, es bastante posible superar esa bipolaridad y defender como RIBAS ALBA la complementariedad de ambos conceptos<sup>1123</sup>, a la vez que situar la *pietas* en el centro de las reflexiones acerca el fundamento de la *querella*, ofrecería una respuesta a la tan frecuente invalidación de testamentos realizados por mujeres que preterían o desheredaban sin causa a sus hijos, así como a la tutela centumviral para suceder *mortis causa* a los padres e hijos naturales frente a la familia de adopción, o a los emancipados con respecto a sus familiares de sangre, como en D. 48, 9, 5 (Marciano, 14 *institutionum*).

Por tanto, hemos de considerar, como VOCCI, RIBAS ALBA y GAGLIARDI<sup>1124</sup> que la *querella* fue una acción independiente de la *hereditatis petitio*, por ser diferentes los requisitos para la legitimación activa o pasiva de cada una, el régimen de transmisión y la prescripción quinquenal de la *querella*, así como la duplicidad de sedes ante la que se planteaba. La sentencia de inoficiosidad se dirigía a crear o reconocer un título de heredero a favor de quien lo mereciera por su cumplimiento de los deberes impuestos por el *officium pietatis* siempre dentro del círculo familiar cercano al testador. Por ello, podemos hablar de una naturaleza rescisoria, de tal manera que la obtención de la herencia o una parte de ella requería del ejercicio de otras actuaciones procesales: la *hereditatis petitio* o la solicitud de la *bonorum possessio* al pretor.

Cada reclamación de inoficiosidad contra un testamento era independiente y se desenvolvía ante secciones del tribunal centumviral, de forma que la *querella* no se dirigía al testamento como un todo, sino contra una concreta institución de heredero<sup>1125</sup>. La sentencia, con efectos civiles para los vencedores, sólo probaba la vulneración de los deberes del testador hacia ellos.

---

<sup>1122</sup> DI OTTAVIO (2012) 65 ss.; CANTARELLA (1996) 123 ss.; KRÜGER (1940) 94 ss., sobre el *officium pietatis* y la relevancia del *color insaniae*. Valerio Máximo, 5, 4, 7; 5, 7; D. 5, 2, 5 (Marcelo, 3 *digestorum*); D. 5, 2, 15 (Papiniano, 14 *quaestionum*).

<sup>1123</sup>RIBAS ALBA (1998) 182 ss.

<sup>1124</sup>RIBAS ALBA (1998) 203 ss.

<sup>1125</sup>RIBAS ALBA (1998) 245 ss.

Si bien desde distintos ángulos, autores como LA PIRA<sup>1126</sup> y SANFILIPPO<sup>1127</sup> adjudican esa naturaleza independiente a la *querella* con respecto a la sucesión *abintestato*, porque al fin y al cabo, la pretensión del querellante era ser instituido heredero incluso a veces en cuotas iguales con el heredero instituido de igual mérito, y cada institución impugnada iría dando lugar a una sentencia distinta, por lo que resultaba especialmente novedosa la orientación a la regla *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*<sup>1128</sup>.

Posteriormente, se introducirá un elemento distorsionador en este sistema, la *portio debita*, que ascendía a un cuarto de la cantidad que correspondería al heredero *abintestato*, actuando como *minimum* a adjudicar al heredero necesario<sup>1129</sup>. A partir de entonces, quien hubiera recibido del testador esa cantidad, no podría optar a ejercer la *querella*<sup>1130</sup>, por evidente influencia de la *lex Falcidia*, del año 40 a. C.<sup>1131</sup>. Las numerosas sentencias de los *centumviri* considerarán desde entonces que el heredero necesario había de recibir esa *portio debita*, restándose flexibilidad y creatividad a sus pronunciamientos, D. 5, 2, 8, 8 (Ulpiano, 14 *ad edictum*). Así pues, nos hallamos ante el germen de la cuota legítima que *nació con finalidad procesal, para no dejar al arbitrio de los centumviri el montante de la herencia en cada caso*<sup>1132</sup>.

Puesto que la infracción del *officium pietatis* se manifestaba, bien en la desheredación injusta, total o parcial, de los parientes cercanos, bien en su preterición<sup>1133</sup>, dichos familiares acudirían en primer término al pretor, quien establecía un filtro en la fase *in iure*, al examinar una serie de requisitos de admisibilidad. El pretor concedería la *bonorum possessio litis ordinandae causa* al querellante si apreciaba sus argumentos, y, en caso de resultar victorioso, quedaba éste facultado para utilizar el interdicto *quorum bonorum* o la *hereditatis petitio possessoria* para lograr la efectiva posesión de la herencia.

Caso a caso, habría de estudiarse si el querellante era apto para ejercitar la reclamación de inoficiosidad, pues, además de esgrimir una justa causa que condenara la desheredación o

<sup>1126</sup>LA PIRA (1930) 400 ss.

<sup>1127</sup>SANFILIPPO (1982) 200 ss.

<sup>1128</sup>BIONDI (1960) 78 ss.; COPPOLA (2012) 37 ss.; RIBAS ALBA (1998) 256 ss.; SANFILIPPO (1982) 204 ss., se apoya en el concepto de *cognati* como herederos necesarios de LA PIRA (1930) 412 ss.

<sup>1129</sup>Plinio el Joven, *Epistulae* 5, 1, 9-10. La visión clásica de la *portio debita* en C. 3, 28, 6 *Imp. Antoninus A. Ingenuo. Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum mortis tempore testator reliquit, inspicitur. PP. VII k. Iul. Romae duobus Aspris cons.* [a. 212].

<sup>1130</sup>Séneca Rétor, *Controversiae* 9, 5, 15.

<sup>1131</sup>Hasta el punto que en época postclásica se le llamase *Falcidia*: Código Teodosiano, 16, 8, 28; D. 5, 2, 8, 9 y 11 (Ulpiano, 14 *ad edictum*); D. 38, 2, 12, 2 (Ulpiano, 14 *ad edictum*); D. 28, 2, 18 (Ulpiano, 47 *ad edictum*) pues el heredero recibe vía legados o fideicomisos esa cuarta parte de lo que le corresponde *abintestato*; RIBAS ALBA (1998) 242, sobre el cálculo de la *portio debita* y su relación con la *exhereditatio bonamente facta*.

<sup>1132</sup>RIBAS ALBA (1998) 244.

<sup>1133</sup>D. 5, 2, 5 (Marcelo, 3 *digestorum*): *docere immerentem se et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*.



preterición sufrida injustamente, debía someterse a un juicio de méritos frente a aquellos parientes sí reconocidos por el testador. No se trataba sólo de haber cumplido con el *officium pietatis* en vida del testador, sino de haberlo hecho mejor o, al menos, igual que el heredero instituido<sup>1134</sup>. En este sentido, es interesante subrayar que no siempre los parientes que pretendían ejercitar la *querella* ostentaban la condición de herederos *abintestato* (civiles o pretorios) pero, en el supuesto que el Colegio Centumviral estimara que merecían serlo, se les consideraría *heredes* en la sentencia que hacía caer la institución de heredero contrariando la voluntad del testador.

Consecuentemente, entendemos que al menos en época clásica, en la que se sitúa el texto D. 38, 17, 1, 7 (Ulpiano *12 ad Sabinum*) la consecuencia necesaria de la declaración de inoficiosidad del testamento no era la apertura de la sucesión intestada, mostrando Ulpiano habitualmente la independencia de la *querella* respecto a la sucesión intestada así como su flexibilidad, al permitir el ejercicio sucesivo o el ejercicio de un pariente de grado ulterior aun cuando otro con más derecho no hubiese recurrido a ella<sup>1135</sup>. Recordemos que la *querella* ya era ejercida antes del siglo I a. C., por tanto anterior a la *bonorum possessio sine tabulis*, y que el edicto no reconocía la *bonorum possessio contra tabulas* frente al testamento femenino:

D. 37, 4, 2 (Paulo, 41 *ad edictum*):

*Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.*

Regresando al supuesto de la madre fallecida, no es casual que las fuentes nos brinden numerosos casos de testamentos maternos impugnados por inoficiosidad, pues la *querella* ofrecía un *plus* de protección que no otorgaban la sucesión *abintestato* civil o pretoria. Precisamente esa aportación por medio de la *querella* responde a la consideración del Colegio Centumviral como guardianes de la *pietas* y del cumplimiento de los principios del *ius civile* en materia sucesoria, marcando una senda que seguirán, siglos después, instrumentos pretorios como la *bonorum possessio sine tabulis* o *contra tabulas* referidos a los deberes hacia la familia de sangre. En el caso de Pomponia Galla, que había desheredado a su hijo, Asidio Curiano instituyendo heredero a Plinio el Joven y a Sertorio Severo, *vir praetorius et aliqui splendidi equites Romani*, Curiano había tratado de alcanzar un acuerdo secreto con Plinio sobre la *portio*

---

<sup>1134</sup> Valerio Máximo, 8, 2, en el caso del testamento de Ebuca, *nam cum haberet duas similimae probitatis filias*.

<sup>1135</sup> RIBAS ALBA (1998) 210 ss.

recibida, para influir en la decisión de los *centumviri*. Plinio encuentra ese pacto contrario a los *mores maiorum*, y sólo se muestra dispuesto a renunciar si el hijo lograra demostrar que había sido *inique exheredatus*.

D. 5, 2, 16 pr. (Papiniano, 2 *responsorum*)<sup>1136</sup>:

*Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat.*

En este supuesto, nos encontramos con una madre de dos hijos varones y una hija instituyendo sólo a uno de los varones como heredero. Mientras que el hijo preterido plantea y gana la *querella inofficiosi testamenti*, la hija no la presenta y no concurre con el hermano a repartirse la herencia. ¿Parece justo que la hija nada obtenga y la herencia se distribuya entre ambos hermanos varones, en razón de dos tercios el hermano instituido y un tercio el querellante? ¿Por qué mantener a la hermana igual de postergada que antes de la impugnación del testamento? Papiniano argumenta que la omisión en el planteamiento de la *querella* tiene el mismo significado legal que el transcurso del plazo límite para pedir la *bonorum possessio*, de forma que quien se descuidara no se beneficiaría del nuevo reparto de los bienes. El *quantum* del derecho del actor querellante es la cantidad que pierde el derrotado en esa comparación a dos.

En época clásica, la *querella* se proyecta sobre la institución de heredero y el resto del testamento queda a salvo sin abrirse automáticamente la sucesión intestada, de forma que los *centumviri* no habrían tenido la obligación de atribuir una determinada cuota al heredero, sino de valorar si era suficiente lo que se les había dejado en el testamento. Y, de hecho, el juicio centumviral era una comparación de las conductas familiares de instituido y querellante (y, de paso, del propio testador). Así pues, la actuación centumviral al celebrar estos juicios contra testamentos maternos, y al otorgar la cualidad de heredero civil al vencedor, algo fuera del alcance de la actuación pretoria<sup>1137</sup>, puede considerarse como precursora de los pronunciamientos inspirados en la *pietas* hacia los parientes que inspiraron los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

---

<sup>1136</sup> KASER (1971) 594.

<sup>1137</sup> GAGLIARDI (2000) 271 ss.





## CAPITULO VI

### La necesaria coordinación entre las disposiciones de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano y los principios del *ius vetus*.

#### 1. La sucesión en la delación y el retorno al *ius vetus* en el senadoconsulto Tertuliano.

1. D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): Las repercusiones de la *abstentio* de los *sui heredes* en las expectativas sucesorias de la madre del fallecido.
2. D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): La *restitutio in integrum* del *missus in possessionem*.
3. D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). La sucesión en la delación por causa del repudio de la herencia por la madre del fallecido.
4. D. 38, 17, 2, 5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): el llamamiento a la madre a la herencia del impúber.
5. Algunos casos excepcionales:
  5. 1. La difícil interpretación de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).
  5. 2. D. 38, 17, 2, 23 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): La retirada de derechos sucesorios a la madre del fallecido impúber por no haber solicitado tutor.

#### II. Exégesis de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

1. La sucesión en la delación en el senadoconsulto Orficiano.
2. El derecho de acrecimiento en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.
3. La sucesión de la liberta.



## I. La sucesión en la delación y el retorno al *ius vetus* en el senadoconsulto Tertuliano.

Si existe un principio del *ius civile* incuestionado y fuertemente enraizado en el ámbito de la regulación de sucesión *mortis causa*, no es otro que la prohibición de llamamientos sucesivos en la herencia intestada, es decir, la negación de la sucesión en la delación. Un aspecto particular de esta prohibición se ponía de manifiesto por el fallecimiento, antes de la aceptación, del *heres* voluntario que no había llegado a repudiar la herencia. Tanto en la *hereditas* como en la *bonorum possessio*, el heredero que no fuera *suus* debía manifestar su voluntad de aceptar el ofrecimiento de los bienes hereditarios, siendo los términos utilizados para designar dicho ofrecimiento *deferre* y *vocare*. Un fallecimiento previo a la aceptación o renuncia suponía la intransmisibilidad de derechos a sus herederos, lo que se revelaba particularmente lesivo en los supuestos en los que el heredero voluntario fuera un impúber o un *furiosus*.

En la etapa clásica, la aceptación era un acto personal en el que no cabía la representación legal o voluntaria, lo que llevaba irremisiblemente a la pérdida de expectativas de estas personas. No obstante, la regulación pretoria atenuaría el rigor de este principio, sobre todo para solventar aquellas situaciones en las que el llamado a aceptar la herencia encontraba un impedimento objetivo en el ofrecimiento de la misma, aun cuando tuviera voluntad de hacerse con los bienes hereditarios. En efecto, el derecho pretorio considerará diversas excepciones a fin de lograr la operatividad de la *transmissio delationis* a favor del heredero del llamado cuando la delación no había podido consolidarse<sup>1138</sup>. Un caso paradigmático en el que se produce la *transmissio delationis* en la aplicación del senadoconsulto Orficiano sería el expuesto en D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) para las situaciones en las que se dudaba del *status familiae* de la fallecida, y se proveía la concesión de una *bonorum possessio decretalis* a favor de los descendientes de ulterior grado cuando los hijos de la mujer de cuyo estado se duda hubieran fallecido mientras se dilucidaba esa cuestión.

---

<sup>1138</sup> RIBAS ALBA (1994) 289 ss. No debe llegarse a la deducción errónea de admitir la transmisión cuando la falta de aceptación se debiera a la ausencia o la minoría de edad del llamado o, directamente, a su falta de interés en la herencia. Son casos recogidos en las fuentes sobre la transmisión del *ius delationis* la preterición del póstumo, las dudas sobre la capacidad del causante y la institución bajo condición. Los remedios pretorios para que operara la *transmissio* fueron la *restitutio in integrum* y la *bonorum possessio decretalis*, pero entre ellos existe una relación de subordinación, pues para el caso que el llamado no acepte la herencia civil, su heredero puede pedir la *restitutio* y obtener la *bonorum possessio* que hubiese obtenido el causante. Pero, si no se llegara a producir el llamamiento civil, la *restitutio* se encaminaría a obtener la *bonorum possessio*, restableciendo una situación de derecho o de hecho, pero no creándolo *ex novo*. La aceptación era un acto personal, que no podía suplirse, por lo que se habría concedido la *bonorum possessio* que debiera haber solicitado el fallecido.

El estudio que pretendemos realizar acerca de la sucesión en la delación en ambos senadoconsultos parte de otra óptica, y necesariamente abarca supuestos de muy diversa naturaleza. En realidad, nos plantearemos la aplicación de los llamamientos en base al *ius novum* o al *ius vetus*, puesto que coexistían tres tipos de regulaciones (y delaciones) al promulgarse el senadoconsulto Tertuliano y Orficiano: las realizadas por la Ley de las XII Tablas, las disposiciones del *ius novum* y las correspondientes al orden pretorio.

La abstención de un *suus heres* o la renuncia del agnado no supondrían, de acuerdo al antiguo principio, la llamada a la madre de la persona fallecida *ex Tertulliano* pues debería negarse el tránsito del *ius vetus* al *ius novum*. Por el contrario, si el llamado antes que la madre del fallecido lo era en virtud del *ius novum*, atendiendo a lo expuesto en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) se permitiría que una abstención o renuncia hiciera operar la delación sucesiva a otros parientes. Finalmente, en el caso que la persona con derecho a suceder fuera un posible *bonorum possessor* que no había ejercitado su solicitud, la madre del fallecido podía esgrimir su condición por la clase *unde legitimi* gracias a la regulación del senadoconsulto Tertuliano<sup>1139</sup>.

En definitiva, la estratificación de los diferentes sistemas sucesorios, puesto que el legislador renunció a ir aboliendo la regulación previa, hizo convivir al *ius vetus*, *ius novum* y *ius honorarium*, lo que habría permitido la aplicación de una moderada sucesión en la delación siempre que se tratara de vocaciones hereditarias en virtud del derecho nuevo. No es difícil aventurar que los propios juristas clásicos debatieran largo y tendido sobre esta ruptura de un principio del *ius civile* de tal fortaleza, pues se hacía imprescindible delimitar los contornos de la admisión de llamamientos sucesivos. No obstante, dado el carácter transgresor de esta medida, los prudentes se habrían afanado en identificar situaciones de crisis a las que aplicar la sucesión en la delación, para no convertir en regla lo absolutamente excepcional.

Así las cosas, entendemos conveniente enumerar en sede de senadoconsulto Tertuliano esas situaciones críticas que hicieron necesario buscar una alternativa cuando las personas llamadas a suceder no llegaban a adir la herencia. Para comenzar, analizaremos tres situaciones: la *abstentio* de los *sui heredes*, la *restitutio in integrum* del *missus in possessionem*, y el caso de la madre del fallecido que repudiara la herencia.

---

<sup>1139</sup> LA PIRA (1930) 291-293.



1. D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): Las repercusiones de la *abstentio* de los *sui heredes* en las expectativas sucesorias de la madre del fallecido.

D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. Africanus et Publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstent, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.*

El punto de partida del fragmento es la exclusión por parte de los hijos del fallecido de la madre del mismo, ya fueran esos hijos *sui heredes* o aquéllos admitidos a la *bonorum possessio unde liberi* al considerarlos por ficción como *sui*. Por el contrario, los hijos dados en adopción por el fallecido eran considerados meros cognados de su padre y quedaban en peor posición que la madre del fallecido. Antes de proceder a analizar el caso del *suus* que se abstenía, debemos comentar un texto que recoge la disposición de Antonino Pío por la cual se suspendía la aplicación de las normas del senadoconsulto Tertuliano si el fallecido hubiera dado a una hija en adopción, y ésta aspirara a la herencia junto a la madre del fallecido:

D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed si quis decessisset relicta filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre, divus Pius decrevit cessare senatus consultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam. sed quod idem Iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit: succedit enim filiae. et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succede quasi legitima speraretur.*

Así pues, la regla general que acabábamos de exponer es sustituida por una solución diferente, pues no se llama a la madre del fallecido aun cuando la hija hubiera perdido el parentesco civil con su padre, y son admitidas ambas a la herencia. Para Juliano la madre no podría pedir la *bonorum possessio*, *si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit; succedit enim filiae*, de forma que sólo podría suceder como *legitima*, *donec filia*

*bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur.*

Una posible clave para entender este fragmento es considerar que la persona fallecida fuera una mujer que dejaba a su madre y a su hija bajo la potestad de un *paterfamilias*, lo que no vulneraría las normas *ex Tertulliano*. Ahora bien, el caso es igualmente interesante porque desplazar a una hija del fallecido en favor de la madre de éste, su abuela materna, por mucho que la niña hubiese sido dada en adopción, era una solución contraria a la *pietas*, lo que había llevado a Antonino Pío, décadas antes de dictarse el senadoconsulto Orficiano, a suspender la aplicación del senadoconsulto Tertuliano: *cessare senatus consultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessione matrem et filiam*.

LA PIRA<sup>1140</sup> cree que, a consecuencia del *decretum* de Antonino Pío, se estableció que la hija no fuera excluida de la herencia de su madre pero puesto que la madre de la fallecida era llamada *ex iure civile* y los hijos aún no eran herederos civiles de su propia madre, no se podía superar al *ius civile* nombrando por decreto herederos legítimos ni favorecer a la hija dándole la *bonorum possessio*. Por ello, al igual que a los emancipados se los consideraba ficticiamente *sui* aun habiendo salido de la familia, el emperador optó por salvaguardar con ficciones las exigencias del *ius civile* y favorecer a la hija del fallecido, siendo la vía elegida la suspensión del senadoconsulto Tertuliano y permitirle solicitar la *bonorum possessio unde cognati*. En el caso de no ejercerla, se volvería a plantear el problema de la delación sucesiva debiendo decidirse si se levantaba la suspensión del senadoconsulto Tertuliano y la madre heredaba por el *ius civile*, o si, por el contrario, sólo podía pedir la *bonorum possessio*.

En todo caso, la solución de D. 38, 17, 2, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) no puede considerarse clásica pues realmente la hija y la madre de la persona fallecida no concurrían juntas, y la primera se situaba antes que su abuela en la petición de la *bonorum possessio unde cognati* en la época justiniana por la preferencia de los descendientes.

Tras este inciso, es el momento de analizar D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), un pasaje en el que Ulpiano estudia la solución para la herencia del fallecido cuyo *suus heres* se abstenía. La cuestión que se plantea es si procedería la llamada *ex Tertulliano* a la madre del fallecido, y podemos imaginar que provocaba en la mentalidad clásica un importante dilema dogmático. Tal vez por ello, mencionaba Ulpiano la opinión de Africano y Publicio a favor del llamamiento a la madre como la postura que consideraba más equitativa. El problema es clarificar, dado el carácter de heredero necesario del primer llamado, cuál fuera su posición

---

<sup>1140</sup> LA PIRA (1930) 284-287.

jurídica, lo que se solventa con la hasta el momento insólita mención al *nudum nomen sui heredis*, el simple título de *sui heredes*, utilizado por vez primera en el Digesto.

El texto, tras un análisis de la sintaxis, parece haber sido acertado. Además, la falta de otros ejemplos de la no adquisición por el *suus* diferentes de la *abstentio* pueden hacer dudar de la autoría de Ulpiano. No obstante, MEINHART<sup>1141</sup> expone que, fuera de los libros 12 y 13 *ad Sabinum*, ya venía reflexionando Ulpiano sobre la especial posición del *suus*, convertido *ipso iure* en heredero. Ciertamente, disponía del recurso al *beneficium abstinendi* ante el pretor, pero, aun sin adquirir la herencia, no llegaba a perder su condición de *heres*.

También Gayo abordaba este asunto en el pasaje siguiente:

Gai. 3, 32:

*Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, velut per senatus consultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur.*

El valor de estas afirmaciones radica en la relación entre ese automatismo en la obtención de la cualidad de heredero intestado y el principio de la no sucesión en la delación, que se resume de la siguiente forma: la mera presencia de un *suus* impediría cualquier delación a otros herederos.

LA PIRA señala D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) como un texto interpolado, en el que originariamente Ulpiano debió decir que la abstención de los *sui heredes* del fallecido no suponía que la madre adquiriera *iure civile*, sino tan sólo que se la admitiría como peticionaria de la *bonorum possessio unde cognati* lo que casaría mejor con este otro texto de Ulpiano:

D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam hereditatem, mater ex senatus consulto Tertulliano admittetur. sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda*<sup>1142</sup>.

---

<sup>1141</sup> MEINHART (1967) 315 ss.

<sup>1142</sup> LA PIRA (1930) 282 sostiene que la hipótesis que plantea Ulpiano en este fragmento hace referencia a los hijos admitidos a la herencia materna por causa del senadoconsulto Orficiano. LENEL (2000) a 1047, 2520 cree

Efectivamente, se plantea la posibilidad de que un hijo del fallecido, que no fuera *suus heres* pero si el único heredero legítimo, rechazara la herencia, caso en el que se llamaría a la madre del fallecido *ex Tertulliano*. Pero, *si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda*, nos pone en el dilema de identificar quiénes fueran esos llamados legítimos con mejor derecho que la madre del fallecido, a lo que procederemos en un próximo apartado de este capítulo.

Por una parte, no puede negarse su valor como ejemplo de la preocupación por los juristas clásicos acerca de esta problemática. Pero, tal y como razona MEINHART<sup>1143</sup>, resulta un tanto extraño que Ulpiano adoptara la solución de Africano y Publicio sobre el *nudum nomen heredes* de los *sui heredes* sin haber hecho un planteamiento general sobre los casos en los que los hijos no llegaban a adquirir, acometiendo esta cuestión sólo para el caso de la abstención. Y ese giro de lo general a lo particular sería la razón para sospechar de la manipulación del texto.

En efecto, si existían varios casos en los que los *sui heredes* no llegaran a adquirir la herencia, la solución de un supuesto tan específico como el del *abstinens* no parece que fuera aplicable a otras situaciones como:

D. 28, 2, 20 (Modestino, 2 *pandectarum*):

*Sub condicione filius heres institutus si pendente condicione adrogandum se dedit, necessarius heres non erit.*

El *heres suus sub condicione*<sup>1144</sup> de este supuesto se dejaba arrogar durante el tiempo de la condición y perdía la condición de *suus heres* de su padre. A la vez, existían otras situaciones bien conocidas por Ulpiano, en la que se discutía la condición de *sui heredes*:

D. 38, 16, 1, 8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Sciendum est autem nepotes et deinceps interdum, etiamsi parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit.*

---

que se trataría de hijos que se encuentran respecto de su madre en posición de hermanos consanguíneos. SANFILIPPO (1951) 364, nt. 3.

<sup>1143</sup> MEINHART (1967) 206 ss. Tanto la introducción como la siguiente parte del texto hablan de *sui* pero la parte de *ut puta* carece de sujeto y el verbo está en singular. Hay que explicar asimismo el *abstinuit* que apoya la suposición que el texto se ha reducido considerablemente en este punto. MOMMSEN sugiere, en lugar *abstinuit a abstinenti sui*. Los autores partidarios de esa interpretación dudan de la clasicidad por la falta de coherencia gramatical, pero sin explicar hasta qué punto puede ser objetiva o históricamente justificada esta propuesta. MEINHART cree que es demasiado riguroso afirmar que todo el texto es un acto de los compiladores.

<sup>1144</sup> VOGEL (1951) 490 ss.

*quod ita procedit. si paterfamilias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus: nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam ne delata est filio hereditas. idem erit dicendum et si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus non impleta condicione decesserint: nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint: idque et Iuliano et Marcello placet*<sup>1145</sup>.

Por ello, no tendría que haber inconveniente para los casos anteriores en que la madre del difunto fuera llamada a sucederle, bien por morir el hijo de la persona fallecida antes de cumplirse la condición sin haber recibido los bienes<sup>1146</sup>, bien por haber sido desheredado el hijo.

En definitiva, lo que queremos destacar es que la admisión sin más de la delación sucesiva era ya un hecho en el derecho justiniano, y la sospechosa frase final de D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), *quae est sententia aequior*, expresada en comparativo sugiere que se había elegido entre dos opciones de las cuales desconocemos cual fuera la más equitativa<sup>1147</sup>. Pareciera que la opinión de Africano y Publicio fuera enfrentada a las de otros juristas, apuntando MEINHART que los compiladores obraron una manipulación de la conclusión de ambos lo que puede deducirse de los defectos gramaticales en la construcción del texto. Para la autora austríaca, deben diferenciarse la frase *Africanus et Publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire* de aquella otra, *et tunc ei obstant, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri* y ponerlas en relación con el siguiente texto:

D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire,*

---

<sup>1145</sup> Precisamente la cita múltiple de Juliano y Marcelo que encontramos aquí muestra claramente que las cuestiones de establecimiento de condiciones a los *sui heredes* fueron discutidas con frecuencia.

<sup>1146</sup> En aplicación del principio del *proximus ... quaerimus ... qui tunc fuit, cum intestatum decessisse certum est*, hallamos en los libros 12 y 13 *ad Sabinum* de Ulpiano múltiples citas, como en D. 38, 16, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*); D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): *Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor. et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem. igitur et si furioso decreto petita sit possessio et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstat.*

<sup>1147</sup> VIR I, 296 sv. *aequus*.

*patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.*

Este texto menciona la concurrencia de la hermana consanguínea, la madre, y el padre del fallecido, decidiendo que las dos primeras compartan la herencia pero sólo si la hermana decide aceptar. Pues, en caso contrario, el padre desplazaría a la madre pues verdaderamente es la consanguínea quien abre a la madre las expectativas sucesorias. Por tanto, si el padre dejara de pedir la posesión de los bienes, sucedería la madre del fallecido en virtud del senadoconsulto.

D. 38, 17, 2, 19 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed et si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea, ut puta “quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit”, sit praeterea et pater naturalis: haec mater si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem: si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatus consulto venire propter patrem non potest, repudiante vero patre rursus ex senatus consulto potest venire.*

Este pasaje contempla el caso de la madre que fuera también hermana consanguínea del fallecido tras la adopción del nieto por el abuelo materno. En este supuesto, si a la muerte del niño ya hubiera fallecido el abuelo, el padre natural del primero sería excluido por la madre salvo que ésta hubiera perdido la cualidad de agnada de su hijo o repudiara la herencia. En ese momento, la herencia podría llegar al padre, y caso de renunciar éste a su vez, la madre en cuanto cognada, podría acudir al senadoconsulto Tertuliano de nuevo y solicitar la *bonorum possessio unde cognati*.

La doctrina ha tratado de reconstruir la versión original de D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) proponiendo autores como BESELER<sup>1148</sup> que la frase final *quae est sententia aequior* fuera suprimida, pues les parece cuestionable una mención a la *aequitas* en ese contexto. En el mismo sentido, se manifiestan SOLAZZI<sup>1149</sup> y SANFILIPPO<sup>1150</sup>, mientras que

---

<sup>1148</sup> BESELER (1948) 376.

<sup>1149</sup> SOLAZZI (1933) b 243 ss.

<sup>1150</sup> SANFILIPPO (1951) 371 ss.

VACCARO-DELOGU<sup>1151</sup> es partidario de mantener dicha mención y LA PIRA<sup>1152</sup> simplemente considera el texto completo como interpolado pues, si el derecho de la madre se lo atribuye el senadoconsulto Tertuliano, que es derecho civil, y la madre es precedida de *sui*, éstos son herederos *ipso iure* y la excluyen aunque se abstuvieran. Aun así, entiende este autor que podría la madre pedir la *bonorum possessio unde cognati* si el *suus* no utilizara esa vía después de abstenerse, lo que permite acoger la solución propuesta por Africano y Publicio. Sin embargo, ve diferente la situación de los hijos *emancipati* que renunciaran a la *bonorum possessio*, pues la madre podría ejercitar su derecho como heredera civil. Por tanto, cree que Africano y Publicio debieron tomar partido por los viejos principios del *ius civile*, negando el derecho a la madre del fallecido a sucederle *abintestato*, pero dejándole abierta la concesión de una *bonorum possessio unde cognati*<sup>1153</sup>.

SOLAZZI<sup>1154</sup> es partidario de acortar enormemente el texto, aunque expone que *no se puede garantizar, basado sólo en preocupaciones lingüísticas, que Africano y Publicio no estuvieran tentados de salvar las expectativas de la madre del fallecido*. No obstante, expone que la figura del *nudum nomen sui heredis* no era un instrumento común para la herencia clásica<sup>1155</sup> y que la admisión de la madre tras la abstención del *suus* supondría una solución contradictoria con la tradición y extremadamente original. Además, no se podría explicar muy bien, si un *suus* tuviera el *nudum nomen heredis*, qué tendría la madre del fallecido, porque el *adire hereditatem* sin tener el *nomen heredis* no se conoce en las fuentes y cualquier decisión que admitiera a la madre a la herencia legítima habiendo *sui heredes* era una transgresión de los principios del *ius civile*<sup>1156</sup>.

SANFILIPPO<sup>1157</sup> opina que la admisión de la madre a heredar por la abstención del *suus* del fallecido<sup>1158</sup> presentaba una gran dificultad para la que no estaban bien preparados los clásicos. Pero, aun así, la expresión *temptant dicere* demostraría que la jurisprudencia interpretó el senadoconsulto Tertuliano de una forma *progresista*, pues la *adquisición patrimonial de la herencia valía más que la adquisición del nudo título de heredero del heres*

---

<sup>1151</sup> VACCARO-DELOGU (1941) 41 ss.

<sup>1152</sup> Para LA PIRA (1930) 281 ss. es difícil reconstruir el fragmento, aunque acude a otro texto que confirma estas consideraciones: D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>1153</sup> MEINHART (1967) 223 objeta que el texto no ofrece cobertura para esa interpretación puesto que la *bonorum possessio* no se menciona en absoluto, y, sobre todo, la *hereditas* no se le niega a la madre.

<sup>1154</sup> SOLAZZI (1933) b 243, nt. 27.

<sup>1155</sup> KASER (1971) 595 ss.

<sup>1156</sup> VACCARO-DELOGU (1941) 43, nt. 23.

<sup>1157</sup> SANFILIPPO (1951) 371 ss.

<sup>1158</sup> Recordamos en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8 la enumeración de los competidores de la madre confirmada esencialmente por Instituciones 3, 3, pues su estructura hace extremadamente improbable que no se discutiera en detalle la problemática de la concurrencia.

primer llamado. La mención al *nudum nomen*<sup>1159</sup>, en su opinión, no sería clásica, aunque quizás se encontrara en el siguiente texto de Gayo:

Gai. 2, 224:

*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUAE REI ITA IUS ESTO. qua de causa qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur*<sup>1160</sup>.

Nos encontramos con un caso diverso al que nos ocupa<sup>1161</sup> puesto que en el texto gayano se produce una renuncia que no pudo permitirse el *suus heres*<sup>1162</sup>. Para la mentalidad clásica, quien tenía un *suus* no se quedaba sin *heres* si aquél hiciera uso del beneficio de abstención, por razón de la superioridad de la calificación de *heres* sobre la de *abstinens*<sup>1163</sup>. Por ello, no se adquiriría el *nudum nomen heredis*, sino que había una adquisición patrimonial de la *hereditas*, lo que evidentemente<sup>1164</sup> sólo puede entenderse desde el punto de vista de quien obtuvo la *bonorum possessio*, pues desde la visión del *ius civile* no se puede adquirir la *hereditas* si hay un *suus* aunque éste se abstenga.

---

<sup>1159</sup> VIR. 4, 304 ss. y 170 ss. D. 36, 3, 1, 19 (Ulpiano, 79 *ad edictum*); D. 29, 2, 20, 4 (Ulpiano, 61 *ad edictum*): *nomen et ius heredis*.

<sup>1160</sup> C. 3, 29, 3 *Imp. Valerianus et Gallienus AA. Aetiae. PP. VI k. Aug. Maximo II et Glabrone cons.* [a. 256] menciona el *inane nomen heredis*. KASER (1971) 565 ss.

<sup>1161</sup> En el texto se habla de un testamento. Además, se *abstinere* no tiene el mismo significado que la posibilidad que el pretor daba a los *sui* sino que se usa en sentido atécnico, como la no comparecencia de quien podría heredar.

<sup>1162</sup> D. 38, 2, 6, 2 (Ulpiano, 43 *ad edictum*): *Si filius liberti heres ab eo institutos abstinerit, quamvis nomine sit heres, patronus admittitur*. Se presenta un caso en el que un liberto muere dejando un *filius* y a su patrono de forma que a éste último le corresponderían los bienes y al hijo el *nudum nomen heredis*, pero ninguno pierde su posición de *heres*. D. 29, 2, 38 (Ulpiano, 43 *ad edictum*); D. 28, 8, 8 (Ulpiano, 61 *ad edictum*); D. 29, 2, 99 (Pomponio, 1 *senatus consultum*); D. 37, 7, 9 (Trifonino, 6 *disputationum*); D. 37, 14, 9 pr. (Modestino, 9 *regularum*).

<sup>1163</sup> D. 50, 16, 119 (Pomponio, 2 *ad Quintum Mucium*); Gai. 1, 54; 2, 40; 3, 166; KASER (1961) 182 ss. También D. 50, 16, 178 (Ulpiano, 49 *ad Sabinum*) hace referencia al *nudum ius heredis*. En D. 38, 2, 6, 2 (Ulpiano, 43 *ad edictum*) la naturaleza jurídica del *heres* (*se abstinens qui nomen heredis obtinet*) y del *bonorum possessor* (*admissus*) se comparaban con quien es *dominus ex iure Quiritium* mientras que otra persona tenía la cosa *in bonis*, pues lo primero era una reserva del *ius civile*, mientras que el pretor era quien otorgaba la *bonorum possessio* o *in bonis*. No podemos equiparar esos conceptos a nuestro caso del *heres* porque el *dominus ex iure Quiritium* permanece con el *nudum ius* sólo durante un tiempo, mientras que el *heres* lo es para siempre. La comparación puede explicar el significado de la expresión *nomen nudum heredis*: se guarda la calificación como *heres* al *suus abstinens* aun cuando otro posea la herencia, en este caso, la madre del fallecido.

<sup>1164</sup> Como excepción, la *in iure cessio hereditatis*, pues a partir de ella se puede renunciar. Gai., 2, 41; 2, 224 y 3, 85. KASER (1971) 600 ss.



En páginas posteriores volveremos a exponer el punto de vista de SANFILIPPO<sup>1165</sup> esta vez en relación a la posible derogación del principio de no admisibilidad de transmisión de la delación en la sucesión intestada en la regulación del senadoconsulto Orficiano, pues la idea de partida de este autor sería que, en época clásica, muchos principios antiguos de la *hereditas* fueron atenuados en su rigor, quedando paralizada su aplicación y siendo sustituidos (al menos de hecho) por nuevos principios. Por supuesto, la labor creadora de los juristas ocupa el primer plano en dicha evolución, de manera que Ulpiano, y, posiblemente, Africano y Publicio, pudieron valorar que la cancelación de la aceptación del heredero voluntario no tenía que perjudicar a la madre del fallecido en sus expectativas en base al senadoconsulto Tertulliano, realizando un esfuerzo jurisprudencial que hiciera prevalecer el concepto patrimonial de la herencia respecto a la adquisición del *nudo título de heredero* por parte del primer llamado. Por eso, SANFILIPPO explica que el caso de los *sui abstinentes*<sup>1166</sup> sería tan poco habitual que incluso al tiempo de Ulpiano pudiera estar ya muy extendida la idea que la abstención no implicaba de ninguna manera una decisión final sobre el destino de la herencia:

---

<sup>1165</sup> SANFILIPPO (1951) 364 ss. opina que es crucial interpretar si con la frase *tunc ei obstant quotiens rem habent* se trata un acto que se dio con tanta frecuencia que resultaba superfluo dar más detalles o si hubo un recorte por parte de los compiladores. Asimismo, es importante saber si *res* alude a la herencia, a un beneficio de la herencia o no se refiere a la herencia en absoluto. Para intentar arrojar luz sobre el significado de *res*, D. 28, 3, 12 pr. (Ulpiano, 4 *disputationum*): *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 legatari 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.* Ulpiano trata sobre un heredero bajo condición que recibe la *bonorum possessio secundum tabulam* pero más tarde, al decidirse que la condición no se va a producir en la persona del *institutus*, debe entregar la herencia, la *res* del fallecido. Claramente Ulpiano utiliza *res* por dos veces para hablar de la herencia cuando alguien la recibe como *bonorum possessor* tras un defecto formal de la voluntad del testador, y en el citado rescripto de Adriano se pudo ya haber utilizado la expresión. MEINHART (1967) 224-226 menciona otros usos de *rem*: D. 37, 5, 15 pr. (Paulo, 41 *ad edictum*) supuesto de dos hermanos, uno que vive en la casa y otro *emancipatus* por ciertos conflictos violentos y que ha sido ignorado. Aparte de la cuestión de lo expuesto en el legado, el texto dice claramente que el hijo obtiene la casa, si su hermano no solicita la *bonorum possessio*. Pues el bien (*rem*) sólo por medio de *bonorum possessio contra tabulas* se recibe; D. 37, 5, 16 (Ulpiano, 44 *ad edictum*) donde sería la parte que corresponden a quien permaneció *in potestate*; D. 38, 6, 1, 8 (Ulpiano, 44 *ad edictum*) en casos de *bonorum possessio*; D. 29, 2, 83 (Ulpiano, 18 *ad legem Iuliam Papiam et Poppaeam*) una vez más *res* es la diferencia o cuota de la herencia. Un texto que puede ser más que interesante para tratar el uso de la palabra *res* es D. 37, 11, 5 (Ulpiano, 4 *disputationum*).

<sup>1166</sup> Sobre el *beneficium abstinendi*, Gai. 2, 158. La oportunidad de hallar otras soluciones a la *venditio bonorum* en el tiempo transcurrido entre la concesión del *beneficium abstinendi* y *venditio*, D. 28, 8, 8 (Ulpiano, 61 *ad edictum*).

D. 40, 5, 4, 1 (Ulpiano, 60 *ad edictum*):

*Si is qui in integrum restitui potest, abstinuerit se hereditate, quamdiu potest in integrum restitui, existimamus constitutionem cessare, quia non est certum ab intestato neminem successorem exstare? est tamen verius admittendam constitutionem*<sup>1167</sup>.

En este fragmento se plantea un ulterior conflicto: el arrepentimiento por parte de los *heredes sui* que deshacen su posición original y mediante la *restitutio in integrum* recuperan la herencia, sin dar a la *bonorum possessio* de la madre valor alguno. Desde luego el retorno de la herencia por *restitutio* tampoco era un caso común, pero sería comprensible que Ulpiano se hubiera referido al más habitual de todos: la *restitutio* del menor dentro del límite de edad aplicable para ello para que no fuera definitiva la pérdida de la herencia<sup>1168</sup>.

D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), desde luego, es un texto que ha sufrido recortes y retoques. En el caso que Africano y Publicio no admitieran a la madre como heredera legítima, la solución alternativa pasaría por recurrir al *rem habere* o al concepto de *nomen nudum sui heredis*. En caso de persistir los escrúpulos dogmáticos, sólo cabría buscar una solución equitativa, aun contando con la posibilidad de que el *suus* que se abstiene pudiera cambiar su opción y desear después los bienes, de forma que la madre del difunto no tendría expectativas de recibir la herencia.

En todo caso, parecería aceptable que la madre del fallecido solicitara esos bienes que sus nietos despreciaron acudiendo al pretor, si bien aquéllos conservarían la condición de herederos manteniendo su abuela la *bonorum possessio sine re*. Para MEINHART, ésta sería la solución que Ulpiano había preferido como *aequior*<sup>1169</sup>, mientras que VOCI<sup>1170</sup>, acerca de la sucesión en la delación, cree muy necesario acudir a Gai. 3, 34 y explicar los motivos por los que el *suus* acudiría a la herencia pretoria, algo repetido en Paulo, *Sententiae* 1, 8, 5. Para este autor, el senadoconsulto Tertuliano antepuso a los hijos del fallecido que fueran *possessores* sobre la madre del mismo, aunque debió tener en cuenta la renuncia de aquéllos y sus efectos para buscar una forma de armonizar los viejos principios con los nuevos. Puesto que una de las dificultades formales era la calificación como heredero del *suus*, Ulpiano consideraba que Africano y Publicio *temptant dicere*, habían realizado un intento de solucionarlo pensando una análoga solución para el caso de la *restitutio in integrum*.

---

<sup>1167</sup> Se refiere a los requisitos en caso de testamento.

<sup>1168</sup> KASER (1971) 215.

<sup>1169</sup> Fueron cambiando los requisitos formales y materiales del *se abstinere*, aunque en época de Ulpiano se repiten para la enseñanza de *se abstinere* casos sobre endeudamiento. Otra perspectiva en D. 29, 2, 91 (Paulo, 15 *responsorum*); D. 29, 2, 98 (Escévola, 26 *digestorum*); D. 29, 2, 99 (Pomponio, 1 *senatusconsultum*).

<sup>1170</sup> VOCI (1968) 400 ss.

VOCI no niega la posibilidad que se llegara en época clásica a esa solución, y dentro del ámbito del *ius civile*, pues también era de origen clásico la contraposición entre el *suus* que tiene el nombre y la *res*, y el *suus* abstenido que tenía el nombre sin la *res*: *rem habere, hereditatem habere*, pues el binomio *cum re, sine re* era utilizado por el mismo Gai. 2, 125 cuando hablaba del *heres sine re*.

A nuestro parecer, la llamada a la madre del fallecido en el caso en que los *sui* se acogieran al *beneficium abstinendi* debió plantearles a Africano y Publicio graves dificultades dogmáticas, en vista de la regulación de la herencia legítima por el *ius civile*. *Convenientemente*, los compiladores eliminaron ese punto de vista, pues nos parece difícil que los juristas cedieran en su postura y optaran por una solución equitativa. No obstante, y para salvar la clasicidad del texto, podemos aceptar con MEINHART<sup>1171</sup> una solución intermedia que pasara por reconocer la llamada a la madre del fallecido mediante la concesión de una *bonorum possessio sine re*, una tercera vía que no perjudicaba a la madre pero conservaba intacta la posición de los *heredes sui*, lo que podemos justificar acudiendo a:

*Tituli ex corpore Ulpiani* 28, 13:

*Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re, cum is, qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem potest; veluti si suus heres in testamento praeteritus sit, licet scriptis heredibus secundum tabulas bonorum possessio deferatur, erit tamen ea bonorum possessio sine re, quoniam suus heres evincere hereditatem iure legitimo potest*<sup>1172</sup>.

En cualquier caso, creemos que sería ir demasiado lejos admitir una interpretación de *aequior sententia*, remitiendo a términos como *verior, humanior, probabilior* o *benignior*<sup>1173</sup> utilizados por Ulpiano en ocasiones, como hace MEINHART<sup>1174</sup>, quien acepta la frase de cierre, *quae est sententia aequior* como clásica. No hay en el Digesto ni en el Codex una segunda frase para contrastar este *aequior sententia* y, desde luego, el senadoconsulto Tertuliano no habría incluido en su redacción más que un sistema de prelación entre parientes del fallecido, dejando a los juristas la *interpretatio*. Por ello, faltaría a la realidad utilizar el

<sup>1171</sup> MEINHART (1967) 232.

<sup>1172</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani*, 23, 6; 26, 8; Gai. 2, 148 y 151 a; 3, 35- 37. KASER (1971) 566.

<sup>1173</sup> VIR. V, 346 ss. sv. *sententia*. D. 13, 6, 5, 3 (Ulpiano, 28 *ad edictum*); D. 12, 4, 3, 7 (Ulpiano, 26 *ad edictum*); D. 37, 4, 3, 9 (Ulpiano, 39 *ad edictum*); D. 39, 2, 13, 6 (Ulpiano, 53 *ad edictum*); D. 39, 2, 15, 12 (Ulpiano, 53 *ad edictum*). Otro grupo de casos, D. 15, 4, 1, 5 (Ulpiano, 29 *ad edictum*); D. 15, 1, 9, 6 (Ulpiano, 29 *ad edictum*); D. 21, 1, 23, 8 (Ulpiano, 1 *ad aedilium curulium*); D. 29, 2, 20, 3 (Ulpiano, 61 *ad edictum*); D. 29, 4, 2, 1 (Ulpiano, 7 *ad Sabinum*); D. 33, 1, 14 (Ulpiano, 2 *fideicommissum*).

<sup>1174</sup> MEINHART (1967) 232.

texto de D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) en apoyo a la tesis de una supuesta transmisión en la delación de la sucesión intestada para el caso del *suus se abstinere*<sup>1175</sup>.

En conclusión, entendemos que la mención a la *aequitas* debió provenir de los compiladores<sup>1176</sup> en su intento de favorecer a la madre cuando el *suus* del fallecido había ejercitado el *beneficium abstinendi*, lo que forzaba una interpretación de las disposiciones del senadoconsulto en un momento histórico en el que se habían fundido derecho civil y derecho pretorio, sin preocuparse de la vía formal a través de la cual los clásicos habían dado solución al problema. Aun así, D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) es importante para nuestro conocimiento del senadoconsulto Tertuliano pues se aparta de la tradición, y, siendo lo habitual que los *sui heredes* cerraran el acceso a la herencia a la madre del fallecido, no hay inconveniente en admitir que el pretor, en casos de abstención, otorgara una *bonorum possessio* a la madre, reteniendo y disfrutando de los bienes frente a terceros<sup>1177</sup>.

2. D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*): La *restitutio in integrum* del *missus in possessionem*.

El senadoconsulto Tertuliano, como sabemos, incluía entre los descendientes del fallecido antepuestos a las expectativas sucesorias de la madre tanto a los *sui heredes* como a los *bonorum possessores unde liberi*:

D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam femini, tam naturales quam adoptivi matremque excludunt, bonorum possessores vero etiam non sui et quidem soli naturales. adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus: nam licet sit emancipatus. bonorum possessione accepta matri obstabit.*

Los *sui heredes* podían ser varones o mujeres, naturales o adoptivos, mientras que en el caso de los emancipados sólo se anteponían a la madre los descendientes naturales o aquéllos

---

<sup>1175</sup>SCHULZ (1961) nt. 32: los jurisconsultos sabían que la *lex* llevaba a veces a la desigualdad, razón por la que se planteaban si por medio de la *interpretatio* se podría ayudar con una propuesta de *actio* o *exceptio*.

<sup>1176</sup>Sobre la equiparación de *aequior* con *aequitas*, una generalización de gran repercusión, se pronuncia SCHULZ (1961) 90 ss.

<sup>1177</sup>El texto no indica técnicamente lo sucedido, pero no excluye que *se abstinere* fuera concedido por el pretor pues, pese a que el *suus* mantiene su carácter de heredero, puede declinar la herencia sólo con la ayuda de éste. SANFILIPPO (1951) 370 ss.; SOLAZZI (1933) b

dados en adopción a un familiar, como en el supuesto del nieto natural adoptado por el abuelo, *ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus*. Por ello, podía plantearse la situación recogida en este texto de Ulpiano:

D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si bonorum possessione accepta filius emancipatus abstinerit se hereditate per in integrum restitutionem, verum est senatus consultum posse locum habere: sed si fuerit rursus immixtus, rursus debet mater abstinere.*

Un hijo emancipado<sup>1178</sup> podía solicitar y obtener a la muerte de su padre la *bonorum possessio*, pero, caso que *abstinerit se hereditate per in integrum restitutionem*, tendría lugar la aplicación del senadoconsulto Tertuliano. Antes de seguir avanzando, hemos de advertir que la expresión *se abstinere* se usa de forma atécnica, pues se trata de un emancipado que no puede realizar la abstención al no ser *suus heres*.

En el momento que se arrepintiera de esa actuación, *rursus debet mater abstinere* y decidiera heredar, faltaría por determinar cuáles serían las opciones de su abuela, la madre del fallecido, en el caso de ser la única competidora. Más aún: si la adquisición del hijo del fallecido era inmediata o si la abuela debía renunciar a sus derechos.

La doctrina califica como dudosa, extrañamente redactada e inexacta la frase final, pues para BERGER<sup>1179</sup> no se justifica que la madre deba rechazar la herencia. A la vez, entiende inconcebible que alguien que había solicitado primero la *bonorum possessio* y después una restitución pudiera *immiscere se*<sup>1180</sup> en las consecuencias de esta propuesta. MEINHART<sup>1181</sup>, por su parte, cree que la base del texto se puede considerar clásica si el hijo, aun pudiendo entrar en la clase *unde liberi*, fuera llamado por la clase *unde legitimi*, quedando en su opinión en suspenso el derecho de la madre a la *hereditas*<sup>1182</sup> para lo que busca apoyo en el siguiente texto de la monografía de Gayo:

---

<sup>1178</sup> D. 4, 4, 3, 2 (Ulpiano, 11 *ad edictum*).

<sup>1179</sup> MEINHART (1967) 233 ss. sobre la aportación de BERGER acerca de la expresión *immiscere se*.

<sup>1180</sup> KASER (1971) 604 ss. La única vía era una nueva petición.

<sup>1181</sup> D. 37, 4, 16, 6 (Ulpiano, 39 *ad edictum*); D. 38, 7, 2 pr. (Ulpiano, 44 *ad edictum*); D. 38, 9, 1, 11 (Ulpiano, 49 *ad edictum*); D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>1182</sup> Para el senadoconsulto Orficiano, los casos de suspensión de D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) se deben a la duda sobre el *status familiae* de la madre, si *filia* o *materfamilias*, porque el *pater* estuviera cautivo por los enemigos. El pretor, durante ese tiempo intermedio, debería socorrer a los hijos de la fallecida de forma que si fallecieran pudieran sus derechos ser transmitidos a sus sucesores.

D. 38, 17, 8 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum*):

*In suspenso est ius matris, si filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum possessione petenda.*

En efecto, mientras el hijo del fallecido puede deliberar sobre la solicitud para la *bonorum possessio*, el derecho de la madre del fallecido está en suspenso (no olvidemos que, en ciertos casos, para la aplicación del senadoconsulto Orficiano también se contemplaría la suspensión de derechos). Ahora bien, debería marcarse como límite temporal para un posible cambio de estrategia del *heres legitimus* el año del que disponía desde el fallecimiento de su padre, algo que ya previó el senadoconsulto Orficiano:

D. 38, 17, 6, 1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

*Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter haec verba “si nemo filiorum volet hereditatem suscipere”, quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.*

Pasado ese plazo, el hijo puede decir que no quiere la herencia, pero, *mutata voluntate*, está a expensas que los agnados no la hubieran adquirido. Por analogía, si se trata de *bonorum possessio*, se le permite cambiar de opinión en el plazo de un año<sup>1183</sup>.

Regresando al supuesto de D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), la última frase tan sólo nos sugiere que el hijo puede comenzar un nuevo juicio para obtener los bienes y que se suspende el derecho de la madre del fallecido de tal manera que, si el hijo dejara pasar el plazo del año para solicitar la *bonorum possessio*<sup>1184</sup>, se procedería a aplicar el senadoconsulto Tertuliano. Por tanto, este caso puede considerarse un nuevo ejemplo de sucesión en la delación producto del *ius novum*, terreno en el que se mueven ambos llamados, hijo y madre del fallecido, una vez que el emancipado haya renunciado a la *restitutio in integrum* por no ejercerla en el plazo correspondiente.

---

<sup>1183</sup> La revocación de la renuncia a la herencia puede poner en peligro los intereses de terceros. D. 4, 4, 7, 9 (Ulpiano, 11 *ad edictum*): *Restitutus autem cum se hereditati misceat vel eam adeat quam repudiavit, rursus restitui poterit, ut se absteat: et hoc et rescriptum et responsum est.*

<sup>1184</sup> D. 38, 17, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

3. D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). La sucesión en la delación por repudiar la herencia la madre del fallecido.

D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si mater hereditatem filii filiaeve non adierit ex senatus consulto Tertulliano, in bonorum possessione antiquum ius servandum est: cum enim esset praelatio matre omittente senatus consulti beneficium ius succedit vetus.*

D. 38, 17, 2, 22 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Quod autem diximus ius antiquum servari matre non adeunte, cui personae deferatur hereditas, videndum, utrum ei, quae nunc proxima invenitur, cum mater repudiat, an ei quae fuit, cum intestato decessisse certum est? ut puta fuit patruus, cum intestato decederet, et patrum filius: cum mater repudiasset, patruo nondum delatam hereditatem atque ideo defuncto eo matre deliberante patruum filium vocari.*

Para el caso que la madre del fallecido repudiara la herencia, habría de determinarse quién fuera el *adgnatus proximus*, si quien ostentara esa condición al momento de la muerte del causante *abintestato*, que podía haber fallecido, o el *adgnatus proximus* en la fecha de renuncia de la madre. Por ejemplo, podía ocurrir que el agnado próximo fuera un tío paterno cuando fallecía el causante intestado, pero al momento de renuncia de la madre lo fuera un hijo de ese agnado. La solución que expone Ulpiano pasa por llamar al agnado próximo al momento de la renuncia de la madre del fallecido, *proximus ex nunc*, lo que, desde un punto de vista dogmático, dado que la madre había sido llamada a suceder y repudió la herencia, implica que se han producido dos delaciones, algo posible por ser la madre *heres extraneus* que no *sua heres* del fallecido.

D. 38, 16, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, cum moreretur pater familias, sed eum, qui tunc fuit, quum intestatum decessisse certum est. secundum quae, et si suus erat qui praecedebat vel consanguineus, si nemo forum, cum repudiatur hereditas, vivit, proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est.*

4. D. 38, 17, 2, 5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). El llamamiento a la madre a la herencia del impúber.

D. 38, 17, 2, 5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Impuberem, cui pater secundas tabulis fecit, tunc certum est intestatum decessisse, cum ommiserint substituti hereditatem eius. quare et si impubes adrogatus sit, dicendum est matrem ad bona eius admitti, quae haberet, si intestatus decessisset*<sup>1185</sup>.

Este texto, posiblemente algo olvidado por la doctrina, reviste sin embargo gran importancia no sólo para tratar los problemas generados por la sustitución pupilar, sino para la admisión de la madre a la herencia intestada de su hijo por el senadoconsulto Tertuliano cuando el resto de los herederos del fallecido impúber intestado la habían rechazado. En efecto, se trata del supuesto en el que el hijo impúber ya había heredado de su padre, por lo que nos encontramos con dos herencias sucesivas<sup>1186</sup>.

WOLFF<sup>1187</sup> se refiere a la relación de la *hereditas pupilli* con la *hereditas patris*, que para los clásicos no tenía unidad material, sino un vínculo formal, de forma que al morir la persona que había vinculado formalmente esas dos herencias, es decir, el padre del impúber, el testamento desaparecía y se entraba en la sucesión intestada, debiendo designarse los llamados a suceder siguiendo el principio de la agnación.

Pero, en nuestro ejemplo, al no tener el fallecido impúber herederos, pues obviamente carece de descendientes y en este caso, además, de hermanos, se llamaría no a los agnados de su padre<sup>1188</sup> sino a su madre por el senadoconsulto Tertuliano, posibilidad que corrobora el siguiente pasaje:

D. 44, 2, 11 pr. (Ulpiano, 75 *ad edictum*):

*Si mater filii impuberis defuncti ex senatus consulto bona vindicaverit idcirco, quia putabat, rupto patris eius testamento neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstatuturam exceptionem rei iudicatae*

---

<sup>1185</sup> MEINHART (1967) 135 ss. Si se trataba de hijos púberes para los que se hubiera redactado un testamento pupilar, la madre no sería llamada a suceder salvo que el hijo hubiera sido arrogado por el *pater* de ella.

<sup>1186</sup> D. 28, 6, 2, 4 (Ulpiano, 6 *ad Sabinum*).

<sup>1187</sup> WOLFF (1955) 437 ss.; KASER (1971) 573.

<sup>1188</sup> El llamamiento a la madre se produce porque no hay hermanos o hermanas del impúber fallecido.



*Neratius ait. ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti.*

Asimismo, se plantea Ulpiano en D. 38, 17, 2, 5 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) el caso que el impúber fuera arrogado<sup>1189</sup>, una situación en torno a la que se generan varias dudas. En primer lugar, si la solución ofrecida es original de Ulpiano o de los compiladores<sup>1190</sup>. En segundo lugar, si la madre recibía la herencia del hijo fallecido impúber en la familia del *pater arrogans* (recordemos que su padre natural sí debe estar muerto), resultando imprescindible conocer si el impúber había sobrevivido o no al *arrogans*. La solución que ofrece el texto es no tener en cuenta la arrogación, de manera que la herencia se entregue a quienes les hubiera correspondido de no existir ese acto jurídico<sup>1191</sup> lo que beneficia a la madre del fallecido que, en ausencia de hermanos, podría solicitar la *arrogatio satisdatio* si el *arrogans* o sus herederos<sup>1192</sup> no le entregaran los bienes. Todo ello sin perder de vista que el presupuesto de partida para que la madre heredara en base al senadoconsulto Tertuliano sería que el heredero designado en un testamento pupilar no adquiriera la herencia<sup>1193</sup>.

## 5. Algunos casos excepcionales:

### 5. 1. La difícil interpretación de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam hereditatem, mater ex senatus consulto Tertulliano admittetur. sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.*

En nuestro intento de analizar la admisibilidad de la sucesión en la delación en la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, nos encontramos con una muy especial situación que no es otra que la del hijo del fallecido que no adquiere la herencia dejando expedito el camino

---

<sup>1189</sup> *Basilicae*, 45, 1, 28, 5.

<sup>1190</sup> MEINHART (1967) 137. En su forma actual, aprecia una falta conexión entre los dos párrafos del texto. D. 28, 6, 10, 6 (Ulpiano, 4 *ad Sabinum*) se refiere a la herencia intestada.

<sup>1191</sup> *Institutiones*, 1, 11, 3.

<sup>1192</sup> D. 1, 7, 22 (Ulpiano, 26 *ad Sabinum*) acerca de los herederos del *arrogans* y la relación con la *quarta*.

<sup>1193</sup> KASER (1971) 293 sobre la hija. C. 6, 56, 1 *Impm. Diocletianus et Maximianus AA. Vivianae. Licet liberi matribus ab intestato ita demum per se heredes existant, si dari possint, tamen matres liberis etiamsi infantes naturae concesserint, posse succedere nulla dubitatio est. PP. x. k. April. Tiberiano et Dione cons. [a. 291].*

a la madre del fallecido como heredera legítima *ex Tertulliano*, pero con la particularidad que había otras personas llamadas con ese hijo, *sed sint qui cum eo admittantur*, a los que su renuncia no debe perjudicar.

Lo primero que resulta sorprendente del texto es la mención a la *aditio* a cargo del *filius*, algo que no era preciso para los *sui heredes*:

D. 38, 16, 14 (Gayo, 13 *ad legem Iuliam et Papiam*):

*In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt*<sup>1194</sup>.

Para explicarlo, MEINHART piensa en el caso de una posible institución de heredero condicionada en testamento<sup>1195</sup>, única razón para que el *suus*<sup>1196</sup> debiera *adire hereditatem*. Es cierto que nos adentramos en el terreno del testamento<sup>1197</sup> pero, para no desviarnos de la sucesión intestada, podemos reconducir la cuestión si pensamos en otra posibilidad: un hijo *emancipatus*, que no podría heredar a su padre por lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas<sup>1198</sup>. No obstante, diversos autores han reflexionado sobre otras posibilidades a las que verdaderamente se estaría refiriendo D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

1ª. El fallecido era un emancipado que dejaba hermanos consanguíneos y a su madre. En esta situación, no existiría el parentesco de agnación con sus hermanos pero éstos habrían excluido a la madre según disponía con claridad el senadoconsulto Tertuliano. Por tanto, dado que no concurrirían en igualdad madre y hermanos, carecía de sentido la frase *sed sint qui cum eo admittantur*.

2º. El fallecido era un emancipado que dejaba hermanas consanguíneas y a su madre. SCHIRMER cree que la frase *qui cum eo admittantur* puede referirse a las *sorores consanguinae*. Para empezar, el texto debió decir no *qui* sino *quae*, pues, como vimos, en caso de concurrencia con la madre del fallecido, se repartían la herencia con ella, pero ninguna frase se construye en femenino. Esta teoría queda, además, muy desvirtuada por lo poco habitual en esos años de un matrimonio *cum manu* que habría puesto a madres y hermanas en el mismo

---

<sup>1194</sup> KASER (1971) 595.

<sup>1195</sup> En esa posibilidad se piensa, porque la palabra *legitima* aquí también podría significar que el hijo ha adquirido después *abintestato*.

<sup>1196</sup> D. 29, 2, 38 (Ulpiano, 43 *ad edictum*); D. 42, 5, 28 (Javoleno, 1 *epistulae*).

<sup>1197</sup> D. 29, 4, 4 pr. (Ulpiano, 50 *ad edictum*); D. 29, 4, 6 pr. (Ulpiano, 50 *ad edictum*); D. 29, 6, 1. (Ulpiano, 48 *ad edictum*); D. 29, 4, 8 (Ulpiano, 50 *ad edictum*).

<sup>1198</sup> El *parens manumissor* sí tenía derecho a los bienes del hijo.

nivel respecto al fallecido, como si todos fueran hermanos entre ellos al estar sometidos a una potestad común <sup>1199</sup>.

3º. El fallecido era un emancipado que dejaba al padre natural y a su madre. En el mismo sentido que el argumento anterior, no encontramos referencia alguna al *parens manumissor* quien se habría antepuesto a la madre del fallecido.

Teniendo en cuenta el meticuloso tratamiento que hace Ulpiano de las normas de concurrencia del senadoconsulto Tertuliano, no se entendería que pasara a un caso de competencia entre la madre y los hermanos de la persona fallecida, pues recordemos que el texto se encuentra en un contexto que habla sobre descendientes de la persona fallecida, y a la concurrencia con hermanos se refiere después de haberse acercado a las normas de concurrencia entre la madre y el *pater naturalis* del fallecido. Por tanto, en su intento por hallar una explicación al texto, SCHIRMER<sup>1200</sup>, LA PIRA<sup>1201</sup> y otros autores<sup>1202</sup> han apuntado hacia la posibilidad que la persona fallecida se tratara de una mujer que deja un hijo, que obviamente no era un *suus heres*, y a su madre.

Originariamente, el texto habría sido más largo y se estaría tratando el caso de una mujer fallecida a la que heredaba su madre *ex Tertulliano*, aunque MEINHART<sup>1203</sup> cree que el comienzo de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, *13 ad Sabinum*) no revela pistas sobre esta posibilidad y tampoco se detectan recortes o manipulaciones de los compiladores. Por otra parte, Ulpiano ya había hablado de los descendientes del fallecido y su concurrencia con la madre, y creemos que era innecesario volver al asunto de la hija fallecida en este momento<sup>1204</sup>. En sede de senadoconsulto Orficiano, se menciona a la fallecida que dejara hijos que competían por la herencia con su abuela materna<sup>1205</sup>, lo que hace pensar que pudieron producirse numerosas consultas a los juristas<sup>1206</sup> pero en relación no al senadoconsulto Tertuliano, en cuyo texto no se contemplaba a las *filiae* fallecidas<sup>1207</sup>, sino a la norma posterior ya bajo el gobierno de Marco Aurelio.

---

<sup>1199</sup> Gai., 3, 14.

<sup>1200</sup> MEINHART (1967) 240.

<sup>1201</sup> LA PIRA (1930) 283.

<sup>1202</sup> BIONDI (1954) b 418; SANFILIPPO (1951) 364 ss.

<sup>1203</sup> MEINHART (1967) 235 ss.

<sup>1204</sup> D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, *13 ad Sabinum*).

<sup>1205</sup> El senadoconsulto Orficiano se promulga en el año 178 d. C. y el trabajo de Ulpiano en los libros 12 y 13 *ad Sabinum* es posterior, de principios del siglo III d. C.

<sup>1206</sup> D. 40, 5, 47, 4 (Juliano, *42 digestorum*).

<sup>1207</sup> *Basilicae*, 45, 1, 28, aun muy reducido, se refiere a un fallecido varón.

LA PIRA ya había opinado que el senadoconsulto Tertuliano no cerraba la opción a la madre del fallecido, aun habiendo *sui heredes*, de solicitar la *bonorum possessio unde cognati*. En efecto, los clásicos entendían, que aun cuando el *suus* se abstuviera, seguía siendo *heres*, de forma que la madre sólo podría adquirir por el derecho pretorio, en la clase *unde cognati*. Eso, por supuesto, si el heredero no optaba por pedir la *bonorum possessio unde liberi*, como vimos en D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) que no quedaba perjudicada por su renuncia a la *hereditas*.

En el caso de renuncia del hijo que no era *suus*, con más razón se podría aplicar el senadoconsulto Tertuliano, por lo que cree este autor que Ulpiano se estaba refiriendo en D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) a la herencia por el senadoconsulto Orficiano, cuando la fallecida era una mujer y sus hijos renunciaban. LA PIRA cree que por obra de los compiladores *si filius ex senatusconsulto Orphitiano matris* fue eliminado y que de haberse mantenido esa frase se apreciaría la coherencia de las demás. La mención al hijo que no era *suus* pero se incluía entre los *heredes legitimi*, se convertía desde luego en un obstáculo para la madre de la mujer fallecida cuando se promulga el senadoconsulto Orficiano. No obstante, si éste hijo decidiera renunciar, se volvería a la otra norma de *ius novum*: el senadoconsulto Tertuliano, pues una vez expirado el plazo para el hijo del fallecido, la madre podría recurrir al senadoconsulto Tertuliano como heredera civil o por el ordenamiento pretorio desde la clase *unde legitimi*. Podemos imaginar que el derecho justiniano no tuvo necesidad de reflexionar sobre estas soluciones, pues resolvió a favor de la madre sin mayores complicaciones en ambos textos..

Las indagaciones doctrinales sobre D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) no concluyen aún, y, ciertamente, se han formulado hipótesis un tanto arriesgadas. Por una parte, hay autores que intentan justificar la condición de liberto del fallecido que hubiera dejado a sus hijos, a los descendientes del patrono y a su madre, todos ellos aspirantes legítimos a suceder. Por otra parte, se plantea la posibilidad de que el fallecido estuviera liberado de la patria potestad. Analicemos en primer lugar la muerte del liberto.

Los hijos del patrono fallecido podrían aspirar a la herencia de los libertos de su padre, pues la renuncia a la herencia misma por el hijo *suus* o *emancipatus*<sup>1208</sup> del liberto no debería afectar a la herencia de los *fili patroni*<sup>1209</sup>. Recordemos que incluso los hijos que no recibieron la herencia de su padre debido a su condena por *perduellio* u otro delito capital<sup>1210</sup> seguían

---

<sup>1208</sup> Modestino aquí habla de emancipados. D. 37, 14, 9 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*). Gai. 3, 64.

<sup>1209</sup> D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>1210</sup> D. 38, 16, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

participando en la herencia del *libertus* paterno. Ahora bien, nos parece algo forzado que Ulpiano estuviera pensando en la concurrencia del hijo del patrono y la madre del liberto fallecido, pues de esta materia no hay tratamiento en el senadoconsulto Tertuliano y tampoco debía ser un problema prioritario por tratarse de un caso poco habitual.

Por supuesto, desde un plano teórico, siempre cabía la posibilidad que muriera un liberto, dejando a su madre y a los hijos del patrono<sup>1211</sup>, dando por hecho que el patrono del liberto había fallecido también. Incluso retorciendo demasiado la situación, la madre del patrono fallecido podría concurrir con los hijos de éste en la herencia del liberto, pues desde el senadoconsulto *Largianum*<sup>1212</sup> se hicieron nuevas normas sobre el derecho de los *latini Iuniani* por las cuales todos los herederos legales del patrono se quedaban con la herencia del *libertus* latino:

Instituciones, 3, 7, 4:

*Sed haec de his libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sunt alii liberti simul et dediticiis et Latinis sublatis, cum Latinorum legitima successiones nullae penitus erant, qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum ita bona eorum iure quodammodo peculii ex lege Iunia manumissores detinebant.*

En consecuencia, los dos posibles escenarios serían:

1º. El liberto dejaba hijos que no eran *sui heredes*, a su madre y a los hijos del patrono. En el caso que renunciaran los primeros, sólo si el hijo del patrono decidiera no adir la herencia, se llamaría a la madre del liberto *ex Tertulliano*.

2º. El liberto dejaba hijos que eran *sui heredes* y a la madre y al hijo del patrono. Ante la renuncia de los hijos del liberto, sólo si el hijo del patrono decidía no adir la herencia se llamaba a la madre del patrono *ex Tertulliano*.

En todo caso, nos parece adentrarnos en el terreno de la hipótesis y demasiado atrevido afirmar que Ulpiano, aprobado el senadoconsulto *Largianum*, tuviera en mente el caso de los

---

<sup>1211</sup> La madre y el hijo tenían *cognatio naturalis*: D. 38, 8, 1, 2 (Ulpiano, 46 *ad edictum*).

<sup>1212</sup> KASER (1971) 582 ss.; MEINHART (1967) 245 ss. recurre a las Sentencias de Paulo para demostrar que los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano se asocian con los problemas de los latinos. Estando muy dispersos los testimonios de las fuentes sobre la ley de sucesión de los *latini Iuniani*, la idea dominante de dicha herencia es que esos libertos están más cerca de dejar un *peculium* que una *hereditas*, una idea que ni tan siquiera tras el senadoconsulto *Largianum* fue completamente abandonada por lo que se mantiene normalmente el término *bona latinorum*. Paulo, *Sententiae* 4, 9, 8 y 4, 10, 3; Gai., 3, 55.

patronos y los libertos llegando a atender nada menos que a la madre de los patronos como competencia del hijo y de la madre del *libertus* y de los hijos del patrono<sup>1213</sup>.

Pues bien: es el momento de pensar en un segundo caso de concurrencia de varios herederos legítimos, desde luego muy excepcional, que se producía cuando el fallecido hubiera dejado hijos que no eran *sui*, pero tampoco emancipados, sino hijos liberados de la *patria potestas* por la deportación del padre o por haber sufrido *aquae et igni interdictio*<sup>1214</sup>. Asimismo, podría tener en mente Ulpiano a los hijos no emancipados pero liberados de la patria potestad del cautivo que moría *apud hostes*. Finalmente, no debe despreciarse la posibilidad del hijo que era objeto de la *inauguratio* como *Flamen Dialis* o de la hija que experimentaba la *captio* como *Vestal*, pues ambos dejaban de estar sometidos a la *potestas* del *pater*<sup>1215</sup>.

En ocasiones, las fuentes tratan estos grupos de personas conjuntamente, pero creemos que es complicado unificar sus expectativas a la herencia legítima. BOLLA - BOTEK<sup>1216</sup>, en este sentido, expone que la *captio* de la Vestal suponía su inclusión en el sacerdocio pero no la *capitis deminutio* en su familia de origen, aun perdiendo la relación de agnación, de forma que la Vestal podía hacer testamento pero no heredar ni ser heredada *abintestato*. A la vez, en el caso del *Flamen Dialis*, ningún pariente tenía derecho a su *hereditas legítima*.

Por todo lo anterior, parecemos encontrarnos en un callejón sin salida en la tarea de definir quienes sean los misteriosos coherederos a los que se refiere D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). Puestos a localizar un caso que permita entender una posible concurrencia de descendientes del fallecido, que no fueran *sui heredes* del mismo, pero cuya renuncia no obstaba a un llamamiento de la madre por el senadoconsulto Tertuliano, quizás habría que acudir a:

D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. sed neque avus neque proavus in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. pater autem tantum naturalis non etiam adoptivus matri nocet: verius est enim, pater cum pater esse desierit, a matre eum excludit: sed nec ad bonorum possessionem contra eum tabulas admitti, cum pater esse desierit.*

---

<sup>1213</sup> Gai. 1, 128 y 129.

<sup>1214</sup> D. 38, 16, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>1215</sup> KASER (1971) 61 ss.

<sup>1216</sup> BOLLA-BOTEK (1939) 546 ss.

El texto anterior debe ponerse en relación con:

D. 38, 17, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam femini, tam naturales quam adoptivi matremque excludunt, bonorum possessores vero etiam non sui et quidem soli naturales. adoptivi autem liberi post emancipationem ita admittuntur, si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta nepos naturalis ab avo adoptatus: nam licet sit emancipatus. bonorum possessione accepta matri obstabit.*

Efectivamente, en la época clásica eran habituales las adopciones de los nietos por parte de los abuelos, si bien existían tres situaciones:

1ª. El abuelo adoptaba a un hijo *ex filio*, estando ambos en potestad, y colocaba a ese niño en un grado superior de parentesco, pasando de ser nieto y abuelo a hijo y padre. Por su parte, el niño y su padre biológico serían *fratres* y, falleciendo el abuelo cuya madre vive, padre e hijo la excluirían conjuntamente en cuanto *sui heredes*.

2ª. El abuelo adoptaba a su nieto, hijo de un hijo emancipado, pasando el niño a ser *filius* del abuelo. El nieto, en caso de fallecimiento del abuelo, debía excluir a la madre de éste.

Como dice MEINHART<sup>1217</sup>, “*el caso de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 ad Sabinum) era tan conocido o habitual para sus contemporáneos que Ulpiano no se detuvo en ofrecer más detalles, puesto que se entendía correctamente la situación, y, por ello, al verlo tan esquemático, los compiladores pudieron considerarlo no vigente o de escaso interés, procediendo a su vez a recortarlo*”.

En D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) se abordan de nuevo las concurrencias entre el padre natural y la madre del fallecido. En principio, se descarta que el *parens manumissor* del fallecido pudiera excluir a la madre o ser coheredero con ella si no era padre natural a la vez del fallecido. *A fortiori*, al haber perdido la agnación sería ese *parens manumissor* excluido por los hermanos del fallecido. Sólo el caso del abuelo adoptante de su nieto, al luego emancipara y llegando éste a fallecer con hijos, se dibujaría el siguiente panorama: las personas *in potestate* del adoptante eran agnados del adoptado aun después de la emancipación, y, por tanto, coherederos en el mismo grado que el *filius* del fallecido. Pues bien: aunque todos esos coherederos debieron excluir a la madre, puede que la letra del

---

<sup>1217</sup> MEINHART (1967) 249 ss.

senadoconsulto Tertuliano o más probablemente la *interpretatio* prefirieran que se realizara un reparto de la herencia entre esos agnados y la madre del fallecido, en el caso que renunciara alguno de los hijos del fallecido.

D. 34, 5, 9, 1 (Trifonino, 21, *disputationum*):

*Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.*

Claramente nos encontramos con un perjuicio a los agnados a favor de la madre *ex Tertulliano*, de forma que si un padre y su hijo *in potestate* han fallecido la disputa sobre el destino de su patrimonio se centraba en la cuestión de quién murió primero, para ver si se llamaba a los agnados del padre o del hijo<sup>1218</sup>.

Como dijimos, no es fácil la interpretación de este texto, pues, independientemente de la situación que más nos convenza, el llamamiento a la madre del fallecido junto con otros herederos legítimos supone una importante crisis desde el punto de vista de la dogmática del derecho sucesorio, pues se sigue un proceder impropio para la visión clásica de la herencia intestada<sup>1219</sup>. Pero, nosotros que tratamos de entender las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano y su posterior revisión jurisprudencial, juzgamos necesaria una explicación clásica para entender por qué Ulpiano había repetido la cuestión de las posibilidades de la madre del fallecido en el caso que los hijos de éste se abstuvieran. Y consideramos que la explicación pasa por admitir que Ulpiano se refería en D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) a hijos que no eran *sui heredes* pero sí herederos legítimos *ex Orphitiano*<sup>1220</sup>, como defendía LA PIRA acudiendo a la siguiente constitución:

C. 6, 55, 9 *Imppp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Constantino pp. Galliarum. Si defunctus cuiuscumque sexus aut numeri reliquerit filios et ex filia diem functa cuiuscumque sexus aut numeri nepotes, eius partis, quam defuncta filia superstes patri inter fratres suos fuisset habitura, duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusve eius quae defuncta est, id est filiis filiabusque eius, de cuius bonis agitur, avunculis scilicet sive materteris eorum, quorum commodo legem sancimus, ad crescat. 1 Haec eadem, quae de avi materni bonis constituimus, de aviae maternae sive etiam paternae simili*

<sup>1218</sup> Gai. 3, 51; *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7; MEINHART (1966) 121 ss.

<sup>1219</sup> Gai. 3, 7 nos ofrece el único indicio de nombramiento de varios herederos legales simultáneamente.

<sup>1220</sup> MEINHART (1967) 241. Ulpiano trata aquí de hijos cognados, no de los que tenían parentesco de agnación con ella.



*aequitate sancimus: nisi forte avi ad elogia inurenda impiis nepotibus iusta se motos ratione dixerint et hoc fuerit legibus approbatum. 2 Non solum autem si intestatus avus aviave defecerit, haec nepotibus quae sancimus iura servamus, sed et si avus vel avia, quibus huiusmodi nepotes erunt, testati obierint et praeterierint nepotes aut exheredaverint, easdem et de iniusto avorum testamento et si quae filiae poterant vel de re vel de lite competere actiones nepotibus deferimus secundum iustum nostrae legis modum, quae de parentum inofficiosis testamentis competunt filiis. D. v. k. Mart. Mediolani Timasio et Promoto cons.*

[a. 389]<sup>1221</sup>.

Precisamente a este texto recurre LA PIRA<sup>1222</sup> como el verdadero origen de lo dispuesto en D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), habiendo los compiladores convertido esta constitución en comentario al senadoconsulto Tertuliano: la persona fallecida intestada era mujer, *ingenua*, casada *sine manu*, y su patrimonio pasaría a su hijo cuyo padre también habría muerto. La solución clásica sería que, puesto que sobreviven los hijos y la madre de la fallecida, y aquéllos renuncian, heredera la madre de la fallecida *ex Tertulliano*<sup>1223</sup>. La novedad radica en que también le llega al nieto de la fallecida una cuota por la renuncia de un hijo de la fallecida. Así, *qui cum eo admittantur* conseguirán dos sextas partes que no se mencionan en D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) pues se debió desencadenar la discusión sobre quién tenía que conseguir el sexto tras el abandono del hijo de su cuota, pues no parece lógico ni justificado que la madre de la fallecida la recibiera<sup>1224</sup>. Así pues, el nieto tendría posibilidad de heredar aun habiendo renunciado el hijo de la fallecida, su tío.

Objetivamente, se puede probar usando otras constituciones postclásicas la solución de LA PIRA, si bien las fuentes atestiguan que, hasta la promulgación del senadoconsulto Orficiano, y también para el período imperial tardío y en la compilación de Justiniano, los descendientes siempre habían excluido a la madre de la persona fallecida. Ahora parece que se amplía el círculo, pues al principio eran tan sólo los hijos varones, después los nietos y más tarde fueron admitidos todos los descendientes<sup>1225</sup>.

<sup>1221</sup> Instituciones, 3, 4, 1 no sólo se refiere a esta constitución. MEINHART (1967) 239, nt. 135.

<sup>1222</sup> LA PIRA (1930) 282-284.

<sup>1223</sup> El padre ya había fallecido, pues si no es preferido a la madre.

<sup>1224</sup> En contra del punto de vista de C. 6, 55, 9 *Imp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Constantino pp. Galliarum*. [a. 389]

<sup>1225</sup> Otras Constituciones sobre la primacía de los descendientes son: C. 6, 57, 1 *Imp. Alexander A. Euangelo* [a. 225]; C. 6, 57, 4 *Imp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Ad Hilarium pp. Theodosius et Valentinianus AA. Ad senatum urbis Romae. Quotiens de emancipatii filii filiave sucessionem tractatur, filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido sucessionem que ulla defunctae patri marique concedatur intestatae sucessionis hereditas. D. XI. K. Mart. Mediolani Merobaude II et Saturnino cons.* [a. 383]; C. 6, 55, 11 *Imp. Theodosius et Valentinianus AA. ad senatum urbis Romae. Si matre superstite filius vel filia, qui moritur, filios dereliquerit,*

Instituciones, 3, 4, 4:

*Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Si bien es cierto que este pasaje no menciona explícitamente a la madre del fallecido, no hay duda que no piensa en su admisión cuando un descendiente, desde el inicio, cuestiona la herencia, decidiendo el aumento de cuota de todos los descendientes con él designados. Lo anterior quiere decir que las únicas veces en las que se excluye a la madre de la persona fallecida son aquellas situaciones en la órbita del senadoconsulto Orficiano, que favorece siempre a los descendientes. Asimismo, puede culparse a los compiladores de proceder a una vulneración grave de las reglas sobre el acrecimiento del senadoconsulto Orficiano<sup>1226</sup> al haber insertado la segunda parte de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>1227</sup>.

En el mismo sentido, MEINHART<sup>1228</sup> entiende que la frase *filius adiit legitimam hereditatem* no está pensando, obviamente, en un *suus*, pero tampoco en un emancipado, pues admitir un reparto de la herencia entre los descendientes y la madre del fallecido era una grave distorsión de uno de los más asentados principios de la herencia intestada. En efecto, la solución clásica habría sido proceder a la admisión de la madre *ex Tertulliano* sólo en el supuesto de tener una mejor posición que el resto de aspirantes. Por su parte, en el Bajo Imperio, Código Teodosiano 5, 1, 1 (*Imp. Constantinus A. ad Bassum Praefectum urbi*) del año 321 d. C., admite por vez primera un concurso de la madre del fallecido con ciertos agnados de su hijo, a los que venía excluyéndose hasta ese momento, tales como los tíos paternos o *patruui*. Sospechosamente, la parte final de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) admite al *patruus* junto con el hijo del fallecido como heredero, como si la renuncia de éste a la herencia hiciera que se llamara al agnado próximo, no ya en virtud de la Ley de las XII Tablas, sino de la constitución del emperador que había perjudicado a la madre del fallecido. Finalmente, Justiniano modificaría lo dispuesto en la Constitución 5, 1, 1 en C. 6, 56, 7 *Imp. Iustinianus A. Menae pp. Imp. Iustinianus A. Mena pp. [a. 528]* pues redefine la participación de los hermanos y el tío paterno y sus descendientes, primos del fallecido, que ahora son decididamente excluidos por la madre de la persona fallecida. Aun así, la última frase de D. 38,

---

*omnimodo patri suo matrive ipso iure succedant, quod sine dubio et de pronepotibus observandum esse censemus. D. VII id. Nov. Ravennae Theodosio XII el Valentiniano II AA. cons. [a. 426].*

<sup>1226</sup> Instituciones, 3, 4, 1.

<sup>1227</sup> Instituciones 3, 4, 4.

<sup>1228</sup> MEINHART (1967) 243.

17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) no coincide tampoco plenamente con esta solución, pues la madre necesitaba la renuncia del agnado de tal forma que la porción a la que éste renunciara se sumaría a la de la madre y el resto de agnados proporcionalmente.

En conclusión, para el caso de renuncia del heredero civil, el senadoconsulto Tertuliano llamaba a la madre de la persona fallecida, pero dichas normas se vulneraban al mencionar a otros herederos legítimos con los que la madre del fallecido era llamada a compartir la herencia, *para no perjudicarlos en su derecho*. Consideramos que esta solución no puede ser considerada clásica, sino influenciada por disposiciones como Código Teodosiano 5, 1, 1 del año 321 d. C., volviendo Justiniano más tarde a favorecer de nuevo a la madre. Por supuesto, entendemos que en ningún caso se trataría de un régimen especial de acrecimiento, cuestión que trataremos a continuación, puesto que no existe llamada *in solidum* de la madre con el resto de agnados<sup>1229</sup>.

5. 2. La retirada de derechos sucesorios a la madre del fallecido impúber por no haberle solicitado tutor: D. 38, 17, 2, 23-47 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

D. 38, 17, 2, 47 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Videndum est, matre prohibita ius suum vindicare utrum ceteros admittamus, atque si mater non esset, an ipsam heredem dicimus fieri vel aliud nomen successionis induere. sed denegamus ei actiones? et invenimus rescriptum ab imperatore nostro Antonino Augusto et Divo patre eius Mammiae Maximinae pridie Idus Apriles Plautiano iterum consule matre remota eos admitti, qui venirent, si mater non fuisset: ergo et agnati ceterique succedent, aut, si nemo sit, bona vacabunt.*

Un rescripto de Caracalla y su padre a *Mammia Maximinae* declaraba excluida a la madre de la herencia de su hijo fallecido impúber por no haberle pedido tutores, de forma que se prohibía a la mujer que reivindicara su derecho a la herencia intestada admitiendo a otros herederos antes excluidos por ella. Ante esta situación, cabrían tres posibilidades: la *denegatio actionis* a la madre, el traspaso de la delación al *adgnatus proximus*, o, finalmente, la vacancia de los bienes hereditarios. Para VOICI<sup>1230</sup>, este caso debe calificarse, al igual que el del hijo

---

<sup>1229</sup> VACCARO-DELOGU (1941) 42; *Basilicae* 45, 1, 28.

<sup>1230</sup> VOICI (1968) 398 ss.

*bestiarius*<sup>1231</sup>, como un supuesto de incapacidad. El autor italiano critica a MEINHART su empeño en probar diferencias entre el *ius vetum* y el *ius novum* que en realidad no existen, puesto que cuando se trataba de incapacidad para suceder, siempre se procedía a llamar al siguiente pariente y la mera presencia de un *agnatus proximus* incapaz no tenía efectos. Por ello, no cree VOCI que se estuviera recurriendo por el senadoconsulto Tertuliano a una ficción que tomara por inexistente al incapaz de adquirir, igual que niega que se nos presente un supuesto de delación sucesiva: ambas posturas serían innecesarias.

D. 38, 17, 2, 47 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) procede del comentario *ad Sabinum* pero no acerca del senadoconsulto Tertuliano, sino sobre una constitución de Severo ya tratada en D. 26, 6, 2 (Modestino, 1 *excusationum*) según la cual la madre que no había pedido tutores para el *suus* correctamente era excluida de la herencia del hijo fallecido intestado. Realmente, la madre era tratada como *indigna* y se apelaba a los herederos del *ius antiquum*, y, al ser la madre *extranea*, no se llega a producido la delación, lo que concuerda con la definición clásica de:

D. 50, 16, 151 (Terencio, 5 *ad legem Papiam et Poppaeam*):

*“Delata” hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.*

En supuesto que venimos estudiando existen tres momentos relevantes: la muerte del causante, el momento en que se defiere la herencia intestada y el momento en que la madre es rechazada por no haber sido diligente en la petición de tutores. En el primero de ellos, la madre habría de reunir los requisitos para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, pero es en el tercer momento cuando se comprueba su dejación al pedir tutor. Precisamente entonces se ha de determinar quién fuera el *agnatus proximus* del fallecido, al caer las expectativas de la madre.

En D. 38, 17, 2, 47 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), a diferencia de lo considerado en D. 38, 17, 2, 22 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) cuando la madre renunciaba a la herencia, se decide llamar al *proximus ex tunc*, es decir, a quien lo fuera a la muerte del causante<sup>1232</sup>, puesto que se considera que la mujer no había llegado a obtener la condición de heredera. La determinación del *proximus ex tunc* no significa otra cosa que la lógica consecuencia del principio del *ius*

---

<sup>1231</sup> D. 38, 17, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). El hijo nacido tras la muerte de la madre no guardaba con ella parentesco cognaticio y no se le podía aplicar el senadoconsulto Orficiano.

<sup>1232</sup> MEINHART (1967) 171.

*civile* por el cual el momento de determinar quién sea el *proximus* en la sucesión intestada sólo se rompe cuando hubo ya una delación<sup>1233</sup>, algo que en este caso no ha existido.

## II. Exégesis de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

Los romanistas han prestado una notable atención a este controvertido texto cuyo tenor literal dice lo siguiente:

D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat, itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio, patrono defertur.*

En el mismo, podemos identificar las siguientes reglas, directamente aplicables al senadoconsulto Orficiano e indirectamente al senadoconsulto Tertuliano:

1º. Si ninguno de los hijos de la persona fallecida quisieran la herencia, se regresaría a la regulación del *ius antiquum*.

2º. Si ninguno de aquéllos a los que se defiere la herencia legítima la quisieran, se siguen las normas del *ius antiquum*.

3º. Si al menos uno de los hijos de la persona fallecida quisiera suceder, le correspondería la herencia y no se aplicaría el *ius antiquum*, sino el derecho de acrecimiento en lo que el otro heredero repudiaba.

4º. Si hubiera un hijo de la mujer fallecida y el patrono, si el hijo no quisiera heredar se defiere la herencia al patrono.

Un estudio de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano no puede concluir sin realizar una exhaustiva exégesis de este texto, acuñando las diversas opiniones de los autores, y tratando de alcanzar el conocimiento más certero de lo realmente pretendido por el legislador y los juristas clásicos al interpretarlo, distinguiendo, a su vez, las aportaciones de los

---

<sup>1233</sup> D. 38, 16, 2, 6 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

compiladores justinianos que pretendieron una vez más hacer pasar por clásicos conceptos y principios que no podían siquiera ser considerados al promulgarse los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

1. La sucesión en la delación en el senadoconsulto Orficiano.

Necesariamente, D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) debe ser puesto en relación con el siguiente pasaje de Paulo en su monografía sobre el senadoconsulto Orficiano:

D. 38, 17, 6, 1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

*Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter haec verba “si nemo filiorum volet hereditatem suscipere”, quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.*

En el primero de ambos textos, se dice que si ninguno de los hijos o aquéllos a los que se defiere la herencia legítima quisieran aceptarla, se procedería a la remisión al *ius antiquum: a sensu contrario*. Para el caso que al menos uno de los hijos quisiera heredar, le correspondería la herencia y se produciría el derecho de acrecimiento entre los demás coherederos. La frase más complicada es la que cierra el texto, es decir, la mención a la concurrencia de un hijo y el patrono de la fallecida, de forma que si el primero no quisiera heredar la herencia se entrega al patrono.

La única diferencia entre ambos, precisamente, es la omisión por Paulo de la frase *eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur*, lo que ya había llevado a LA PIRA a considerar interpolado el texto de Ulpiano, como poco, en esa frase. Ciertamente, el pasaje recuerda al problemático D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) que acabamos de analizar, y que trataba de un llamamiento conjunto a la madre y otros herederos legítimos ante la negativa de un hijo a aceptar la herencia<sup>1234</sup>.

Nos situamos en el caso del hijo de una mujer fallecida que repudiara la herencia materna a la que tenía derecho *ex Orphitiano*, complicándose la determinación del *proximus* llamado a la herencia si el agnado próximo de la mujer, por ejemplo, su hermano, hubiera muerto antes de ser llamado. La pregunta, tal y como nos planteamos al tratar esta cuestión en

---

<sup>1234</sup> SANFILIPPO (1951) 176 ss.

el senadoconsulto Tertuliano es: ¿se admite una segunda delación al momento de la renuncia del hijo de la fallecida, o se llama a quien fuera *proximus* en el momento de la delación puesto que el no llegó a adir la herencia, es decir, al momento del fallecimiento de la madre? Puede arrojar luz sobre este particular el siguiente fragmento:

D. 38, 17, 1, 11 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

*Utrum autem ei defertur successio, qui tunc legitimus deprehenditur, an vero ei, qui tunc fuit, cum filio defertur? ut puta proponamus, fuisse defunctae consanguineum eiusque filium, deliberante filio defunctae consanguineum obisse, mox filium repudiasse matris hereditatem: an consanguinei filiius admitti possit? et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti agnato.*

La cuestión es importante, porque si no se admitiera al *proximus adgnatus* al momento de la renuncia, la herencia podía acabar en manos del Fisco, dado que el hijo de la fallecida no tuvo interés en suceder.

Ulpiano menciona la decisiva opinión de Juliano en esta controversia, *locum esse succedenti agnato*, y, aunque debió manejar una opinión contraria, parece que el compilador, convenientemente, la eliminó. En la época clásica era, desde luego, extraño admitir una segunda delación en la herencia intestada del *ius civile*, por lo que cabe esperar que prevaleciera una interpretación contraria a la misma. En concreto, la cita a Juliano por parte de Ulpiano, *et Iulianus recte putat circa Tertullianum, locum esse succedenti agnato*, para MEINHART<sup>1235</sup>, es de por sí sesgada al no incluir siquiera esa opinión completa. Ulpiano respondía a la cuestión en el sentido que la herencia debía corresponder al hijo del *consanguineus*, el sobrino, y Juliano, en un caso de aplicación del senadoconsulto Tertuliano, también abogaría porque el sobrino de la fallecida la sucediera. KUNKEL<sup>1236</sup> por su parte, entiende que Juliano se habría referido en todo caso al senadoconsulto Orficiano y que, por error, se escribió *circa Tertullianum* donde debió decirse originariamente *circa Orphitianum*.

Tenemos una fuerte evidencia de que Juliano se refería al problema en el senadoconsulto Tertuliano si la herencia no llegaba a la madre del fallecido<sup>1237</sup>, como vimos en D. 38, 17, 1, 11 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*). El texto de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) facilita notablemente las cosas pues se aprueba la segunda delación expresamente

<sup>1235</sup> MEINHART (1967) 176, nt. 52.

<sup>1236</sup> MEINHART (1967) 177, nt. 54.

<sup>1237</sup> D. 38, 16, 8, 1 (Juliano, 59 *digestorum*).

para la aplicación del senadoconsulto Orficiano por la renuncia del uno (o todos) de los llamados, y, como expusimos, la misma solución bien pudo hacerse extensiva a la aplicación del senadoconsulto Tertuliano.

Por otra parte, en D. 38, 17, 1, 10 (Ulpiano, 12 ad *Sabinum*) se examinaba el caso de un hijo que había adquirido la herencia materna y después se arrepentía, dando lugar a la *restitutio in integrum* contra sus actos. Pese a las dudas sobre un retorno al *ius antiquum*, pues en el caso del arrepentimiento no se daba exactamente el principio *nemo filiorum volet*, se decidió aplicar la misma solución al caso del *abstens* y al *restitutus*, aun cuando éste había adquirido la herencia. Esa equiparación de tratamiento resquebrajaba el principio del *ius civile*, *semel heres, semper heres*, sin olvidar que la *restitutio in integrum* traía como consecuencia la *denegatio actionis heredi et in herede* que haría imposible la *successio ordinum*. Por tanto, desde un punto de vista dogmáticamente estricto, si el hijo de la persona fallecida no se acabara quedando con la herencia por su propia decisión, se debía excluir la llamada a los agnados. Ulpiano habría superado la dificultad dogmática con una interpretación genial del *nemo filiorum volet ad suam hereditatem pertinere*, y la expresión *volet* del senadoconsulto sería considerada atécnicamente para amparar tanto el repudio inicial de la herencia, la hipótesis más normal, como el posterior arrepentimiento tras la aceptación, es decir, la *restitutio* contra los propios actos<sup>1238</sup>. Obviamente, se trata de una opción arriesgada, pues en un sentido jurídico estricto no podían equipararse ambos casos<sup>1239</sup> y la vulneración de los principios del *ius civile* sería doble en el caso del *restitutus* si se llegara a realizar la llamada del agnado: primero, por la interpretación laxa de *volet*, y, después, por el reconocimiento de dos herederos o por la aplicación de la *successio ordinum*. Para SOLAZZI<sup>1240</sup> y LA PIRA<sup>1241</sup>, la decisión de Ulpiano, era natural, aunque SANFILIPPO le reconoce su audacia por haber actuado forzando al límite la norma, todo un valioso ejemplo de la forma de trabajar de la jurisprudencia clásica.

La derogación de la regla *in legitimis non est successio*, se habría recogido explícitamente en el senadoconsulto Orficiano con el retorno al *ius civile*, pero en el caso anteriormente expuesto en D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 ad *Sabinum*), referido al

---

<sup>1238</sup> SANFILIPPO (1951) 371: el término *restitutio in integrum* se usa de forma inexacta por los compiladores que lo mezclan con la abstención, y, de hecho, en ese caso el hijo no era *suus* por lo que no habría podido abstenerse. Se refiere a la opinión de LAURIA para quien hubo un exceso de escrúpulo de Ulpiano mientras que SOLAZZI (1933) b 266 considera esa duda como natural.

<sup>1239</sup> SANFILIPPO (1951) 370 ss. Por otra parte, *volet* podría interpretarse hacia el futuro, pues no sólo el hijo no quiere la herencia al momento de la delación, sino que puede no quererla más adelante, lo que permite incluir al *restitutus*.

<sup>1240</sup> SOLAZZI (1933) b266.

<sup>1241</sup> LA PIRA (1930) 295 al tratar el caso de la abstención sostiene que la existencia de un *suus* es un obstáculo a la delación sucesiva lo que sólo puede remediarse con la *bonorum possessio*.



senadoconsulto Tertuliano, la solución no se veía tan clara. Recordemos que una madre reclamaba su derecho a la herencia de su hijo fallecido sin testamento tras la petición del hijo emancipado del fallecido de la *restitutio in integrum*. En realidad, el hijo del fallecido no era un *heres* sino un *bonorum possessor*, de tal manera que a la posesión entregada por el pretor, sobrevino también una cancelación pretoria y no hubo obstáculo en realizar la delación civil a la madre<sup>1242</sup>.

Las fuentes nos brindan casos en los cuales la *hereditas* civil no era un obstáculo para la ulterior *bonorum possessio* y, de hecho, aunque estaba prohibida la delación sucesiva en la herencia civil, podía producirse el tránsito de la *hereditas* a la *bonorum possessio* o de ésta a aquélla. Asimismo, se admitían las delaciones sucesivas en la *bonorum possessio*<sup>1243</sup>, todo ello sin perjuicio de las normas que regían para la *bonorum possessio sine re* o la *bonorum possessio cum re*<sup>1244</sup>. Normalmente, la praxis mostraba que la *hereditas* no era reintentada por el *suus abstens* sobre todo en presencia de *sui*, y que, pedida la *bonorum possessio*, el aspirante trataba de seguir la vía pretoria<sup>1245</sup>.

## 2. El derecho de acrecimiento en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

Posiblemente el texto que mejor define el tratamiento del derecho de acrecimiento en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano sea el siguiente:

D. 38, 16, 9 (Marciano, 5 *institutionum*):

*Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.*

<sup>1242</sup> SOLAZZI (1933) b 266 establece un paralelismo entre este caso y D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>1243</sup> SANFILIPPO (1951) 368, nt. 3, acude a D. 38, 9, 11 (Ulpiano, 49 *ad edictum*). En el mismo sentido, LA PIRA (1930) 251, nt. 1.

<sup>1244</sup> Gai. 3, 35-37.

<sup>1245</sup> SANFILIPPO (1951) 370, nt. 3 discrepa de BESELER y SOLAZZI (1933) 242 ss., quienes niegan que en presencia de *sui* se pudiera pasar de la *hereditas* a la *bonorum possessio*. El primero acude a Gai. 3, 37 y *Tituli ex corpore Ulpiani* 28, 13 y dice que el *suus* que no había pedido la *bonorum possessio unde liberi* no podía solicitar la *bonorum possessio unde legitimi* o *cognati*. Sobre todo, es importante lo expuesto en D. 38, 9, 2 (Papiniano, 6 *responsorum*) que parece negar la delación de la *bonorum possessio* a la *hereditas*, postulando la regla *semel bonorum possessor, semper bonorum possessor*. SANFILIPPO entiende que si el *suus* se abstiene, y un cognado pidiera la *bonorum possessio*, el *suus* por discrepancias con el cognado podía luego aspirar a la *bonorum possessio unde liberi*, perdiendo tan sólo la facultad de abstención.

Anteriormente, en relación al senadoconsulto Tertuliano, y para el caso de concurrencia de la hermana, el padre y la madre del fallecido, hemos analizado las posibilidades de los progenitores en función de la aceptación o repudio por parte de la hermana, tal y como expone:

D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.*

En efecto, la aceptación de la herencia por la hermana del fallecido supone compartir los bienes con la madre del fallecido, excluyéndose al padre. Sin embargo, en el caso de repudio de la herencia por parte de la hermana consanguínea, la madre del fallecido no llegaría a adquirir los bienes siendo postergada por el padre de aquél. Tan sólo en el supuesto que el padre no pidiera la *bonorum possessio*, la madre podría suceder en virtud del senadoconsulto Tertuliano, aun habiendo la hermana rechazado la herencia previamente. A la vista de lo anterior, se puede deducir que quien excluía al padre, verdaderamente, era la hermana consanguínea del causante.

El derecho de acrecimiento es reconocido para el senadoconsulto Orficiano en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), y puede igualmente pensarse que el senadoconsulto Tertuliano operaba en esta línea, si se estudian en paralelo D. 38, 16, 9 (Marciano, 5 *institutionum*) y D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). Es conveniente prestar especial atención al párrafo *si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire*.

En realidad, en el segundo texto se está llamando a heredar a quien fuera *heres legitima* según la Ley de las XII Tablas, eso sí, junto con la madre del fallecido que es *heres ex Tertulliano*. Por ello, entre estos dos tipos de llamamientos no cabría hablar de acrecimiento: y no sólo debido a su diferente origen, *ex lege, ex senatusconsulto*, sino a que la aceptación de la hermana es el requisito para admitir la llamada a la madre del fallecido.

Por el contrario, el senadoconsulto Orficiano ofrecía en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) una solución que incluye el acrecimiento cuando entre los *fili* llamados a suceder a la madre alguno decidía no adquirir. Claro que, siendo todos ellos llamados por el *ius novum*, es muy diferente la situación a la que venimos comentando en D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), un caso en el que aun cumpliendo la madre del fallecido los requisitos para aplicar el senadoconsulto Tertuliano, podía quedarse sin suceder por la negativa a aceptar de la hermana del fallecido, lo que ni tan siquiera daría lugar a plantear los principios generales sobre el acrecimiento. El legislador, habiendo una *proxima adgnata* que rechazaba heredar, prefirió que la herencia por completo acabara en manos de un cognado, el padre del fallecido, algo que sí rompía con la tradición. Acertadamente, MEINHART<sup>1246</sup> niega el acrecimiento pues entiende que en realidad la madre y la hermana no eran llamadas *in solidum*, y que cada una de ellas ostentaba un diferente título de delación. Tan sólo podía excluirse esa solución en el supuesto en el que la madre del fallecido fuera, además, agnada de su hijo:

D. 38, 17, 2, 19 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Sed et si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea, ut puta “quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit”, sit praeterea et pater naturalis: haec mater si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem: si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatus consulto venire propter patrem non potest, repudiante vero patre rursum ex senatus consulto potest venire.*

El supuesto se refiere al fallecido que había sido adoptado por su abuelo materno bajo cuya potestad estaba también su madre. Aun viviendo el padre natural, la madre tendría mejor derecho pues el padre era un mero cognado y la madre era como hermana de su hijo. Por el contrario, si la madre repudiaba la herencia o sufría *capitis deminutio* que le hiciera perder el parentesco de agnación con su hijo, el padre se antepondría a la madre. Por analogía con el texto anterior, si éste también repudiara la herencia, la madre podría de nuevo acudir por el senadoconsulto Tertuliano ya como mera cognada de su hijo. En definitiva, y dado que el sistema de concurrencias había previsto este supuesto, se justificaba que los juristas clásicos ignoraran la cuestión del acrecimiento, asunto sobre el que el senadoconsulto Tertuliano no se pronunciaba como si haría el senadoconsulto Orficiano.

---

<sup>1246</sup> MEINHART (1967) 283 ss.

No obstante, D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*)<sup>1247</sup> que abordaba el caso de los *sui heredes* del fallecido que no llegaban a heredar, nos puede plantear, de nuevo, dudas sobre un posible tratamiento del derecho a acrecer. Como vimos, se trata de un precepto largamente estudiado y sobre el que recaen fundadas sospechas<sup>1248</sup> de haber sufrido un acortamiento por parte de los compiladores, quienes habrían ignorado la regulación romana clásica y los principios jurídicos que asistieron a Ulpiano para solucionar el supuesto de hecho presentado.

MEINHART<sup>1249</sup> se resiste a aceptar que, junto a la hipótesis de la abstención de todos los *sui*, Ulpiano no hubiera estudiado la abstención de uno de ellos o algunos, lo que podría haber dado lugar al acrecimiento a favor del resto de coherederos que fueran *sui* como el abstenido. Sin embargo, no cree posible LA PIRA que Africano, Publicio y el propio Ulpiano admitieran la delación del *ius civile vetus* a la nueva regulación del *ius civile* surgida de los senadoconsultos con fundamento en razones de oportunidad y de equidad, acudiendo a:

D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*):

*Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor. et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem. igitur et si furioso decreto petita sit possessio et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit.*

En este pasaje, se afirma la existencia de dos hipótesis distintas que llevan a diferentes conclusiones: por una parte, el hijo por nacer que había recibido la *missio ventris* mientras estaba en el claustro materno, no perjudicaba el derecho de la madre del fallecido. Por otra, sí se la perjudicaba en el supuesto de que fuese un *suus*, heredero civil por el *ius vetus*.

En efecto, el difícil equilibrio al que aspiraba el senadoconsulto Tertuliano pasaba por dejar claro que la madre era llamada a la herencia de su hijo ante la falta de sujetos con mejor derecho, pues, aun habiéndose producido la estratificación de los distintos regímenes en el

---

<sup>1247</sup> Con relación a la pretendida interpolación sufrida por este pasaje del Digesto, SOLAZZI (1933) b 235, nt. 3; 243-244, nt.1 considera no auténtico el párrafo “*ut puta abstinuit se hereditate*” pues utiliza el término *abstinuit* cuando en este caso, gramaticalmente el sujeto de la frase debía ser *sui heredes*. También el fragmento “*et tunc ei obstant, quotiens rem habent*” estaría interpolado pues la redacción correcta sería *obstare* y *habent* después de *obstant*. Por último, critica también la solución de la polémica en nombre de la equidad *quae sententia aequior est*. No obstante, este autor no niega la voluntad de Africano y de Publicio de salvar las expectativas hereditarias de la madre. SANFILIPPO (1951) 371-372; ROBBE (1953) 160, nt. 1; FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2011) 560 ss.

<sup>1248</sup> VACCARO DELOGU (1941) 40 ss.

<sup>1249</sup> MEINHART (1967) 292, nt. 22.

sistema sucesorio, una defensa rígida de los principios del *ius civile* conllevaría la mutilación en la eficacia que el *ius novum* pretendía para dar prioridad a los vínculos de sangre.

En nuestro camino se cruza de nuevo D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) al que también dedicamos una reflexión anteriormente, que prevé el rechazo a la madre del fallecido tan sólo si el hijo de éste adió la herencia, pues, si no estuviera interesado en la misma, sería llamada la madre *ex Tertulliano*. Como en ese caso se está hablando de aceptar la herencia, el heredero legítimo no era un *suus*, con las consabidas dificultades para identificar quién fuera ese hijo y la madre del fallecido no debía ser llamada en razón del senadoconsulto Tertuliano habiendo otros herederos legítimos, pues existía un concurso efectivo de competidores que eran antepuestos a la madre y que sí daba lugar a la aplicación del derecho de acrecer.

La relevante aportación de VACCARO DELOGU<sup>1250</sup> considera que la delación sucesiva que proclamaba el senadoconsulto Tertuliano tenía su límite natural en la verificación del *ius adcrescendi*, es decir, que mientras fuese posible asignar las cuotas que habían quedado vacantes en virtud del derecho de acrecer al resto de coherederos legítimos, no se podía proceder a llamar a la madre. En este mismo sentido, BIONDI<sup>1251</sup> sostiene que, en el ámbito de la sucesión intestada, el acrecimiento prevalecía sobre la llamada sucesiva, a lo que se opone LA PIRA<sup>1252</sup>, para quien Ulpiano estaba dando su opinión en este texto sólo en relación a los hijos admitidos a la herencia de la madre por el senadoconsulto Orficiano. Por supuesto, todas estas disquisiciones pierden su razón de ser en el derecho justiniano, cuando los hijos caso de no aceptar la herencia no perjudicaban a los demás sucesores llamados por el *ius civile*.

En definitiva, cree FERNÁNDEZ VIZCAÍNO<sup>1253</sup> que puede aceptarse la hipótesis que Ulpiano, además del supuesto de la abstención de todos los *sui*, debió hacer otra referencia a la abstención de un solo *suus*, momento en que tendría lugar el acrecimiento a favor del resto de coherederos, lo que confirmaría la solución de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) como paralela a la ofrecida por D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) sobre el senadoconsulto Orficiano. Por tanto, si al menos un hijo del fallecido quisiera heredar, el repudio de la herencia por su hermano le acrecería en la porción vacante de forma que la delación sucesiva a la madre *ex Tertulliano* tenía su límite en la natural verificación del *ius adcrescendi*.

Hasta aquí, las diversas posiciones doctrinales sobre la posible aplicación del derecho de acrecer en el senadoconsulto Tertuliano. En relación a lo dispuesto en el senadoconsulto

---

<sup>1250</sup>LENEL (2000) 1047, 2520 había planteado que se hace referencia simplemente a hijos que se encuentran respecto de su madre en posición de hermanos consanguíneos. En contra, SANFILIPPO (1951) 364, nt. 3.

<sup>1251</sup>BIONDI (1954) b 418.

<sup>1252</sup>LA PIRA (1930) 283.

<sup>1253</sup>FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2011) 565 ss.

Orficiano, en Instituciones 3, 4, 4, Justiniano, bajo la rúbrica *De senatusconsulto Orfitiano*, hace referencia al acrecimiento cuando, entre muchos herederos legítimos de la fallecida, algunos hubiesen repudiado la herencia, o hubiesen sido impedidos de adirla por muerte o por otra causa. Además, si alguno de los herederos legítimos hubiese fallecido una vez realizada la adición pero antes de que la porción quedase libre, el derecho le pertenecía a sus herederos.

En nuestra opinión, el siempre controvertido D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>1254</sup> habría sido manipulado pues se dirigía el interés de los compiladores a tomar en consideración junto a los hijos de la fallecida a los nietos nacidos de hijos premuertos a la madre<sup>1255</sup>. Pero lo anterior no obsta a que se pudiera asumir la interpretación de VACCARO DELOGU<sup>1256</sup> a favor de la aplicación del *ius adcrescendi* para quienes sí quisieran suceder a la madre. En el caso que ninguno de los hijos estuviera interesado, la misma pasaba a los otros sucesores según el *ius vetus*<sup>1257</sup>. VOLTERRA<sup>1258</sup>, igualmente, confirma la aplicación del derecho de acrecimiento para el caso que alguno de los hijos de la fallecida rechazara la herencia materna siempre que estuviera interesado por lo menos uno de ellos. La *ratio legis* era, precisamente, hacer depender de la voluntad de los hijos la aplicación o no de *ius civile* antiguo.

La polémica surge con la frase de cierre del primero de ambos textos, *eorumve.....defertur*, que no recoge Paulo<sup>1259</sup>, pero no se discute la remisión al *ius antiquum* únicamente cuando ningún hijo del *de cuius* hubiese aceptado la herencia. Recordemos que los hijos disponían<sup>1260</sup> de un año desde la delación si ningún sucesor *abintestato iuris civilis* aceptaba la herencia de la mujer fallecida. Sin embargo, aun teniendo los hijos la intención de quedarse con la herencia de su madre, los sucesores por el *ius vetus* podían volver a ejecutar su derecho si la *aditio* de los hijos viniese anulada por la *restitutio in integrum* o, por cualquier

---

<sup>1254</sup> VOLTERRA (1966) 561 ve excesiva la corrección el texto completo. LAVAGGI (1946) b 179-180 relaciona la equiparación del *parens manumissor emancipatae* con el *patronus libertae*, pues ambos concurrían en determinados supuestos con los *liberi*. SANFILIPPO (1951) 364, nt. 3.

<sup>1255</sup> LA PIRA (1930) 295.

<sup>1256</sup> VACCARO DELOGU (1941) 43-44; BIONDI (1954) b 418.

<sup>1257</sup> SANFILIPPO (1956) 365, quien coincide con la opinión de MOMMSEN.

<sup>1258</sup> VOLTERRA (1966) 555 y ss.

<sup>1259</sup> SANFILIPPO (1951) 365 ss.

<sup>1260</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2011) 570 ss.

otra causa que impidiese la aceptación. En sentido contrario se manifiesta SANFILIPPO, acudiendo a:

D. 38, 17, 1, 10 (*Ulpiano, 12 ad Sabinum*):

*Si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an ius antiquum possit locum habere? verba admittunt, ut possit: "volet ad se", inquit, "eam hereditatem pertinere": nam et hic non vult, etsi aliquando voluit: et dico posse ius antiquum locum habere.*

El estudioso italiano justificaba que, una vez que el hijo había aceptado la herencia, era heredero para siempre por lo que la posterior *restitutio in integrum* no anulaba los efectos civiles de la aceptación teniendo únicamente alcance en el derecho pretorio por la *denegatio actionis heredi et in heredem*. Por tanto, existiendo ya un *heres*, aun restituido por el derecho pretorio, no podía abrirse la delación a favor de otros, y no se admitiría la llamada por el *ius antiquum*. En este punto, difícilmente la letra del senadoconsulto iba a regular la vulneración de la herencia clásica por partida doble, admitiendo primero la *successio ordinum* y luego la coexistencia de dos herederos sucesivos. En su opinión, Ulpiano habría extendido el supuesto del hijo que renunciaba a la herencia de la madre al del *restitutus*, suspendiendo la calificación perpetua de heredero para quien consentía que se llamara por el *ius antiquum* a los agnados de la madre fallecida. SOLAZZI<sup>1261</sup>, por su parte, entiende que desde antes de Ulpiano la *restitutio in integrum* era tratada en paralelo a la abstención, admitiendo en ambas la sucesión en la delación: la primera en la *bonorum possessio*, la segunda en la herencia civil<sup>1262</sup>.

En resumen, admitido el acrecimiento entre los hijos a partes iguales, se habría formado un concurso efectivo de herederos llamados conjuntamente a los bienes hereditarios, y tan sólo se produciría el retorno al *ius antiquum* en el supuesto de una falta total de adquisición puesto que el derecho de acrecimiento primaba sobre la delación sucesiva<sup>1263</sup>.

---

<sup>1261</sup> SOLAZZI (1933) b.

<sup>1262</sup> LA PIRA (1930) 292 y 295 encuentra natural la decisión de Ulpiano, es más, cree que fue explícitamente admitida la sucesión en la delación del derecho nuevo al antiguo por el senadoconsulto Orficiano.

<sup>1263</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2011) 559 ss.

### 3. La sucesión de la liberta.

Para finalizar con el análisis de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) nos volveremos a referir al caso particular del fallecimiento de la liberta, pero desde la óptica de un posible llamamiento conjunto de sus hijos y el patrono. Podemos anticipar que, pese a las dudas que se generan nuevamente tras la promulgación del senadoconsulto Orficiano, los hijos de la liberta que gozara de *ius liberorum*<sup>1264</sup> fueron considerados los primeros llamados a sucederla *abintestato* pues el *ius adcrecendi* desplegaba su eficacia dentro de la esfera del senadoconsulto Orficiano, en detrimento del patrono. La falta de aceptación de alguno de los hijos era causa de aplicación del derecho de acrecer de los demás, exactamente igual que si la fallecida fuera ingenua y sólo en el caso que ningún hijo de la liberta hubiese adido la herencia, se llamaba al patrono en base a la delación sucesiva por el retorno al derecho antiguo.

En efecto, la Ley de las XII Tablas llamaba al patrono a suceder en la totalidad de la herencia intestada de la liberta por el principio *feminae nunquam suum heredem habere possunt*, excluida para estas mujeres la posibilidad de tener parentela civil. La influencia de la *lex Papia* fue nula en materia de sucesión intestada de las libertas, y el senadoconsulto Orficiano, o, mejor dicho, la interpretación jurisprudencial del mismo, puesto que entendemos que el texto no habría mencionado expresamente a estas mujeres, vino a modificar esta situación discriminatoria, tal y como se recoge en D. 38, 17, 1 pr. (*Ulpiano, 12 ad Sabinum*).

El tratamiento que hace D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) del derecho de acrecimiento y de la sucesión en la delación, como hemos visto, son, desde un punto de vista dogmático, los dos grandes asuntos que han hecho de este texto el más discutido de la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Sin embargo, no menos relevante es la mención a otro de las grandes cuestiones de la sucesión intestada: las expectativas sucesorias de los hijos de las mujeres libertas que fallecieran sin testar en época clásica.

En páginas anteriores reconocimos que, poco tiempo después de publicarse el senadoconsulto Orficiano, los juristas habrían mostrado su disposición a aplicar esta regulación a la herencia intestada de la madre liberta. No deja de ser cierto que, de alguna manera, los prudentes siempre trataron de mantener el equilibrio entre las expectativas de los hijos y las del patrono y su familia. Al fin y al cabo, la familia del patrono llevaba siendo reconocida por el derecho sucesorio desde hacía siglos. El patrono sucedía a la liberta fallecida intestada y que

---

<sup>1264</sup> SAMPER (1972) 19 ss. ; MASI DORIA 146- 178.



gozara de *ius liberorum* tras los hijos de ésta, puesto que la posición legal de aquél se equiparaba a la de los hermanos y los agnados de la madre ingenua.

En D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>1265</sup> se admite que, por decreto imperial, un niño que había nacido antes de la liberación de la madre, existiendo un retraso por mora de los herederos, fuera considerado ingenuo. Fallecida la mujer, Ulpiano otorgaba al hijo la posibilidad de sucederla por el senadoconsulto Orficiano, lo que demostraría que mucho antes de la regulación de Justiniano favorable al tratamiento igualitario entre libertas e ingenuas<sup>1266</sup> los juristas se inclinaban hacia una postura de reconocimiento de las expectativas sucesorias de los hijos de estas mujeres.

La *pietas*, que había inspirado ambos senadoconsultos<sup>1267</sup>, se manifestaba al otorgar el necesario parentesco de cognación entre la liberta y sus hijos a efectos de la sucesión civil intestada, aunque siempre queda la duda de cómo encajaron las nuevas disposiciones, y, sobre todo, la interpretación de los juristas, con los arraigados derechos de los patronos.

LAVAGGI<sup>1268</sup> asume que el texto del senadoconsulto Orficiano debió ser escueto y dedicarse a lo esencial, de manera que la solución a la herencia de la liberta debió venir de la interpretación de los juristas, que apostarían por aplicar normas de la sucesión de la ingenua a la liberta. No descarta este autor que los prudentes buscaran una segunda solución para mantener la posición del patrono, de forma análoga a lo actuado por la *lex Papia Poppaea* sobre el testamento de la liberta, la cual, aun contando con el *ius liberorum*, debía dejar una *portio virilis* al patrono. Por ello, entiende que D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) implícitamente reconocía el concurso entre los hijos de la liberta y el patrono, conclusión a la que llega en su intento de armonizar la *lex Papia* y el senadoconsulto Orficiano. Su tesis aboga por un llamamiento del hijo de la liberta a la herencia intestada *ex Orphitiano*, pero en las mismas condiciones (*ius liberorum*) y con las mismas salvedades (porción viril a favor del patrono) que en la sucesión testada según la *lex Papia*. En su opinión, sólo siglos más tarde se habría suavizado esta solución por la legislación imperial tardía, al eximirse del cumplimiento del requisito del *ius liberorum*:

---

<sup>1265</sup> D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): *Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus, a captiva procreatus, cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti, quasi vulgo quaesitus.*

<sup>1266</sup> C. 6, 57, 6 *Imp. Iustinianus A. Mena pp. D. k. Iun. Constantinopoli dn. Justiniano A. pp. II cons.* [a. 528].

<sup>1267</sup> D. 38, 16, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

<sup>1268</sup> LAVAGGI (1946) b 175 ss.

Código Teodosiano 5, 1, 3 (año 383), cuya *interpretatio* dice:

*Filia, quam fiduciam nominavit, hoc est emancipata, si intestata moriatur, et relinquat superstites patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedunt. Hic de iure addendum, quid sit fiducia*<sup>1269</sup>.

Por tanto, la *interpretatio* de Código Teodosiano 5, 1, 3 habría puesto el punto final a la práctica de admitir la participación de los patronos en la herencia de la liberta con *ius liberorum*, estableciendo un evidente paralelismo entre el rol del *parens manumissor* en la herencia intestada de la hija y el del patrono en la herencia intestada de liberta. Otros autores como SCHMIDT<sup>1270</sup> aluden a que, por su desarrollo histórico, seguía siendo muy fuerte la posición del patrono, quien reunía en su persona los derechos de los agnados, y del *parens manumissor*, por lo que rechaza que deban atraerse ambas situaciones a la misma solución. En su opinión, la mencionada constitución rige exclusivamente sobre la *ingenua*, que, siendo madre sin *ius liberorum*, *etiamsi ius liberorum defuncta non habeat*, debía ser heredada exclusivamente por sus hijos. Código Teodosiano 5, 1, 3 menciona a la hija cuya emancipación es completada con *fiducia*, aunque la fallecida no hubiera obtenido el *ius liberorum* y aun cuando el padre de la fallecida estuviera vivo en el momento de la muerte de ella. Este asunto parece no haber sido tratado por Ulpiano, o, al menos, no tenemos constancia<sup>1271</sup> del mismo aunque no puede descartarse que el jurista se hubiera ocupado en algún momento de la herencia de la liberta. Es discutible la utilización del término *liberi* como ulpiano donde debió decir *filii*, pues, como hemos visto, los únicos descendientes admitidos en época clásica eran los de primer grado, y, reconociendo un papel relevante al *ius liberorum*<sup>1272</sup>, los nietos en ningún caso computaban para el mismo<sup>1273</sup>.

---

<sup>1269</sup> No es seguro que el texto se debiera extender arbitrariamente a la liberta.

<sup>1270</sup> MEINHART (1967) 83-84. La distinción entre el *parens manumissor* de su propio hijo o el *extraneus manumissor* es poco apreciable pues se rigen por principios muy similares. Así, la Ley de las XII Tablas ya habría prescrito sobre ese cuasi-patronato en el campo de la herencia, que primero heredaran los *sui heredes* del liberto y luego los patronos, al igual que en el edicto pretorio, donde tampoco hay diferencias entre el *manumissor extraneus* o el *parens manumissor*, por detrás de los *liberi*. Precisamente el derecho pretorio ya trata de forma diferente al *servi manumissor* y a quien liberaba a una persona *in causa mancipii*, pues el primero recibía la libertad y la personalidad jurídica, mientras que el segundo era libre y recuperaba la capacidad de obrar. Al patrono del primero, se le otorgaba una posición superior por el pretor, y se creaban entre el patrono y sus esclavos liberados una relación similar al parentesco civil. Sin embargo, en el caso del *extraneus manumissor* (y a éste puede equipararse también el *pater adoptivus* que emancipa) no era así, D. 37, 12, 4 (Marcelo, 9 *digestorum*).

<sup>1271</sup> D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*).

<sup>1272</sup> NIEDERMEYER (1930) 98 ss.

<sup>1273</sup> MEINHART (1967) 80 resta importancia a este tema, pues en ocasiones el término *liberi* se usaba un significado restringido a los hijos, como se repite en otras disposiciones de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

Concluyendo: la tesis de LAVAGGI parte de la premisa de que la interpolación de la frase *eorumve defertur*<sup>1274</sup> se puede superar sustituyendo *defertur* por *adcrecit*, lo que justificaría una llamada conjunta de hijos de la fallecida y el patrono y el derecho de acrecimiento entre ellos en caso de repudio. Por supuesto, el autor está considerando un llamamiento solidario entre el hijo y el patrono de la liberta, pues, si la herencia legítima de la mujer ingenua no sometida al poder del marido pertenecía a los hijos y excluía a los consanguíneos y a los demás agnados, no se podía contar entre éstos al patrono, la patrona, los *liberi patroni*, por un lado y, el *parens manumissor ex remancipatione*<sup>1275</sup> en la herencia de la liberta. Todos ellos concurrían con los hijos de la liberta (o ingenua emancipada) fallecida.

MEINHART<sup>1276</sup>, disiente de LAVAGGI y descarta *Tituli ex corpore Ulpiani* 29, 1-7 como fuente de conocimiento para el senadoconsulto Orficiano<sup>1277</sup>, considerando que, si bien los senadoconsultos habían nacido teniendo muy presentes el respeto a las leyes augusteas, era un tanto excesivo utilizar una disposición legal referida al testamento como condición vinculante para el nuevo control de la herencia intestada, algo que no encuentra apoyo en las fuentes: por tanto, la concesión de la *portio virilis* a favor del patrono de la liberta con *ius liberorum* no debía transponerse a la sucesión intestada. A su parecer, igual que conocemos positivamente que para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano la madre del fallecido debía gozar del *ius liberorum*, para el senadoconsulto Orficiano no se exigiría para una mujer fallecida ingenua liquidando una práctica que llevaba más de 160 años desde la *lex Papia*<sup>1278</sup>. La norma había desplazado a los agnados, reconocidos nada menos que por la Ley de las XII Tablas, y la jurisprudencia no debió sentirse atada a la hora de resolver casos de la sucesión intestada de la mujer fallecida a lo dispuesto por la *lex Papia* para los testamentos.

En definitiva, la doctrina se divide en las dos posturas que venimos comentando: la de quienes entienden que el senadoconsulto Orficiano se aplicó en igualdad de condiciones a libertas e ingenuas, y la de quienes consideran que el patrono mantuvo sus derechos y compartía la herencia con los hijos de la liberta. Es conveniente acudir de nuevo a D. 38, 17, 6,

---

<sup>1274</sup>LAVAGGI (1946) b 182, nt. 26, afirma que la interpolación referida no se encuentra en el Index, a pesar de la opinión la mayoría de autores en orden a interpretan *defertur* como equivalente a *adcrecit*.

<sup>1275</sup>MOSCATELLI (1888) 185 ss; SCHIRMER (1863) 185 y ss. Asimismo, respecto a los supuestos de hecho en los que se producía la concurrencia de llamadas a la herencia de la madre liberta se puede consultar el texto de LAVAGGI (1946) b 180 y ss.

<sup>1276</sup>MEINHART (1967) 80 ss.

<sup>1277</sup>MEINHART (1967) 84.

<sup>1278</sup>LAVAGGI (1946) 176 ss. habla de *redattori*, quizás el *consilium principis*. CHURRUCA-MENTXAKA (2015) 133.

1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*), pasaje en el que Paulo se limitaba a confirmar que, si el hijo de la fallecida no tuviera en principio interés en adir la herencia y luego se arrepintiera de tal decisión, tendría un año de plazo desde la muerte de la fallecida para adirla antes que un consanguíneo o un agnado. Por supuesto, de nuevo hemos de despejar la incógnita de quiénes eran para la aplicación del senadoconsulto Orficiano esas personas llamadas a la herencia de la fallecida, y si la compartirían en concurso con los hijos<sup>1279</sup>.

*Tituli ex corpore Ulpiani* 1, 9:

*Ut testamento manummissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat.*

Por tanto, el senadoconsulto Orficiano pudo permitir la llamada al patrono a la herencia de la liberta, y al *parens manumissor* a la herencia de la mujer ingenua emancipada, mientras que todos los demás parientes, con la formulación *exclusis consanguineis et reliquis agnatis* habrían sido excluidos, lo que llevaría, por ejemplo, a no llamar a la madre de la fallecida como hemos conocido en C. 6, 57 *Imp. Alexander A. Euangelo* [a. 225]. Es cierto que *Tituli ex corpore Ulpiani* 1, 9 no recoge exactamente los mismos hechos que D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) pero su intención pudo ser explicar la interacción del *ius novum* y del *ius vetus*, de forma que se entienda por *eorumve* al patrono.

MEINHART<sup>1280</sup>, partidaria de la prevalencia de los hijos sobre el patrono, opone al llamamiento conjunto que mostraría una doble desviación del espíritu de ambos senadoconsultos, pues el patrono se beneficiaría en cuanto concurrente con los hijos y también por el derecho de acrecimiento a la cuota del repudiante. LAVAGGI<sup>1281</sup> cree que la frase *eorumve... defertur* era clásica pero los compiladores la habrían retocado de forma que esas palabras alcanzarían un nuevo significado al incluir a los nietos de la mujer fallecida<sup>1282</sup>. Por su parte, LA PIRA<sup>1283</sup>, como hemos repetido, sólo entiende que *eorumve...defertur* se debe atribuir a los compiladores, en su interés por admitir a nietos y nietas de la mujer fallecida, siguiendo lo prescrito por Código Teodosiano 5, 1, 3<sup>1284</sup> del año 389. Sólo en este sentido, podría armonizarse D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) con :

---

<sup>1279</sup> MEINHART (1967) 85.

<sup>1280</sup> En su recensión a MEINHART (1967) entiende QUADRATO (1969) 370, que no tiene fundamento una llamada conjunta del hijo y del patrono como pretende LAVAGGI (1946) b 176 ss. para lo que interpreta D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) junto con *Basilicae* 45, 1, 27, 9 e Instituciones 3, 4, 1.

<sup>1281</sup> LAVAGGI (1946) 176 ss. Para apoyar esta tesis, se ve obligado a considerar la palabra *defertur* como distorsionada.

<sup>1282</sup> LAVAGGI (1946) 182 ss.

<sup>1283</sup> LA PIRA (1930) 289.

<sup>1284</sup> C. 6, 55, 9 *Imp. Valentinianus Theodosius et Arcadius AAA. Constantino pp. Galliarum* [a. 389].

Instituciones, 3, 4, 1:

*Sed cum ex hoc senatus consulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumve et nepotes et neptes vocentur.*

Ciertamente, de las palabras de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), aun teniendo siempre presente las serias sospechas sobre su clasicidad (en especial de la frase *eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur*) parece derivarse una posible concurrencia de los hijos de la liberta fallecida con el patrono. Pero, por el contrario, creemos que, en el caso de la liberta<sup>1285</sup>, la situación natural habría sido que sus hijos desplazaran al patrono y tan sólo si se produjera el rechazo a la herencia por todos los hijos, operaría la devolución de la misma a aquél en base al derecho antiguo<sup>1286</sup>. Asimismo, en las primeras interpretaciones jurisprudenciales algo influenciadas por el régimen de las leyes augusteas, pudo exigirse a la liberta que gozara del *ius liberorum*, aunque la pérdida de valor del beneficio iría aminorando su influencia. Finalmente, consideramos que si tan sólo renunciara a la herencia uno de los hijos de la liberta fallecida, se aplicaría el derecho de acrecimiento en favor de los otros hijos<sup>1287</sup> y renunciando todos, se llamaría al patrono que sucedería en la totalidad de los bienes.

Aun así, habría de esperarse al año 531 d. C. para ver expresamente reconocida la postergación del patrono, no sólo por los hijos, sino también por los nietos *ex filio* y *ex filia* de la liberta tal y como dispone:

C. 6, 4, 10 *Constitutio novam formam iuri patronatus datura exposito prius iure patronatus, quod secundum XII tabulas praetorem Papiamque legem obtinebat, legislationem sic incipit. Si vero eorum, qui maiorem C aureis relinquunt substantiam, liberi extant sive nepotes sive pronepotes sive abnepotes, masculini feminaeve, per masculini aut feminini sexus personas descendentes, quotcumque sunt, sive ante parentes manumissi, sive una cum ei sive*

---

<sup>1285</sup> MEINHART (1967) 80. D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) establece *mater sive ingenua sive libertina*, pero probablemente fue interpolado, siendo un régimen muy complejo el de la sucesión de la liberta en la edad clásica. LAVAGGI (1946) b 180 ss. sostiene que Justiniano falsificó de manera sustancial y grave el pensamiento de Ulpiano.

<sup>1286</sup> VARELA (2006) 113 ss.; SAMPER (1971) 149 ss.

<sup>1287</sup> SCHIRMER (1863) 186 ss. Al existir esta discrepancia, se ha intentado resolver la cuestión con la ayuda de varias explicaciones de la palabra *defertur*. Para LA PIRA (1930) 295 ss., sólo se comprende el conjunto entero si la frase *eorumve... defertur* se considera justiniana, aunque lo discute MEINHART (1967) 75, pues cree que se inspiró en los mismos principios que D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) un texto que LA PIRA, por cierto, no considera interpolado. Asimismo, SANFILIPPO (1951) 370 ss. no ve clara las interpolaciones, y trata de buscar razones para justificar su clasicidad.

*etiam post eos manumissi sive etiam post manumissionem nati, eos ad libertorum vocat successionem, quoniam et natura aequum est liberos in bona parentum succedere*<sup>1288</sup>.

[a. 531].

En conclusión, entendemos que las apreciaciones de Ulpiano acerca de las condiciones de los hijos de la mujer fallecida fueron presumiblemente acortadas por los compiladores, quienes estaban interesados especialmente en la equiparación expresa de las mujeres ingenuas y libertas para la aplicación del senadoconsulto Orficiano. A lo largo de este trabajo hemos venido otorgando a ambos senadoconsultos el carácter de normas de mínimos que dejaron un amplio espacio a la intervención de los jurisconsultos. Por ello, entendemos que la norma original se debió referir a los casos más habituales en la sociedad romana de finales del siglo II d. C. y referidos a la sucesión de la mujer ingenua o liberada de cautiverio, siendo la jurisprudencia quien admitiría la equiparación de la herencia de ingenuas y libertas. Asimismo, por analogía entre la posición del *parens manumissor* (que tampoco sería las más corriente de las situaciones) y el patrono de la liberta, acabaría por aplicarse a la herencia de la mujer ingenua emancipada.

La intervención, a todas luces excesiva de los compiladores, mutiló las palabras de Ulpiano, si bien en su descargo, la siguiente justificación: en un momento histórico en que el requisito del *ius liberorum* ya no existía y en la práctica hacía siglos que se venían obviando las diferencias entre libertas<sup>1289</sup> e ingenuas, los juristas justinianos se afanaron por eliminar cualquier rasgo de discriminación a la hora de aplicar el senadoconsulto Orficiano<sup>1290</sup>. Por ello, en el caso que la fallecida fuera una liberta que tuviera hijos, concluimos que éstos habrían accedido con preferencia al patrono a la herencia intestada de su madre.

---

<sup>1288</sup> Igual redacción en *Basilicae*, 49, 1, 28.

<sup>1289</sup> LA PIRA (1930) 182 y ss.; LAVAGGI (1946) b 157 y ss.; VOCI (1963) 25; ASTOLFI (1996) 229 ss.; SAMPER (1971) 166 y ss.; MASI, (1996) 15 y ss.; TURIEL DE CASTRO (1998) 75; DOMÍNGUEZ TRISTÁN (2000) 169 y ss. FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2011) 585 ss.; VARELA (2006).

<sup>1290</sup> SAMPER (1971) 166 ss. El llamamiento *ex Orphitiano* a la sucesión de la liberta era semejante al legítimo, teniendo como única particularidad, permitir la aplicación subsidiaria del derecho antiguo.

## Capítulo VII

### Conclusiones

1. Las claves de la sucesión entre madre e hijos en las disposiciones de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.
  
- II. La necesaria coordinación entre las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano y Orficiano y los principios del *ius antiquum*.
  
- III. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano como instrumentos de *pietas*.





## **1. Las claves de la sucesión entre madre e hijos en las disposiciones de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.**

Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, normas de *ius civile*, otorgaron la condición de herederos legítimos a madres e hijos en sus herencias recíprocas, siempre que todos ellos cumplieran con las exigencias impuestas por sus disposiciones. Asimismo, ambos senadoconsultos incidieron en el *ordo pretorio* de la sucesión intestada que se vio obligado a acoger en la clase *unde legitimi* a madre e hijos, pues los lazos materno filiales estaban postergados hasta entonces a la clase *unde cognati*.

La aplicación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano supuso un considerable incremento del número de reclamaciones judiciales y de consultas a los jurisconsultos por parte de los diversos parientes implicados, unas veces llamados por el *ius antiquum*, otras veces por el *ius novum*. Desde un punto de vista dogmático, hubo de completarse un importante esfuerzo de asimilación del nuevo sistema de llamamientos y sus mecanismos pues el plan de Adriano, seguido más adelante por Marco Aurelio, representaba una auténtica revolución, no ya para la sucesión intestada, sino para la consideración del parentesco cognaticio como relevante para el *ius civile*.

Por lo que se refiere al senadoconsulto Tertuliano, puede decirse que Adriano optó por limitar el alcance de su reforma en tres aspectos clave. En primer lugar, incluyendo los requisitos especiales referidos a las personas fallecidas y a sus madres para suceder *ex Tertulliano*; en segundo lugar, restringiendo el grupo de madres beneficiadas por la norma a aquellas mujeres que gozaban del *ius liberorum*. Por último, fijando un complejo sistema de prelación entre posibles parientes vivos del causante (la madre, el padre y los hermanos de ambos sexos). Si bien las normas de concurrencia entre parientes no respetaban por completo los principios del *ius civile* en materia sucesoria, en ocasiones frenaron las aspiraciones de la madre del fallecido.

A continuación realizaremos, a modo de conclusiones, una exégesis y valoración de las cuestiones más problemáticas que nos hemos encontrado al abordar el estudio del senadoconsulto Tertuliano:

1. Primordialmente, la aplicación de las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano debió dirigirse por motivos sociopolíticos, al supuesto de fallecimiento del varón romano *sui iuris*. La letra de la norma no habría incluido referencias expresas al sexo de la persona fallecida, y, en consecuencia, la obra de los juristas resolvería diversas situaciones, por lo demás poco corrientes, en las que con carácter previo a la promulgación del senadoconsulto

Orficiano falleciera una mujer *sui iuris* intestada, dejando viva a su madre que disponía del *ius liberorum*, y pretendía hacerse con el patrimonio de su hija. A nuestro parecer, muy posiblemente los juristas habrían decidido en casos muy concretos de fallecimiento de mujeres a favor de la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, pero exigiendo que la fallecida también estuviera en posesión del *ius liberorum*.

2. La rotunda equiparación realizada en D. 38, 17, 2, 1 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) entre hijos legítimos y *spurii*, plantea la duda de si el senadoconsulto Tertuliano había renunciado a exigir que la persona fallecida tuviera filiación legítima para que se aplicaran sus disposiciones a la herencia intestada. Pese al tenor literal de ese pasaje, consideramos que admitir la sucesión de los *vulgo quaesiti*, hijos e hijas concebidos fuera del matrimonio, habría supuesto un desbordamiento del texto del senadoconsulto Tertuliano, que no se acomodaría ni al espíritu de las leyes augusteas ni a la concepción de la familia en la etapa de los Antoninos. Efectivamente, una equiparación explícita de de los hijos legítimos y los *spurii*, representaría un giro copernicano no ya en el derecho de sucesiones, sino en las normas del *ius civile* sobre la familia, posiblemente no buscado por el emperador Adriano, quien no habría ido tan lejos en su reconocimiento a la cognación mediante una norma de *ius civile*. No obstante, nuevamente la *praxis* en ocasiones puntuales habría acogido, con el paso del tiempo y ante las nuevas concepciones de los lazos familiares, el llamamientos a la madre a la herencia de hijos ilegítimos, sin que ello implique el establecimiento de un principio general por el senadoconsulto Tertuliano en este asunto.

3. El fallecido podía ser sucedido según lo dispuesto en el senadoconsulto Tertuliano si fuera ciudadano romano libre, y emparentado por cognación con su madre, pues esta relación es el principio medular que inspira las normas del senadoconsulto Tertuliano. En la época clásica, la pérdida por privación de libertad de madre o hijo del lazo cognaticio era irreparable e imposible de restaurar por el *ius civile* o el derecho pretorio, por lo que entendemos muy poco razonable plantear que el senadoconsulto Tertuliano se ocupara expresamente de solventar las situaciones en las que, aun temporalmente, se hubiese roto el parentesco. Ante la proliferación de consultas a los juristas, Juliano y Ulpiano se manifestaron sobre este asunto, concluyendo que el principio general para aplicar las reglas del senadoconsulto Tertuliano era que el hijo fallecido debía haber sido libre de una forma continuada y sin interrupciones, pues de lo contrario se produciría la pérdida de la *cognatio* con su madre.

Pese a ello, D. 38, 17, 1, 3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 3 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) introducen una solución favorable a la reanudación del parentesco cognaticio, el primero referido al senadoconsulto Orficiano y el segundo al senadoconsulto Tertuliano. Los

argumentos apuntados en ambos pasajes, basados en la *humanitas*, presentan claras reminiscencias justinianas, debiendo adjudicarse a los compiladores la solución favorable en los casos de mujeres cautivas, o de las libertas que no habían dado a luz siendo ingenuas por mora en el cumplimiento del fideicomiso que las liberaba.

Por ello, nuestra postura es la negación de una consideración por el senadoconsulto Tertuliano, ni siquiera por Ulpiano, de la reposición del parentesco de *cognatio* como un beneficio automático derivado de la *restitutio*, aun cuando admitimos que el jurista pudo elaborar algún tipo de respuesta a ciertos casos muy concretos para que la relación cognaticia no se perdiera, pues, sin duda, la situación de los hijos de mujeres cautivas preocupaba especialmente Ulpiano. Esta solución se apartaría de los principios tradicionales del *ius civile* y, precisamente por ello, el jurista se habría visto impelido a dar una justificación más detallada mencionando que por rescripto imperial se podía tratar a los hijos como si tuvieran el *ius postliminium*, ostentando una posición de parentesco legal en la relación familiar como si sus padres nunca hubieran estado cautivos. Realmente, diversas constituciones posteriores a la promulgación del senadoconsulto Tertuliano nos muestran que el emperador, por rescripto, podría otorgar no ya la ingenuidad sino la patria potestad o el parentesco de cognación.

4. La madre del fallecido necesitaba, a su vez, cumplir ciertas exigencias detalladas por el senadoconsulto Tertuliano para aspirar a la herencia civil de sus hijos o solicitar la *bonorum possessio* por la clase *unde legitimi*. Tal y como acabamos de comentar, se requería del parentesco de cognación ininterrumpido con el fallecido. Pero, sin duda el otro requisito relevante era la posesión del beneficio del *ius liberorum*. Aun cuando las referencias a este instituto para la sucesión *ex Tertulliano* fueron eliminadas intencionadamente por los compiladores, en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 8 es mencionado como una exigencia cardinal para la aplicación de la norma.

Consideramos que la posesión del *ius liberorum* se hallaba vigente plenamente en la etapa antonina, al promoverse el retorno hacia un modelo tradicional de familia engarzando con las leyes augusteas. A la vez, se beneficiaba al Estado por el aumento de la población romana. Sin embargo, una cuestión de difícil solución es la coordinación entre la exigencia del *ius liberorum* y la admisión a la sucesión de sus hijos de las mujeres marcadas con infamia que recoge D. 38, 17, 2, 4 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). A primera vista, bien podría parecer que Adriano incurre en una manifiesta contradicción al exigir, siguiendo los dictados de la legislación matrimonial augustea, el *matrimonium iustum* y el *ius liberorum* a las madres aspirantes a la sucesión de sus hijos, para luego permitir que la mujer infame fuera considerada heredera legítima *ex Tertulliano*.

En nuestra opinión, el concepto de *mulier famosa*, acorde a la legislación matrimonial augustea, debió ejercer una gran influencia al redactar el senadoconsulto Tertuliano pues Adriano habría tenido en mente, por principio, a mujeres de vida honorable que quedaran en una situación económica delicada al fallecer sus hijos. Pero, si bien el senadoconsulto Tertuliano colocaba en el epicentro de su regulación al *ius liberorum*, no puede obviarse que, desde finales del siglo I d. C., se abrió paso un movimiento para relajar la concesión del mismo que culminaría con la abolición por Justiniano en el año 528 d. C. de este instituto, momento en el que se extenderán a todas las madres los beneficios del senadoconsulto Tertuliano, sin importar el número de hijos que hubieran tenido o su condición de libertas.

Al tiempo de redacción del senadoconsulto Tertuliano, la situación natural sería conceder el *ius liberorum* a mujeres casadas en *iustum matrimonium* que alcanzaran el número de hijos señalado por la ley augustea, tres hijos para las ingenuas, cuatro hijos para las libertas. Muy difícilmente serían honradas con ese beneficio mujeres solteras o marcadas con infamia, aunque pudieron darse situaciones excepcionales como la de aquella viuda que, estando en posesión del *ius liberorum*, se dedicara a actividades escénicas, lo que la situaría como *mulier famosa*, pero a quien no se privaría de la herencia intestada de sus hijos premuertos. Teniendo en cuenta la impopularidad de las leyes augusteas, y las nuevas concepciones morales y sociales acerca de los lazos familiares, podemos considerar que los juristas acudieran para aplicar la regulación del senadoconsulto Tertuliano a principios diferentes en la búsqueda de soluciones más equitativas, sobre todo para socorrer a madres que, caso de ser excluidas, se verían en una complicada situación económica: de lo contrario, el rechazo generalizado de las leyes augusteas por la sociedad romana habría encontrado un nuevo acicate en el desamparo económico de dichas mujeres. En todo caso, nos movemos en el terreno de la hipótesis porque la escasez de fuentes nos dificulta conocer si la infamia fue un obstáculo absoluto para ganar el *ius liberorum*, y, en contrapartida, si dicho derecho podía perderse por la infamia.

6. El complicado sistema de concurrencias que establece el senadoconsulto Tertuliano para los casos en que aspirasen a la sucesión intestada diversos parientes del fallecido se construye en torno al principio de la prevalencia de los descendientes sobre el resto de familiares. Para ello, la norma senatorial acoge el concepto pretorio de *liberi*, y admite como llamados preferentes a los hijos emancipados del fallecido así como a los hijos adoptivos y posteriormente emancipados.

Resulta particularmente interesante la suspensión de derechos de la madre del fallecido cuando se producen las siguientes situaciones: si existen descendientes del difunto impúberes o afectados de enfermedad mental; si están en cautiverio los descendientes del fallecido o si se

esperaba el nacimiento de póstumos. Algunas de estas contingencias se resolverían con la pérdida definitiva de derechos de la madre del fallecido, como en el caso del regreso del cautivo, pero muchas otras veces, la madre acabaría recibiendo los bienes como ocurría si el póstumo no llegaba a nacer. En ocasiones, surgía una complicación añadida, tal como la necesidad de aclarar la verdadera filiación del supuesto descendiente. Frecuentemente, participaban otros parientes cuando se resolvía la situación de pendencia que había obligado a posponer la disputa por la herencia.

Por nuestra parte, creemos que resulta coherente el planteamiento de medidas, tal y como se deduce de D. 38, 17, 2, 11 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 13 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), para realizar una protección provisional de los bienes. Ahora bien, esas decisiones, como la *possessio Carboniana* o la *missio in ventris possessionem*, no prejuzaban la definitiva adjudicación de la herencia con el perjuicio consiguiente a la madre del fallecido. Así pues, de los ejemplos anteriores, deducimos que sólo se anteponían a la madre los descendientes que acababan siendo capaces de adquirir la herencia o de pedir la *bonorum possessio* por sí mismos, de tal manera que la muerte de una de estas personas favorecidas por dichas medidas provisionales antes de llegar a adquirir conllevaría la llamada *ex Tertulliano* a la madre del fallecido.

7. El siguiente principio que instaura el senadoconsulto Tertuliano es la preferencia del padre natural sobre la madre del fallecido para casos de concurrencia de ambos progenitores. Recogido este pronunciamiento en D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), obviamente la norma está dirigida al fallecimiento de un emancipado, persona *sui iuris* que había perdido el parentesco de agnación con su padre, asemejándose su relación a partir de la emancipación a la de patrono y liberto. El *parens manumissor* era considerado heredero civil de su hijo, aunque, por supuesto, tras los *sui* del emancipado. En la sucesión pretoria, asimismo, el *parens manumissor* podía acudir por la clase *unde legitimi*, siendo preferido a los *cognati*, entre ellos, la madre del fallecido.

La problemática que genera la prevalencia del padre sobre la madre del fallecido a la hora de la sucesión *ex Tertulliano* debe abordarse desde diversas perspectivas, pues nos hallamos ante un texto que menciona conflictos muy diferentes. Como punto de partida, creemos que el senadoconsulto Tertuliano consideraba como destinataria de sus normas la situación más habitual tras una emancipación, es decir, que el padre fuera el manumisor de su hijo con el que mantendría un lazo de cognación y una situación privilegiada a efectos hereditarios si permanecían ambos siendo personas *sui iuris*. Sin embargo, era hasta cierto punto frecuente que los abuelos paternos adoptaran a sus nietos *ex filio* para emanciparlos un

tiempo después, lo que hizo necesario para Ulpiano en D. 38, 17, 2, 15 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) aclarar que el abuelo manumisor (o el bisabuelo) no tenían preferencia sobre la madre del emancipado si éste falleciera antes que su madre y su abuelo.

Todo lo anterior se complicaba si el emancipado entraba a formar parte de una familia extraña: nos parece contrario al espíritu de la norma que, tras darse el emancipado en adopción a otra familia de la que luego fuera nuevamente emancipado, el padre natural o el *manumissor extraneus* perjudicaran las expectativas sucesorias de la madre *ex Tertulliano*. En el primero de estos supuestos, porque el padre manumisor había dejado de serlo al entrar su hijo en otra familia y sólo mantenía con él parentesco de cognación. En el segundo caso, porque el adoptante que emancipara no era considerado un pariente por el derecho civil o pretorio. Precisamente se recoge en D. 37, 4, 1, 6 (Ulpiano, 39 *ad edictum*) o en D. 38, 6, 1, 6 (Ulpiano, 44 *ad edictum*) que los hijos adoptados y remancipados no eran llamados a la *bonorum possessio* cuando fallecía el padre adoptivo, pues la emancipación había eliminado el parentesco de adopción. Es cierto que algunos textos reconocían ciertas preferencias a los padres adoptivos manumisores, los *extranei*, pero Ulpiano considera que su posición debía ceder ante la madre del fallecido, y se acabaría tratando al *manumissor extraneus* como uno de los agnados desplazados por la madre, una solución absolutamente respetuosa con la filosofía del senadoconsulto Tertuliano.

Todavía existía un supuesto más enrevesado, D. 38, 17, 2, 17 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), cuando el propio *pater naturalis* dejaba de ser persona *sui iuris* si se daba en adopción a una tercera familia. Nos parece que la solución clásica recogida en D. 38, 17, 2, 16 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) habría preferido llamar a la madre del fallecido, pues no sería natural que, perteneciendo el padre a otra familia, y habiendo previamente perdido la condición de manumisor, desplazara a la madre. En esos momentos, las expectativas del padre no eran mejoradas respecto al resto de los meros cognados y, estando viva la madre del fallecido, ostentaba mejor derecho *ex Tertulliano*.

8. En D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) se menciona al último grupo de parientes cuya competencia con la madre del fallecido toma en consideración el senadoconsulto Tertuliano: los hermanos y hermanas agnadas del mismo que debían ser agnados al momento del fallecimiento que mantuvieran lazos naturales o por adopción. En el caso que sobrevivieran al fallecido sólo hermanos varones, o hermanos y hermanas, la madre sería excluida. En este supuesto, se manifiesta la contención de la reforma adrianea en su reconocimiento de la cognación, pues se prefirió conservar el *statu quo*, al menos, de los agnados más próximos, los *consanguinei*.

Si habían sobrevivido al fallecido su madre y su hermana, D. 38, 17, 2, 18 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) subordinaba el derecho de la primera a la aceptación de la *soror*, pues eran llamadas conjuntamente, que no solidariamente, a compartir la herencia de su hijo o hermano respectivamente. La aceptación de la herencia por la hermana favorecía, por tanto, a la madre y suponía la exclusión del padre natural. *A contrario*, la posible renuncia de la hermana a heredar privaba a la madre del fallecido de sus expectativas si viviera el padre natural, quien sólo podría acceder a los bienes por la *bonorum possessio*. Caso de no solicitarla, la madre reclamaría la herencia *ex Tertulliano*. Originariamente, el senadoconsulto Tertuliano guardó silencio sobre la concurrencia de la madre con más de una hermana y, en nuestra opinión, fueron las disposiciones imperiales del Bajo Imperio premiaron a la madre del fallecido con la mitad de la herencia, debiendo repartirse las hermanas entre sí la otra mitad, pues la opción clásica habría sido el reparto por cabezas.

Finalmente, en los casos, no muy habituales en el siglo II d. C., en que la madre casada *in manu* fuera *soror consanguinea* de su hijo, excluiría al padre en tanto llamada a suceder por la Ley de las XII Tablas y por el *ius novum*. Renunciando la madre al derecho que le otorgaba el *ius antiquum*, la única forma de acceder a la herencia de su hijo fallecido sería pedir la *bonorum possessio unde legitimi* en cuanto consanguínea o esperar a que el padre natural no la ejercitara y acceder *ex Tertulliano* por haber perdido el padre natural su derecho preferente. Otra situación familiar contemplada era que la madre fuera agnada de su hijo, por la adopción realizado por el abuelo del nieto *ex filia*, lo que situaba al *avus maternus* como *paterfamilias* y a la madre como *soror* de su hijo. Fallecido el hijo después del abuelo materno, la madre podría acudir a la más favorable regulación de la Ley de las XII Tablas en cuanto agnada próxima.

9. En cuanto a la aplicación del derecho de acrecimiento entre los descendientes del fallecido, aunque el supuesto que nos ha llegado en las fuentes es el de la abstención de todos los *sui*, caso en que se producía la devolución de la herencia a la madre, puede aceptarse la hipótesis que Ulpiano pensara en la abstención de alguno de los *sui heredes* que habría beneficiado a los demás coherederos.

La solución recogida en D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) caminaría en paralelo a la ofrecida por D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) sobre el senadoconsulto Orficiano. Por tanto, si al menos un hijo del fallecido quisiera heredar, el repudio de la herencia por su hermano le acrecería en la porción vacante de forma que la delación sucesiva a la madre *ex Tertulliano* tenía su límite en la natural verificación del *ius adcrescendi*.

10. Por último, en este recorrido por los principios y la regulación del senadoconsulto Tertuliano, hemos de analizar la cuestión más problemática, objeto de controversia en la doctrina: la sucesión en la delación. Conocemos por D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) la llamada a la madre del fallecido en el caso en que los *sui* se acogieran al *beneficium abstinendi*, cuestión que planteaba a juristas como Africano, Publicio y Ulpiano graves dificultades dogmáticas, en vista de la regulación de la herencia legítima por el *ius civile*.

*Convenientemente*, los compiladores eliminaron ese punto de vista, y quisieron transmitir la idea de una solución equitativa, cuando la postura clásica era que la condición de *heredes sui* no se perdía con la abstención. Los compiladores pretendieron salvar, acudiendo a la *aequitas*, su intento de favorecer a la madre cuando el *suus* del fallecido había ejercitado el *beneficium abstinendi*, sin preocuparse de la vía formal a través de la cual los clásicos habían dado solución al problema. Podemos admitir que el caso planteado en D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) se solucionara con la intervención del pretor en casos de abstención de los *sui heredes*, otorgando la *bonorum possessio* a la madre, quien retendría los bienes frente a terceros.

También en D. 38, 17, 2, 10 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) se abre un nuevo interrogante sobre los llamamientos en el caso de la *restitutio in integrum* del *missus in possessionem*, lo que interpretamos en el siguiente sentido: el hijo puede comenzar un nuevo juicio para obtener los bienes y se suspende el derecho de la madre del fallecido, pero, si dejara pasar el plazo del año para solicitar la *bonorum possessio*, se procedería a aplicar el senadoconsulto Tertuliano. Por tanto, este caso puede considerarse un nuevo ejemplo de sucesión en la delación producto del *ius novum*, terreno en el que se mueven ambos llamados, hijo y madre del fallecido, una vez que el emancipado haya renunciado a la *restitutio in integrum* por no ejercerla en el plazo correspondiente. La interpretación, brillante, de la frase *si nemo filiorum volet* por Ulpiano, habría procedido a la equiparación de tratamiento entre el *restitutus* y el ejercicio de la *abstentio* resquebrajando el principio del *ius civile*, *semel heres, semper heres*.

Finalmente, D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) presenta el supuesto de la renuncia de la madre del fallecido a la herencia de su hijo, lo que, desde un punto de vista dogmático, supone que se han producido dos delaciones, algo posible por ser la madre *heres extraneus* que no *sua heres* del fallecido.

Ahora bien: si hay dos casos realmente excepcionales, serían el inescrutable D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 23 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), en el que se retiran los derechos sucesorios a la madre del fallecido impúber por no haber solicitado tutores para su hijo. El primero de ambos fragmentos menciona, para el caso de renuncia del heredero



civil, hijo del fallecido que no fuera *suus heres*, un concurso entre la madre de la persona fallecida y otros herederos legítimos, *para no perjudicarlos en su derecho*. Entre todas las teorías acerca de quiénes fueran esos herederos, opinamos que la explicación pasa por admitir que Ulpiano se refería en D. 38, 17, 2, 8 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) a hijos que no eran *sui heredes* pero sí herederos legítimos *ex Orphitiano*. Los compiladores convirtieron C. 6, 55, 9 *Impp. Valentiniano Theodosius et Arcadius AA. Constantino pp. Galliarum*) en comentario al senadoconsulto Orficiano, la persona fallecida intestada era mujer, *ingenua*, casada *sine manu*, y su patrimonio pasaría a su nieto, cuyo padre también habría muerto. La solución clásica sería que, puesto que sobreviven los hijos y la madre de la fallecida, y aquéllos renuncian, heredaría la primera *ex Tertulliano*: la novedad radica en considerar heredero al nieto de la fallecida en una cuota por la renuncia de su padre.

Desde luego entendemos que la solución de D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) no puede ser clásica, sino inspirada en normas del período imperial tardío y justiniano, cuando se amplía el círculo de los descendientes desde los hijos varones a los nietos y más tarde a todos los descendientes. Más bien, se habría visto dicha solución influenciada por Código Teodosiano 5, 1, 1 del año 321 d. C. pues no habría llamada *in solidum* de la madre con el resto de agnados y tampoco cabe pensar en el derecho de acrecimiento.

En cuanto a la regulación de la herencia de los hijos en los *bona materna*, el senadoconsulto Orficiano estableció las siguientes reglas:

1. El *ius novum* toma en consideración a la mujer fallecida que cumpliera una serie de requisitos, pues el texto del senadoconsulto debió dirigirse principalmente a la sucesión de la mujer romana, nacida libre y casada en justas nupcias, extremos todos ellos que concitarían un amplio consenso social hacia la norma. En los años posteriores, y pese a que el senadoconsulto Orficiano no había hecho mención expresa de la herencia de las libertas ni de las mujeres fallecidas con hijos ilegítimos ni de las cautivas cuya relación de consanguinidad con los hijos era objeto de dudas, habría sido obra de la jurisprudencia discutir su situación, lo que habría concluido con la aplicación de las disposiciones del senadoconsulto Orficiano.

2. En cuanto al *status libertatis* de la mujer fallecida, hemos de reiterar que el senadoconsulto Orficiano estaba dirigido primordialmente a regular la herencia intestada de la mujer romana nacida libre. Más adelante, por vía de interpretación jurisprudencial y por la intervención pretoria, se habría producido la admisión de la mujer latina y de la liberta. En realidad, la herencia de ingenuos y libertos se venía regulando históricamente por separado y habría sido una decisión demasiado atrevida al tiempo de la promulgación de la norma optar

por un tratamiento igualitario. Sin embargo, aun nos queda la duda de si fue Ulpiano quien introdujo esta equiparación, D. 38, 17, 1, pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), o si debieron pasar décadas hasta alcanzarla. Especialmente conflictivo es el caso de la liberta fallecida que dejara al patrono y a sus hijos, aunque D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) se tiene por una norma considerada decisiva al consolidar las expectativas de los hijos y el triunfo del parentesco de sangre. Puestos a aceptar a la liberta fallecida como mujer cuya sucesión podía regirse por el senadoconsulto Orficiano, sus hijos serían los primeros llamados a sucederla. A diferencia de lo que ocurría con las normas relativas a la sucesión de los libertos, donde se diferenciaba entre hijos naturales y adoptivos, todos los hijos de estas mujeres, que no tenían la posibilidad de adoptar, eran naturales y de igual condición. El requisito del *ius liberorum* pudo mantenerse para evitar el llamamiento solidario del patrono, mientras que si la liberta no dispusiera de este beneficio el patrono y sus descendientes varones obtendrían una cuota viril en la herencia. La patrona que gozara del *ius liberorum* podría suceder tan sólo si la liberta careciera del mismo.

Por todo ello, entendemos que los hijos de la liberta que gozara del *ius liberorum* adelantaría al patrono y a sus familiares en sus aspiraciones a la herencia, de forma similar a como eran llamados los *liberi* naturales del liberto, pero sin admitir la llamada a descendientes de ulterior grado, es decir, a los nietos de la liberta. Por otra parte, dado que sostenemos que el legislador había dejado a la interpretación de los prudentes las posibles disputas por la herencia de la liberta fallecida intestada, la radical equiparación en D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) de la herencia de ingenuas y libertas sería fruto de la intervención de los compiladores, puesto que en el siglo II d. C. el tratamiento distaba de ser igualitario, Justiniano pretendió en la compilación que dicha igualdad pasara por clásica, pues a las libertas se les venía aplicando con normalidad las normas del senadoconsulto Orficiano. Por supuesto, el patrono y el *parens manumissor* serían los primeros llamados caso que la mujer falleciera sin hijos o éstos no llegaran a sucederle, lo que se deduce de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

3. Por analogía entre la posición del *parens manumissor* de la ingenua emancipada y del patrono de la liberta, acabarían por aplicarse las normas del senadoconsulto Orficiano a la herencia de la primera. Una vez más, los compiladores mutilaron las palabras de Ulpiano, si bien en su descargo, puede aducirse que en un momento histórico en que el requisito del *ius liberorum* ya no existía y en la práctica hacía siglos que se venían obviando las diferencias entre libertas e ingenuas, los juristas justinianos se afanaron por eliminar cualquier rasgo de

discriminación a la hora de aplicar el senadoconsulto Orficiano. Sin tratarse de la más habitual de las situaciones, el caso de la mujer emancipada *ingenua* parece nadar entre dos aguas, puesto que estas mujeres seguían sometidas a la tutela del manumisor. Si no la propia letra del texto, al menos su aplicación temprana, habría reconocido a los hijos de las emancipadas un nivel superior de expectativas hereditarias frente a lo regulado por el *ius civile antiquum*.

En nuestra opinión, puesto que conocemos de la eliminación de la exigencia del *ius liberorum* en Código Teodosiano 5, 1, 3 año 383 d. C. para las emancipadas, carecía de sentido un concurso entre el *parens manumissor* y los hijos de la fallecida, y mucho menos que se resolviera la herencia a favor del primero, pues en la práctica se fue atenuando el rigor para que los hijos pudieran sucederlas.

4. Una cuestión discutida en relación a los requisitos exigidos a la mujer fallecida para poder aplicar a su herencia las disposiciones del senadoconsulto Orficiano, es la eventual consideración de las mujeres latinas. La conclusión a la llegamos, basada en Paulo *Sententiae* 4, 9, 8 y 4, 10, 3, es que la mujer *ingenua latina* sólo podría ser heredada por sus hijos si éstos eran ciudadanos romanos. En el caso de la latina liberta, nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

5. Al igual que ocurriera con el senadoconsulto Tertuliano, para aplicar las reglas del senadoconsulto Orficiano se marcaban unos requisitos imprescindibles en cuanto al *status familiae* de la fallecida y sus hijos: en primer lugar, que la mujer fallecida fuera *sui iuris*; en segundo lugar, que estuviera casada en régimen de matrimonio libre y, finalmente, que existiera relación de cognación entre madre e hijo al momento de fallecer la primera.

A finales del siglo II d. C., se debieron plantear diversas situaciones en las que el *paterfamilias* de la mujer fallecida estaba cautivo sin que se tuviera certeza de su muerte. La pérdida definitiva de derechos sucesorios *abintestato* por los hijos de la fallecida se produciría si el cautivo regresaba, pues la mujer habría fallecido siendo *alieni iuris* y sus bienes pasarían al *paterfamilias*. Por el contrario, si se prolongaba el cautiverio de forma que falleciera también el heredero de la hija del cautivo, los *bona materna* podrían no llegar a ulteriores descendientes pasando a manos de los agnados de la fallecida. Para estas situaciones, D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) nos ofrece como solución una *bonorum possessio provisorio*, concediendo provisionalmente la herencia a los descendientes de la fallecida, lo que puede tratarse como un ejemplo de transmisión de la delación.

El segundo requisito de la mujer fallecida para la aplicación a su herencia intestada del senadoconsulto Orficiano lo encontramos en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7 que incorpora la mención al matrimonio de la mujer *sui iuris*. A su vez, D. 38, 17, 4 (Modestino, 9 *regularum*)

se refiere al matrimonio de la fallecida, aunque en este caso permitiendo la sucesión a hijos nacidos de diferentes matrimonios.

Entendemos, pues, que el legislador debió dictar la norma pensando principalmente en la ciudadana romana, nacida libre y casada en justas nupcias, y dudamos que se hubiera hecho mención expresa a la herencia de las mujeres fallecidas con hijos nacidos fuera de la familia romana. Lo anterior no obsta a que, con el paso del tiempo, los *spurii* acabaran siendo igualados por los juristas y diversas disposiciones imperiales a los *iusti procreati*, como indica D. 38, 17, 1, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*).

Por último, la conservación ininterrumpida del parentesco cognaticio con sus hijos se correspondía con el modelo de relación materno filial más frecuente, es decir, que el hijo naciera ingenuo y que la madre estuviera en libertad. Aun así, los juristas debieron plantearse algunos casos excepcionales en los que la ingenuidad se adjudicaba con carácter retroactivo, siendo una muestra de esa preocupación el caso de la *cautiva et redempta* y su hijo. Por nuestra parte, creemos que al tiempo de Ulpiano, y aunque el jurista se planteara una hipotética reanudación de la relación jurídica familiar entre madre e hijo, la respuesta a favor de la recuperación del parentesco se trataba de una postura demasiado avanzada para su tiempo. Al igual que en ciertos casos muy excepcionales se recomponía el parentesco agnaticio entre padre e hijo y la consiguiente patria potestad, pudo extenderse a la cognación por analogía esta solución aun con ciertas precauciones, razón por la que Ulpiano parece admitir que, mediante rescripto imperial, se otorgara a los hijos el derecho a heredar a sus madres, aun sin cumplirse el requisito esencial del parentesco cognaticio.

6. No existe constancia de una discriminación en el texto del senadoconsulto Orficiano entre *filius* y *filia*, pues la única certeza de que disponemos es que el derecho de las hijas a la herencia materna se habría consolidado expresamente por constitución imperial en el año 225 d. C. Nada nos impide considerar que las hijas fueran llamadas previamente a suceder a sus madres, en una fecha más cercana a la promulgación del senadoconsulto Orficiano, pues Gayo utilizaba para denominar a los herederos como comprensivo de ambos textos el término *liber*. Una vez más, el legislador habría dejado a la *interpretatio* un posible llamamiento a las hijas de la fallecida, y creemos que debió responderse favorablemente a aquéllas, sin ser la cuestión del sexo de los hijos relevante ni conflictiva.

Igualmente, no nos consta una posible discriminación entre hijos *legitimi* o *vulgo quaesiti*. Es muy probable que, dado que Marco Aurelio había endurecido las normas del matrimonio y aspiraba a un modelo de familia tradicional emparentado con el espíritu de las

leyes augusteas de la familia, dirigiera el senadoconsulto Orficiano a favorecer la sucesión en los *bona materna* de los hijos legítimos. Muy posiblemente, los compiladores pensaron que la mención al carácter legítimo de los hijos era superflua y optaron por suprimirla.

7. Puede considerarse una de las más valiosas aportaciones del senadoconsulto Orficiano la no discriminación en el acceso a la herencia materna de los hijos que continuaban *in potestate*, como reforzamiento del parentesco cognaticio tras la estela del senadoconsulto Tertuliano. A nuestro parecer, aun debiendo de algún modo el padre prestar un previo y válido *iussum*, tal y como indica D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*), los bienes pasaban a ser titularidad del hijo de la fallecida aunque fueran *alieni iuris*. Puesto que no influía el *status familiae* del llamado a suceder, la *capitis deminutio de* los aspirantes no serían relevantes para el llamamiento, pues el único límite estaba en la no aplicabilidad de las disposiciones del senadoconsulto Orficiano a ulteriores descendientes de la fallecida, esto es, a los nietos, pues se excluía el derecho de representación, que sería reconocido en el año 389, como nos transmite Código Teodosiano 5, 1, 4.

8. A diferencia de lo ocurrido en la regulación de esta misma cuestión por el senadoconsulto Tertuliano, el sistema de concurrencias entre parientes que aspiraban a la herencia de la mujer fallecida según las disposiciones del senadoconsulto Orficiano aparece escasamente tratado en las fuentes de las que disponemos. Curiosamente, en esta ocasión no puede culparse de la ausencia de información a la pérdida de los textos, sino a que el propio senadoconsulto Orficiano se habría preocupado de colmar posibles lagunas de forma tal que apenas quedaría espacio para la duda en cuanto a la prelación en los llamamientos, anteponiendo a los hijos de la fallecida a los agnados, pero salvando un posible retorno al *ius antiquum* si ninguno de los hijos finalmente aceptara la herencia.

9. La cuestión de la sucesión en la delación, tan problemática en la regulación del senadoconsulto Tertuliano, queda bastante mejor resuelta en sede de senadoconsulto Orficiano. Nos referiremos de nuevo a D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) en coordinación con D. 38, 17, 6, 1 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*), donde se establecen las siguientes cuatro reglas acerca de la sucesión en la delación para aplicar las normas del senadoconsulto Orficiano:

1º. Si ninguno de los hijos de la fallecida quisieran la herencia, se regresaría a la regulación del *ius antiquum*.

2º. Si ninguno de aquéllos a los que se defiere la herencia legítima la quisieran, se siguen las normas del *ius antiquum*.

3º. Si al menos uno de los hijos de la fallecida quisiera suceder, le correspondería la herencia, y no se aplicaría el *ius antiquum*, sino el derecho de acrecimiento en lo que el otro heredero repudiaba.

4º. Si hubiera un hijo de la fallecida y el patrono de ésta, si el hijo no quisiera heredar se defiere la herencia al patrono.

10. Para concluir, en relación al derecho de acrecimiento, hemos de decir que se produciría entre los hijos de la fallecida a partes iguales, pues se habría formado un concurso efectivo de herederos llamados conjuntamente a los bienes hereditarios. Tan sólo se produciría el retorno al *ius antiquum* en el supuesto de una falta total de adquisición, pues el derecho de acrecimiento primaba sobre la delación sucesiva.

## II. La necesaria coordinación entre las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano y Orficiano y los principios del *ius antiquum*.

Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano fueron normas que trataron de ofrecer una solución a las situaciones familiares más habituales dejando a la labor interpretativa de los juristas el desenvolvimiento de posibles alternativas para aplicar sus disposiciones a casos más controvertidos.

Desde hacía siglos, el derecho civil y el ordenamiento pretorio venían evitando la inclusión de la madre como heredera legítima de sus hijos equiparándola a los agnados, sin duda por el interés de las clases altas en mantener el protagonismo de la agnación, y, de paso, limitar la acumulación de riqueza en manos de las mujeres.

Formal y materialmente, los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano contenían disposiciones de *ius civile*, contradiciendo algunos principios del sistema clásico de llamamientos para la herencia intestada al situar el parentesco de cognación entre fallecido y los llamados a sucederle en el núcleo de su regulación. Por primera vez desde la promulgación de la Ley de las XII Tablas, que tan sólo había sufrido el acortamiento de los llamados a la sucesión intestada fruto de la progresiva desaparición de las *gens*, nuevos parientes llamados por el *ius novum* se superponían a algunos agnados.

Por lo que se refiere al senadoconsulto Tertuliano, en una época en la que raramente se celebraban matrimonios *cum manu*, se situaba a la madre como heredera civil, lo que traía consecuencias inmediatas en el ordenamiento pretorio pues se la incluyó en la clase *unde legitimi*, mejorando su posición desde la tercera clase, *unde cognati*. Ahora bien: ese sistema de llamamientos con sus correspondientes requisitos exigidos por Adriano a la persona fallecida y a su madre en cuanto aspirante a la herencia, no vino a derogar las normas de la herencia civil o pretoria, que siguieron aplicándose cuando no fue posible la adquisición de la herencia por la madre.

Las fuentes apenas nos permite conocer si el propio senadoconsulto hacía referencias a los antiguos llamados a heredar *abintestato*, por lo que cabe la posibilidad que esa tarea de conciliación fuera desde el principio dejada a los prudentes. En realidad, tan sólo en relación al senadoconsulto Orficiano, el controvertido texto D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) es mencionado el retorno al sistema del *ius civile*.

En cuanto al modo de proceder de los juristas, podemos aventurar que habrían seguido los siguientes pasos:

En una primera fase, se dilucidaría si procedía la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, es decir, si los llamados cumplían los requisitos. Posteriormente, se realizaría un estudio de las posibles concurrencias entre parientes lo que ocasionaba elegir entre diversas variantes, demorando en el tiempo la decisión sobre la posible aplicación del senadoconsulto. En el supuesto de cumplimiento de la madre del fallecido de los requisitos exigidos, las consecuencias serían las siguientes:

- 1º. La inexistencia o la renuncia de parientes de mejor derecho permitirá heredar a la madre.
- 2º. La concurrencia con hermanas consanguíneas del fallecido que aceptaran la herencia le supondría a la madre el reparto con aquéllas de los bienes hereditarios.
- 3º. Los derechos de la madre podrían ser suspendidos en situaciones especiales.
- 4º. La madre, aun cumpliendo las exigencias de la norma, podía ser superada por otro familiar (descendientes, padre natural o hermanos consanguíneos del fallecido), en cuyo caso no recibiría nada, aunque una eventual *restitutio in integrum* podría brindarle la oportunidad de ser llamada.

La segunda fase, que permitía la llamada por el *ius vetus*, es decir, a los agnados, se abría cuando la madre no cumplía con los requisitos legales o renunciaba a sus aspiraciones *ex Tertulliano*. El llamamiento al *agnatus proximus* se recoge en D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) y D. 38, 17, 2, 21 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), siendo la opción que le quedaría a la madre la petición de la *bonorum possessio unde cognati*, clase en la que sólo podría ser superada por el padre natural. Como podemos imaginar, habría transcurrido un cierto tiempo desde el fallecimiento del causante hasta el llamamiento del agnado, que podía a su vez haber fallecido: por ejemplo, el tío paterno que fuera agnado próximo de su sobrino fallecido y que falleciera mientras se valoraban las características de la madre. Si viviera un hijo de este agnado, primo del primer fallecido, D. 38, 17, 2, 22 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) permite su llamamiento.

Así las cosas, es evidente que tras la promulgación del senadoconsulto Tertuliano, la madre del fallecido era considerada heredera civil y se encontraba en la clase pretoria *unde legitimi*, y por ello cree Ulpiano que si la madre del fallecido no adquiriera, entraría otro pariente de la clase *unde legitimi* aun cuando se excluye esta solución en D. 38, 17, 2, 20 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), texto de difícil interpretación, para un caso muy concreto. Nos encontramos ante una cuestión especialmente delicada, pues el pensamiento romano tuvo que



admitir que la herencia fuera deferida de nuevo, aun poniendo en cuestión uno de los pilares de la sucesión *mortis causa* del *ius civile*: *in legitimis hereditatibus successio non est*.

Realmente, ese principio sólo sería vulnerado en casos muy específicos, y tendría como finalidad evitar que los bienes se consideraran *caduca* y consecuentemente, fueran entregados al Erario. Más que de una segunda delación, debería hablarse de la aplicación del *ius vetus* cuando era imposible aplicar el *ius novum*, pues las expectativas del agnado habían estado en suspenso a la espera de ver si se aplicaba el senadoconsulto Tertuliano. Los juristas consiguieron aplicar normas nuevas suspendiendo, que no derogando, el *ius vetus*, pues se mantenía intacto el posible retorno al mismo sin quebrar el principio de la inadmisibilidad de la delación sucesiva. Obviamente, se trataba de una compleja maniobra para lograr el ensamblaje de las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano con el ya de por sí complejo sistema de la sucesión intestada.

Un esquema similar debió seguirse para determinar la aplicación de las disposiciones del senadoconsulto Orficiano.

En la primera fase, se analizarían los requisitos de los hijos llamados a suceder, que debían ser ciudadanos romanos libres, *sui iuris* o *in potestate*, y que conservaran parentesco de cognación con la madre. Superada esa criba, deberían aceptar o rechazar la herencia de su madre, en cuanto *extranei*, momento en que entraba en acción el *iussum* de su *paterfamilias* si eran personas *alieni iuris*. Puesto que los hijos sucedían a la madre sin competencia, no sería necesario aplicar las normas de concurrencia más que en el caso que no aceptaran la herencia, pues, como puede verse, esta primera fase era mucho más ágil que su homónima en la aplicación del senadoconsulto Tertuliano.

La segunda fase, que permitía la llamada por el *ius vetus*, es decir, a los agnados de la fallecida, se abría cuando los hijos no cumplían con los requisitos legales o renunciaban a sus aspiraciones *ex Orphitiano*, como recoge D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*). Una vez más, para determinar quién fuera el *adgnatus proximus*, habría de atenderse al momento en que se sabía con certeza que los hijos no iban a suceder a la madre fallecida.

En definitiva, los hijos fueron considerados herederos civiles, y podrían pedir la *bonorum possessio unde legitimi*. La estratificación de los diferentes sistemas sucesorios que ocasiona la no derogación de las regulaciones previas, obligó a convivir al *ius vetus*, *ius novum* y *ius honorarium*, lo que habría permitido la aplicación de una moderada sucesión en la delación siempre que se tratara de vocaciones hereditarias en virtud del derecho nuevo.



### III. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano como instrumentos de *pietas* en la sucesión *abintestato* civil y pretoria.

La *pietas*, virtud omnicomprendiva, ennoblecía al romano vinculándolo estrechamente con los antepasados, la *civitas* y los dioses. En la esfera privada, tan celosamente protegida, *pietas* era la obediencia y reverencia debidas al *pater*, el amor a la madre o el respeto al marido correspondidos con la protección y el afecto paternos, la ternura y desvelos de la madre o la veneración a la esposa. En su vertiente cívica, la *pietas* aspiraba al equilibrio entre vecinos y pueblos, en ocasiones fracturado por insidias, conspiraciones y guerras. Un equilibrio que podía y debía ser reparado, para alcanzar la tan ansiada *pax deorum*.

Augusto, en sus *Res Gestae Divii Augusti quibus orbem terrarum imperio populi romani subiecit et impensarum quas in rem publicam populumque Romanum fecit*, se presenta a sí mismo como destacado *civis*, defensor de la República, senador, cónsul, triunviro, y *princeps* (el primero de los romanos). El rasgo definitorio de su carácter, por el que quiere ser recordado, es la *pietas*: como hijo piadoso que ha vengado la muerte de su padre adoptivo, César, y cumple su *officium pietatis* como *paterfamilias* de la casa Julia, pero también por su *pietas principis* que ha demostrado hacia el Estado y sus conciudadanos, como soldado, *civis* y gobernante respetuoso con las costumbres y leyes romanas a lo largo de su carrera política. Todo ello, sin olvidar su reverencia hacia la divinidad y su empeño en la restauración de los *mores maiorum*, persiguiendo el abandono a la corrupción moral que aquejaba a los romanos desde las postrimerías de la República. Intencionadamente, Augusto manda grabar la siguiente inscripción en el regalo recibido del Senado por sus virtudes hacia la República, el *clipeus aureus*, que se instalaría en la *curia Julia*

*Clipeus aureus in curia Julia positus quem mihi senatus populusque romanus dare VIRTUS, CLEMENTIA, IUSTITIA ET PIETAS causa testatum est per eius clipeii inscriptionem.*

El príncipe sitúa la *pietas* a la cabeza del elenco de virtudes que debían adornar al gobernante ideal, aspirando a hilar un entramado de relaciones familiares, vecinales, políticas y religiosas al modo tradicional romano para sustentar su Principado. Como *pater patriae*, se ve impelido a la *cura et tutela rei publicae universae* tras los duros años de una guerra civil que hizo aflorar las peores pasiones humanas.

La *pietas romana*, reinventada por Augusto, servirá de instrumento de cuidada propaganda a los emperadores para inculcar la reverencia a la familia imperial como algo consustancial al ejercicio del poder, acostumbrando a los romanos, tan recelosos de la monarquía, a una sucesión ordenada dentro del ámbito familiar del príncipe. La dinastía

antonina, heredera moral de Augusto, sitúa de nuevo la *pietas* como uno de los principios rectores de su política social y de sus intervenciones legislativas, arrogándose el papel de *paterfamilias* de los ciudadanos: es la definitiva conjunción de los aspectos privados y públicos de la *pietas romana*.

La extensa, penosa en ocasiones, evolución experimentada por el derecho sucesorio, nos ofrece ejemplos valiosos de la recompensa que otorga el Derecho Romano a quienes cumplen con el *officium pietatis* hacia los familiares. Desde hacía siglos, la *pietas romana* fluía por los entresijos del *ius civile* y el *ordo pretorio* en lo referente a la sucesión testamentaria e intestada. Este largo proceso se inicia con la Ley de las XII Tablas al consagrar la supremacía de los *sui heredes* en el caso de fallecer el *paterfamilias* sin haber designado heredero. Pero, incluso cuando el cabeza de familia hubiera ejercido la opción de otorgar testamento, la imposición pontifical de la *exheredatio* de los descendientes frenaba los intentos manifiestamente injustos de perjudicar a los familiares del círculo cercano al testador. En esa misma línea, los *centumviri*, desde el siglo III a. C., tutelaron la observancia del *officium pietatis* por el *paterfamilias*, salvando el "hipócrita" cumplimiento de las formalidades testamentarias que disfrazaba el incumplimiento de sus deberes hacia la familia. Lo que es más, intervinieron en conflictos ocasionados por los testamentos femeninos que perjudicaban a los hijos de la fallecida.

La reforma pretoria no fue ajena a los postulados de la *pietas*, puesto que admite entre los *liberi* a los hijos emancipados y los hijos naturales dados en adopción que fueran *sui iuris* en el momento de la delación. Asimismo, de forma algo tímida, reconoce por primera vez el parentesco de sangre con la clase *unde cognati*, lo que supone por primera vez el llamamiento de madres e hijos en sus respectivas herencias, así como la posibilidad de aspirar a la herencia de la familia materna. El llamamiento por la cuarta clase pretoria, *unde vir et uxor*, otorga novedosamente visibilidad en el ámbito sucesorio a la relación matrimonial en régimen de matrimonio libre.

En el siglo II d. C., los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano y su regulación de la herencia recíproca de madres e hijos sitúan la relación materno-filial en su máxima cota de reconocimiento jurídico. No es, por tanto casual que la intervención de Adriano y Marco Aurelio, inspirados por la concepción augustea del Imperio, de la familia, de las relaciones con la divinidad y de la patria, es decir, de la *pietas principis*, cristalice en los senadoconsultos

Tertuliano y Orficiano ofreciendo una solución a una situación familiar largamente postergada<sup>1291</sup>.

Posteriores decisiones imperiales vinieron a corregir las lagunas o vestigios de la supremacía de la agnación que quedaban vigentes tras la promulgación de ambos senadoconsultos. En efecto, vimos como el Senadoconsulto Tertuliano situaba a la madre como sucesora de su hijo excluyendo a los agnados sólo si gozaba del *ius liberorum*, y como el padre natural o los hermanos eran preferidos a la madre del fallecido. En cuanto al senadoconsulto Orficiano, algunos hijos eran excluidos de la sucesión a sus madres por sus actividades como luchadores o *rei capitalis damnati* y no se contemplaba expresamente en ninguna de ambas normas el caso de las libertas o de los *spurii*. Por ello, los emperadores del Bajo Imperio se implicaron decididamente en la protección de las expectativas sucesorias de los parientes ligados por lazos de sangre, culminando Justiniano esta labor en sus Novelas<sup>1292</sup>.

Por vía legal comienzan a disiparse todas esas dudas que habían motivado la preocupación de los juristas, quienes actuaron indirectamente a su vez como agentes de *pietas*, al ir resolviendo las numerosas consultas planteadas por los parientes forzando las normas de ambos senadoconsultos hasta el reconocimiento casi integral de la relación cognaticia. Siendo ambas disposiciones normas de mínimos, la admisión de *filii* y *filiae*, la consideración de las libertas como posibles sucesoras o causantes, la no exclusión de las *mulieres famosae*, o la equiparación entre los hijos legítimos y los *spurii* fueron algunas de sus grandes aportaciones en la *interpretatio* de las normas senatoriales.

Pero, sin duda, el valedor de la definitiva y radical reforma en la herencia recíproca de madres e hijos es Justiniano, quien en C. 6, 57, 5 *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.* [a. 529] y

---

<sup>1291</sup> No queremos concluir este capítulo sin referirnos a otros instrumentos extraordinarios que muestran la relevancia jurídica de la *pietas* en el ámbito sucesorio como la *quarta Divi Pii* de origen clásico, pues por disposición de Antonino Pío se prevé a favor de los impúberes arrogados y emancipados sin causa justa, la cuarta parte del patrimonio del *pater adrogans* frente a cualquier heredero, desapareciendo ese derecho una vez alcanzada la pubertad. Además, se fijaban otras obligaciones como que los bienes del *adrogans* al momento de la arrogación fueran restituidos a quien habría heredado de no haberse realizado la *adrogatio* y que los bienes adquiridos por medio del impúber fueran también repuestos, en este caso, si premoría el *adrogans*.

<sup>1292</sup> Constantino, en Código Teodosiano 5, 1, 1 del año 321 permite que la madre sin *ius liberorum* sucediera a su hijo *ex Tertulliano*; Valentiniano y Valente, en Código Teodosiano 5, 1, 2 del año 369 d. C. proceden a extender las disposiciones de Constantino; Graciano, Valentiniano III y Teodosio II, en Código Teodosiano 5, 1, 5, conceden a los hijos de la mujer ingenua emancipada titular de su propio patrimonio que falleciera intestada la posición preferente excluyéndose el padre y la madre de la difunta, quienes también estaban considerados como herederos civiles, el primero por la ley de las XII Tablas y la segunda por el senadoconsulto Tertuliano. Una manifestación particular de la recompensa hacia la *pietas viri* es la concesión al cónyuge supérstite, en los bienes de la fallecida que el *filius* heredaba de su madre, de un usufructo extendido por Graciano y Valentiniano a los *bona materni generis*, es decir, los que provienen de ascendientes maternos. Más adelante, Teodosio II y Valentiniano III Código Teodosiano 8, 19, 1 del año 426 d. C. declararán propiedad del hijo los bienes adquiridos por el *paterfamilias* por razón del matrimonio, esto es, la dote o donaciones nupciales o herencia, fideicomiso o legado de un cónyuge a favor de otro, sobre los que se va a establecer el usufructo del padre.

C. 8, 58, 2 *Imp. Iustinianus A. Menae pp.* [a. 528] comienza por abolir el requisito del *ius liberorum* para la madre, lo que la hará prevalecer sobre todos los colaterales del fallecido concurriendo solo con hermanos y hermanas. En el primer caso, si hubiera hermanos de ambos sexos, se dividiría la herencia por cabezas, pero si sólo concurrieran madre y hermanas, se harían dos mitades del patrimonio, una para la madre, y otra para todas las hermanas, restando de esta forma Justiniano valor a la agnación, y decayendo las diferencias de cuota que estableciera Constantino, aun cuando los hijos y el padre del fallecido siempre seguirán antepuestos a la madre.

El emperador bizantino, además, en cuanto a la sucesión al *paterfamilias*, da entrada en la clase de los *liberi* a los hijos naturales, hasta ese momento ignorados por el derecho clásico, favoreciendo su legitimación *per oblationem curiae* y *per subsequens matrimonium* lo que permite incluir a los hijos naturales entre los *sui heredes*. En C. 8, 47, 10 *Iustinianus a Iohanni pp.* [a. 529 d. C.] se mejora la posición de los hijos adoptivos para aquellos casos en que el padre adoptivo no fuera pariente del adoptado, pues éste conservaría ahora derechos sucesorios *abintestato* en su familia de origen sin perder sus expectativas de suceder a su padre adoptivo, si bien sólo como sucesor legítimo, no necesario.

La Novela 118, del año 543 d. C., como es bien sabido, supone el abandono de la *agnatio* a favor de la *cognatio*, dividiendo a los sucesores *abintestato* en cuatro grupos: en el primero de ellos, los hijos o ulteriores descendientes ya fueran legítimos, adoptivos, naturales, legitimados sin tener importancia que el fallecido fuera *sui* o *alieni iuris*; en el segundo grupo, los ascendientes y los hermanos y hermanas germanas que son llamados a suceder por cabezas, admitido el derecho de representación; en el tercero, los hermanos o hermanas unilaterales, fueran de padre o madre, con derecho de representación a favor exclusivamente de los hijos, y por último, y hasta el sexto grado, los *cognati*. En definitiva, se pueden resumir los principios de la reforma justiniana en la admisión de la *successio ordinum et graduum* y la perduración del usufructo a favor de quien ejercía la *patria potestas* sobre el fallecido, aunque se duda que se mantuviera el régimen doble para los hijos dados en adopción, pues parecía más coherente con los principios inspirados en el parentesco de sangre que heredase en la familia de origen<sup>1293</sup>.

---

<sup>1293</sup> Por otra parte, la *quarta* de la viuda pobre, introducida por Justiniano en la Novela 53, 6 del año 537 d. C. y en la Novela 117, 5 del año 542 d. C. para proteger a viuda (de matrimonio legítimo) sin patrimonio suficiente, siempre que no concurrieran con hijos del marido, pues si los hijos eran comunes se quedaban con el usufructo. El mismo derecho lo tuvo el marido respecto a la viuda, aunque fue derogado por la Novela del año 117 d. C. Por último, el sexto de los hijos ilegítimos introducido por Justiniano en la sucesión de la madre y parientes maternos en la Novela 89, 12 del año 539 d. C., según la cual en ausencia de hijos legítimos y de esposa, los hijos nacidos de concubinato (las uniones incestuosas se excluían de esta norma) podían acceder a un sexto de la herencia de su padre natural mientras que la madre y el padre natural podían suceder a los hijos y conseguir una cuota igual. Recordemos que hasta entonces, los hijos ilegítimos podían suceder a la madre y parientes maternos pero no al

Es hora de concluir: para ello, queremos otorgar a los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano su relevancia como dos valiosos instrumentos que suponen el refrendo normativo a una de las más importantes manifestaciones de la *pietas* en el derecho sucesorio intestado: el abandono del criterio de la agnación otorgando un lugar privilegiado a los lazos de sangre. Somos conscientes que, por motivos políticos y de ciencia jurídica, ambas disposiciones no llegaron a romper del todo con el antiguo régimen patrimonial del *ius civile*. Aun así, su trascendencia reside precisamente en el carácter de normas civiles que habrían acogido principios del derecho pretorio de la sucesión *mortis causa* en un momento histórico en el que la elección entre uno u otro ordenamiento comenzaba a responder a meros criterios de oportunidad.

---

padre, y se trataba de una medida que buscaba proteger a hijos nacidos de uniones estables como se había ya reconocido en algunas constituciones del Bajo Imperio. Acerca del concubinato, ROSET (2002) 101 ss.





## ÍNDICE DE FUENTES

### FUENTES JURÍDICAS

#### *Corpus Iuris Civilis*

#### **Código de Justiniano**

2, 12, 21: nt. 876.  
2, 50: nt. 622.  
3, 28, 6: nt. 1129.  
3, 29, 3: nt. 1160.  
5, 4, 9: nt. 172.  
5, 4, 10: nt. 384.  
5, 4, 28: 200, 205, 206.  
5, 9, 3: 137, 157, nt. 739, nt. 785.  
5, 12, 29: nt. 889.  
5, 13, 1, 3a: nt. 854.  
5, 14, 1: 280.  
5, 14, 8: 280.  
5, 16, 17: 277, nt. 888.  
5, 17, 4: nt. 312.  
5, 17, 5: 99.  
5, 23, 1: nt. 860.  
5, 30, 2: nt. 142.  
5, 70, 7: 224.  
5, 70, 7, 3: nt. 738.  
5, 70, 7, 4: nt. 739.  
6, 4, 10: 295, 415.  
6, 6, 57: nt. 619.  
6, 28, 4, 2: 72, nt. 280.  
6, 55: 136.  
6, 55, 9: 328, 349, 400, 433, nt. 994, nt. 1224, nt. 1284.  
6, 55, 11: nt. 1225.  
6, 56: 136, 294.  
6, 56, 1: nt. 1193.  
6, 56, 2: 356, nt. 750.  
6, 56, 3: 136, nt. 529.  
6, 56, 5: 138, 159, 246.  
6, 56, 7: 137, 159, 402, nt. 533.

6, 57: 294.  
6, 57, 1: 160, 294, 342, 361, 420, nt. 769, nt. 974, nt. 1225.  
6, 57, 2: 347, nt. 948.  
6, 57, 4: nt. 1225.  
6, 57, 5: 344, 445.  
6, 57, 6: 181, 182, 184, 246, nt. 543, nt. 1070, nt. 1266, nt. 939.  
6, 58: 137, 294.  
6, 58, 14 pr.: 64.  
7, 6, 1: 190, nt. 641.  
8, 47, 10: 446.  
8, 50, pr.-1: 174, 183, nt. 503, nt. 633.  
8, 50, 16: nt. 638.  
8, 57, 2: nt. 659.  
8, 58, 1: nt. 522, nt. 588, nt. 668.  
8, 58, 2: 446.  
9, 15, 1: nt. 289.  
9, 17, 1: nt. 289.  
9, 47, 4: nt. 624.  
9, 51, 6: nt. 1079.  
9, 51, 9: nt. 1079.  
9, 51, 13 : 352.

#### **Digesto**

1, 5, 18: nt. 460.  
1, 5, 19: 85.  
1, 5, 21 : 176.  
1, 5, 24: nt. 461.  
1, 6, 4: 81, 122.  
1, 6, 6: 83.  
1, 7, 1: 83.  
1, 7, 46: 179.  
1, 7, 22: nt. 1192.  
1, 7, 25 pr.: nt. 473.  
1, 7, 40: nt. 301.  
1, 7, 41: nt. 779.

1, 9, 8: nt. 382.  
 1, 9, 10: nt. 807, 808.  
 1, 9, 12 pr. : 101.  
 2, 1, 6: nt. 442.  
 2, 1, 19: nt. 372.  
 2, 4, 4, 2: nt. 805, nt. 807.  
 2, 4, 10, 9: nt. 807.  
 3, 1, 1: nt. 375.  
 3, 3, 38: nt. 899.  
 3, 5, 13: nt. 901.  
 4, 4, 3, 2: nt. 1178.  
 4, 4, 4, 5: nt. 855.  
 4, 4, 7, 9: nt. 1183.  
 4, 6, 35, 6: nt. 1007.  
 5, 1, 65: nt. 372.  
 5, 2, 2 : 366.  
 5, 2, 3: nt. 1114.  
 5, 2, 4: nt. 1118.  
 5, 2, 5: nt. 267, nt. 1114, nt. 1122, nt. 1133.  
 5, 2, 6, pr.: nt. 1077.  
 5, 2, 7: nt. 273.  
 5, 2, 8, 8 : 368.  
 5, 2, 8, 9: nt. 1131.  
 5, 2, 8, 11: nt. 1131.  
 5, 2, 8, 16: 73.  
 5, 2, 13: nt. 265.  
 5, 2, 15: nt. 1122.  
 5, 2, 16 pr. : 370.  
 5, 2, 17, pr.: nt. 265.  
 5, 3, 5, 2: nt. 265.  
 5, 3, 7, 1: 74.  
 5, 3, 10, 1: nt. 268.  
 5, 4, 3: nt. 91.  
 5, 4, 7: nt. 268.  
 5, 4, 13: nt. 268.  
 7, 8, 4, 1: nt. 357.  
 6, 2, 11, 5 : 354.  
 8, 2, 1: nt. 265.  
 12, 4, 3, 7: nt. 1173.  
 13, 6, 3, 4: nt. 853.  
 13, 6, 5, 3: nt. 1173.  
 14, 1, 21: nt. 901.  
 14, 2, 4, 2: nt. 866.  
 14, 6, 9, 2 : 285.  
 15, 1, 1, 2: nt. 901.  
 15, 1, 1, 3: nt. 901.  
 15, 1, 9, 6: nt. 1173.  
 15, 1, 25: nt. 901.  
 15, 4, 1, 5: nt. 1173.  
 21, 1, 23, 8: nt. 1173.  
 21, 22, 1: nt. 863.  
 22, 1, 34: nt. 878.  
 23, 1, 9: 89.  
 23, 1, 10: nt. 900.  
 23, 2, 1: 100.  
 23, 2, 14 : 172.  
 23, 2, 16 pr.: nt. 691.  
 23, 2, 23 : 203.  
 23, 2, 26 pr. : 206.  
 23, 2, 27: nt. 676.  
 23, 2, 43, pr.: nt. 677.  
 23, 2, 43, 1: nt. 677.  
 23, 2, 43, 2: nt. 677.  
 23, 2, 43, 3: nt. 677.  
 23, 2, 43, 4: nt. 677.  
 23, 2, 43, 5: nt. 677.  
 23, 2, 43, 6: nt. 678.  
 23, 2, 43, 7: nt. 678.  
 23, 2, 43, 8: nt. 678.  
 23, 2, 43, 9: nt. 678.  
 23, 2, 43, 10: 202, nt. 680.  
 23, 2, 43, 12: nt. 674, nt. 680.  
 23, 2, 43, 13: nt. 680.  
 23, 2, 44 pr. : 199.  
 23, 2, 44, 6 : 200, 204, 206.  
 23, 2, 44, 7 : 200.  
 23, 2, 47: 196, nt. 687.  
 23, 2, 54 : 172.  
 23, 2, 57: nt. 338, nt. 691.  
 23, 3, 1: 272.

23, 3, 9, 2: 279.  
 23, 3, 9, 3: 276, nt. 886.  
 23, 3, 24: 283.  
 23, 3, 59: nt. 874.  
 23, 3, 63: nt. 824.  
 23, 3, 64: nt. 824.  
 23, 3, 75: 273.  
 23, 4, 2: 273.  
 23, 4, 18: nt. 824.  
 23, 4, 22: nt. 873.  
 23, 4, 27: 276.  
 23, 4, 5, 2: 273.  
 23, 5, 15: nt. 864.  
 24, 1, 1: 275  
 24, 1, 14: nt. 872.  
 24, 1, 18: nt. 871.  
 24, 1, 21 pr.: nt. 872.  
 24, 1, 28, 2: nt. 871.  
 24, 1, 29, 1: nt. 871.  
 24, 1, 31, 8: nt. 871  
 24, 1, 31, 9: nt. 871.  
 24, 1, 31, 10: nt. 871.  
 24, 1, 32, 28: nt. 674.  
 24, 1, 33: nt. 874.  
 24, 1, 37: 276.  
 24, 1, 66 pr. : nt. 371.  
 24, 3, 3: nt. 855.  
 24, 3, 10 pr.: nt. 863.  
 24, 3, 34: nt. 464.  
 24, 3, 48: nt. 806.  
 24, 3, 66 pr. : 272.  
 25, 3, 5 pr.: 89.  
 25, 4, 1: 94.  
 25, 4, 1, 3: nt. 460.  
 25, 4, 1, 10: nt. 299.  
 26, 1, 1: nt. 155.  
 26, 1, 16, pr.: nt. 963.  
 26, 2, 20, 1: nt. 138, nt. 144, nt. 152.  
 26, 4, 6: 48.  
 26, 4, 9: 54, nt. 142.  
 26, 5, 12, 1: nt. 322.  
 26, 6, 2, 2: 141, nt. 503, nt. 955.  
 26, 6, 2, 6: 359.  
 27, 3, 1, 4: 128.  
 27, 10, 1: nt. 322.  
 28, 2, 9: nt. 74.  
 28, 2, 11: nt. 98, nt. 124, nt. 181.  
 28, 2, 12: 355.  
 28, 2, 13 pr: nt. 1040, nt. 1080.  
 28, 2, 18: nt. 1131.  
 28, 2, 20: 390.  
 28, 3, 12, pr: nt. 1165.  
 28, 3, 13: nt. 83.  
 28, 6, 2, 4: nt. 1186.  
 28, 6, 10, 6: nt. 1190.  
 28, 8, 8: nt. 1162, nt. 1166.  
 29, 2, 6 pr.: 305, 347.  
 29, 2, 6, 1: 305, 347.  
 29, 2, 6, 2: 305, 347.  
 29, 2, 20, 3: nt. 1173.  
 29, 2, 20, 4: nt. 1159.  
 29, 2, 30 pr.: 329.  
 29, 2, 30, 1: 327, nt. 988.  
 29, 2, 38: nt. 1196.  
 29, 2, 60: 364.  
 29, 2, 83: nt. 1165.  
 29, 2, 91: nt. 1169.  
 29, 2, 92: 305, 347, 348.  
 29, 2, 93 pr.: 305.  
 29, 2, 98: nt. 1169.  
 29, 2, 99: nt. 1162, nt. 1169.  
 29, 4, 2, 1: nt. 1173.  
 29, 4, 4 pr: nt. 1197.  
 29, 4, 6 pr: nt. 1197.  
 29, 4, 8: nt. 1197.  
 29, 5, 1, 9: nt. 778.  
 29, 5, 4: 360.  
 29, 6, 1, pr.: nt. 1197.  
 30, 109 pr. : 268.  
 31, 2, 88: nt. 847.

32, 28: 134.  
 32, 29 pr.: 134, 263, nt. 849.  
 32, 41, 7: nt. 464.  
 32, 45: nt. 845.  
 32, 49 pr.-: 268.  
 32, 49, 1: 268.  
 32, 49, 2: 864.  
 33, 1, 14: nt. 1173.  
 33, 4, 1, 6: nt. 853.  
 33, 4, 1, 7: nt. 853.  
 33, 4, 6, 1: nt. 853, nt. 863.  
 33, 4, 8: nt. 863.  
 33, 9, 3: 267.  
 34, 2, 2: nt. 845.  
 34, 2, 3: 269.  
 34, 2, 10: nt. 845.  
 34, 2, 13: nt. 849.  
 34, 2, 33: 267.  
 34, 2, 39 pr.: 267.  
 34, 5, 9, 1: 130, 400.  
 35, 1, 59, 1: nt. 618.  
 35, 1, 92: 289.  
 35, 2, 86: nt. 473.  
 35, 2, 95 pr.: nt. 878.  
 36, 3, 1, 19: nt. 1282.  
 36, 1, 52: 89.  
 37, 1, 13: 198.  
 37, 2, 5: 88.  
 37, 4, 1, 6: 230, 430, nt. 715.  
 37, 4, 2: 369.  
 37, 4, 3, 7: 213.  
 37, 4, 3, 9: nt. 1173.  
 37, 4, 4, 3: nt. 1000.  
 37, 4, 6, 4: 216.  
 37, 4, 10, 1: nt. 788.  
 37, 4, 13, 3: nt. 713.  
 37, 4, 16, 6: nt. 1181.  
 37, 4, 17: 232.  
 37, 5, 1, 1: nt. 807.  
 37, 5, 15, pr: nt. 1165.  
 37, 5, 16: nt. 1165.  
 37, 7, 8: 283.  
 37, 7, 9: nt. 1162.  
 37, 8, 1, 11: nt. 579.  
 37, 8, 1, 7: 214.  
 37, 8, 1, 9: 213.  
 37, 8, 1, 11: nt. 784.  
 37, 8, 4: 329.  
 37, 9, 1, 11: 219, nt. 740, nt. 1003.  
 37, 9, 1, 14: nt. 1008.  
 37, 9, 1, 17: nt. 460.  
 37, 9, 1, 18: nt. 460.  
 37, 9, 1, 19: nt. 460.  
 37, 9, 8: nt. 460.  
 37, 10, 1 pr: nt. 725.  
 37, 10, 1, 1: nt. 731.  
 37, 10, 3, 3: nt. 728.  
 37, 10, 3, 4: nt. 731.  
 37, 10, 3, 5: nt. 724.  
 37, 10, 3, 7: 221.  
 37, 10, 3, 12: nt. 730.  
 37, 10, 3, 14: nt. 729.  
 37, 10, 5 pr.: 221.  
 37, 10, 5, 2: nt. 730.  
 37, 10, 7: nt. 617.  
 37, 10, 8: 221.  
 37, 11, 2, 1: 363.  
 37, 11, 5 pr.: 363.  
 37, 12, 4: nt. 1270.  
 37, 12, 5: 85.  
 37, 10, 8: 216.  
 37, 12, 4: nt. 1271.  
 37, 12, 5: 85.  
 37, 14, 9, pr.: nt. 1162, nt. 1208.  
 37, 15, 11: 287.  
 38, 2, 6, 2: nt. 1163.  
 38, 2, 12, 2: nt. 1131.  
 38, 2, 14, 7: nt. 1007.  
 38, 2, 47, 3: nt. 608.  
 38, 6, 1, 4: nt. 729.

38, 6, 1, 6: 215, 230, 430, nt. 751, nt. 765.  
 38, 6, 1, 8: nt. 1165.  
 38, 6, 4: 216.  
 38, 7, 1: 154, nt. 535.  
 38, 7, 2 pr.: nt. 1181.  
 38, 7, 2, 4: nt. 710, nt. 1078.  
 38, 7, 5: nt. 82.  
 38, 7, 8: nt. 718.  
 38, 8, 1, 2: nt. 624, nt. 635, nt. 1211.  
 38, 8, 1, 8: nt. 1003.  
 38, 8, 1, 9: 354, 356, nt. 1078.  
 38, 8, 2: 173, nt. 544.  
 38, 8, 4: 171.  
 38, 8, 7: 177.  
 38, 8, 8: nt. 608, nt. 617.  
 38, 8, 10: nt. 989.  
 38, 9, 1, 11: nt. 1181.  
 38, 9, 1, 16: nt. 1097.  
 38, 9, 2: nt. 945, nt. 1245.  
 38, 9, 11: nt. 555, nt. 1243.  
 38, 10, 4, 2: nt. 753.  
 38, 10, 4, 11: nt. 624.  
 38, 10, 10: nt. 82.  
 38, 10, 10, 3: nt. 98.  
 38, 12, 2, 20: 236.  
 38, 15, 1 pr. : 211, nt. 280.  
 38, 16, 1 pr: 31, 135, 293, nt. 598, nt. 1214.  
 38, 16, 1, 1: 190, nt. 629, nt. 992, nt. 990, nt. 1069,  
 nt. 1267.  
 38, 16, 1, 2: nt. 523, nt. 591.  
 38, 16, 1, 3: nt. 523, nt. 591, nt. 1210.  
 38, 16, 1, 4: nt. 89, nt. 523, nt. 637, nt. 981, nt. 1061.  
 38, 16, 1, 5: nt. 523.  
 38, 16, 1, 6: nt. 523.  
 38, 16, 1, 7: nt. 523.  
 38, 16, 1, 8: 380, nt. 523.  
 38, 16, 1, 9: nt. 523, nt. 524.  
 38, 16, 1, 10: nt. 523.  
 38, 16, 1, 11: nt. 523.  
 38, 16, 2 pr.: 134, 324, nt. 523, nt. 989.  
 38, 16, 2, 1: 134 nt. 523.  
 38, 16, 2, 2: 134, nt. 523.  
 38, 16, 2, 3: 134, nt. 523.  
 38, 16, 2, 4: 134, nt. 523.  
 38, 16, 2, 5: 134, nt. 527.  
 38, 16, 2, 6: 134, 391, nt. 526, nt. 531, nt. 590, nt.  
 775, nt. 982, nt. 1146, nt. 1233.  
 38, 16, 2, 7: 134, nt. 526, nt. 531.  
 38, 16, 2, 8: nt. 526.  
 38, 16, 2, 9: nt. 526.  
 38, 16, 2, 10: nt. 526.  
 38, 16, 2, 11: nt. 526.  
 38, 16, 2, 12: nt. 526.  
 38, 16, 2, 13: nt. 526.  
 38, 16, 2, 14: nt. 526.  
 38, 16, 2, 15: nt. 526.  
 38, 16, 2, 16: nt. 526.  
 38, 16, 2, 17: nt. 526.  
 38, 16, 2, 18: nt. 526.  
 38, 16, 2, 19: nt. 526.  
 38, 16, 3: nt. 591, nt. 1011, nt. 1021.  
 38, 16, 3, 9: nt. 88, nt. 91, nt. 229.  
 38, 16, 3, 10: nt. 88.  
 38, 16, 3, 11: 84.  
 38, 16, 3, 12: 84.  
 38, 16, 6: nt. 91, nt. 608, nt. 617, nt. 718, nt. 1081.  
 38, 16, 7: nt. 1083.  
 38, 16, 8 pr.: 172, 176, nt. 1081.  
 38, 16, 8, 1: nt. 562, nt. 617, nt. 1237.  
 38, 16, 9: 358, 409.  
 38, 16, 10: 227, 231.  
 38, 16, 11: 182, nt. 702, nt. 1057, nt. 1061.  
 38, 16, 13: nt. 90, nt. 430, nt. 1096.  
 38, 16, 14: 394, nt. 985.  
 38, 17, 1 pr.: 294, 300, 308, 319, 330, 331, 341,  
 416, 434, , nt. 1231, nt. 1285.  
 38, 17, 1, 1: 298, 300, 323, 325, 327, 328, 329, 375,  
 435, nt. 1182.  
 38, 17, 1, 2: 294, 170, 314, 321, 436, nt. 702.

38, 17, 1, 3: 175, 182, 183, 350, 417, 427, nt. 503, nt. 588, nt. 610, nt. 990, nt. 1069, nt. 1265.

38, 17, 1, 4: 294, 309, 351, nt. 615.

38, 17, 1, 5 pr.: 294, 353, 355, nt. 767, nt. 989.

38, 17, 1, 6: 198, 294, 309, 357, 358, nt. 615, nt. 703.

38, 17, 1, 7: 307, 308, 363, 369.

38, 17, 1, 8: 294, 305, 346, nt. 702, nt. 1057.

38, 17, 1, 9: 145, 168, 294, 298, 299, 306, 308, 314, 315, 332, 327, 331, 332, 334, 338, 340, 341, 358, 359, 373, 376, 405, 406, 413, 414, 416, 417, 420, 421, 433, 434, 437, 439, 441, nt. 525, nt. 1242, nt. 1280.

38, 17, 1, 10: 294, 298, 408, 415, nt. 498.

38, 17, 1, 11: 155, 294, 407, nt. 498, nt. 576, nt. 617.

38, 17, 1, 12: 292, nt. 498.

38, 17, 1, 15: 308.

38, 17, 2 pr.: 134, 136, 167, 187.

38, 17, 2, 1: 134, 135, 167, 168, 169, 171, 174, 426, nt. 522, nt. 1204.

38, 17, 2, 2: 134, nt. 522, nt. 588, nt. 617.

38, 17, 2, 3: 134, 179, 182, 184, 328, 349, 361, 427, nt. 588.

38, 17, 2, 4: 134, 187, 199, 197, 207, 427, nt. 523, nt. 641.

38, 17, 2, 5: 134, 187, 392, 393, nt. 523, nt. 641, nt. 705.

38, 17, 2, 6: 134, 211, 213, 214, 216, 399, nt. 704, nt. 720, nt. 752, nt. 767.

38, 17, 2, 7: 134, 217, nt. 705.

38, 17, 2, 8: 134, 150, 373, 377, 378, 379, 381, 382, 386, 388, 396, 400, 412, 432, 433, 434, nt. 528, nt. 775, nt. 1209.

38, 17, 2, 9: 134, 139, 140, 147, 170, 240, 249, 373, 378, nt. 706.

38, 17, 2, 10: 134, 146, 147, 302, 373, 388, 389, 390, 408, 432, nt. 528, nt. 775, nt. 945, nt. 1181.

38, 17, 2, 11: 134, 218, 222, 223, 225, 226, 412, 429, nt. 528, nt. 775, nt. 1082, nt. 1146, nt. 1152.

38, 17, 2, 12: 134, 222, nt. 528.

38, 17, 2, 13: 134, 225, 226, 4299, nt. 702.

38, 17, 2, 14: 134, 134, 148, 150, 302, 379, 393, 394, 395, 396, 398, 399, 401, 402, 403, 406, 419, 431, 432, 433, nt. 528, nt. 1287.

38, 17, 2, 15: 134, 165, 226, 229, 230, 231, 232, 235, 236, 398, 399, 430, nt. 528.

38, 17, 2, 16: 134, 231, 232, 234, 430.

38, 17, 2, 17: 134, 234, 236, 243, 430, nt. 762.

38, 17, 2, 18: 134, 154, 237, 242, 243, 244, 381, 410, 411, 430, 431, nt. 578, nt. 755, nt. 762, nt. 783.

38, 17, 2, 19: 134, 237, 247, 249, 382, 411.

38, 17, 2, 20: 134, 390, 432, 440, nt. 562, nt. 570, nt. 776.

38, 17, 2, 21: 134, 154, 440, nt. 571, nt. 776.

38, 17, 2, 22: 134, 401, 404, 440, nt. 562, nt. 1099.

38, 17, 2, 23: 134, 173, 373, 404, 432, nt. 959.

38, 17, 2, 24-46: 134.

38, 17, 2, 47: 134, 150, 403, 404, nt. 503.

38, 17, 3: 134, 154, 228, 292, nt. 753.

38, 17, 4: 134, 292, 320, 344, 436, nt. 1051.

38, 17, 5 pr.: 133, 134, nt. 752.

38, 17, 5, 1: 134, nt. 705, nt. 756.

38, 17, 5, 2: 134, 229, 235.

38, 17, 5, 7: 134.

38, 17, 5, 8: 134.

38, 17, 5, 9: 134.

38, 17, 5, 10: 134.

38, 17, 6 pr.: 134, 293, 322, 346, nt. 278, nt. 948.

38, 17, 6, 1: 134, 146, 169, 253, 301, 322, 390, 406, 420, 437.

38, 17, 7: 133, 239, nt. 771.

38, 17, 8: 133, 390, nt. 1098, nt. 1184.

38, 17, 9: 290, 320, 345, 347, 349, 437, nt. 278, nt. 703, nt. 948, nt. 1051, nt. 1065.

38, 17, 10: 134, 293, nt. 750.

38, 17, 10, 1: 217, nt. 705.

38, 17, 12: 220.

39, 2, 13, 6: nt. 1173.

39, 2, 15, 12: nt. 1173.

39, 5, 31, 1: nt. 890.

39, 5, 31, 2: nt. 890.  
40, 5, 4, 1: 386.  
40, 5, 30, 10: nt. 1162.  
40, 5, 47, 4: 169, nt. 617, nt. 1206.  
40, 5, 53, 1: nt. 614.  
40, 7, 29, 1: nt. 261.  
42, 5, 28: nt. 1196.  
43, 4, 33, 3: nt. 1008.  
43, 30, 2: 98.  
44, 2, 11 pr.: 392.  
44, 7, 19: nt. 857.  
45, 1, 141, 2: nt. 895.  
46, 3, 34, 6: nt. 900.  
47, 10, 1, 3: nt. 464.  
47, 10, 17, 10: nt. 899.  
47, 11, 4: 94.  
48, 5, 10, pr.: nt. 452.  
48, 5, 14, 2: nt. 685.  
48, 8, 1, 5: nt. 798.  
48, 8, 3, 5: nt. 798.  
48, 9, 5: 88, 90, 367.  
48, 19, 3: nt. 460.  
48, 20, 7 pr.: nt. 442.  
48, 23, 4: 179, 352, nt. 617, nt. 622.  
49, 1, 14 pr.: 74.  
49, 14, 49: nt. 1094.  
49, 15, 9: 180, nt. 613.  
49, 15, 12, 3: nt. 985.  
49, 15, 12, 4: nt. 373.  
49, 15, 15: 293.  
49, 15, 16: 134.  
49, 15, 21 pr.: nt. 637.  
49, 15, 25: nt. 632.  
49, 15, 23: 325.  
49, 16, 13: 88.  
49, 16, 8: nt. 637.  
49, 17, 2: nt. 748.  
50, 1, 9: nt. 461.  
50, 1, 22, 1: 99.  
50, 1, 22, 4: nt. 380.

50, 1, 22, 5: nt. 380.  
50, 1, 32: nt. 379.  
50, 1, 37, 2: nt. 380.  
50, 1, 38: nt. 379, nt. 380.  
50, 2, 3, 2: nt. 611.  
50, 4, 1, 4: nt. 1008.  
50, 16, 46, pr: 122.  
50, 16, 46, 1: nt. 453.  
50, 16, 51: nt. 807.  
50, 16, 84: nt. 594.  
50, 16, 119: nt. 1163.  
50, 16, 120: 29, 47.  
50, 16, 132: 354.  
50, 16, 145, 1: 334, nt. 74.  
50, 16, 148: 192, 193.  
50, 16, 151: 404.  
50, 16, 178: nt. 1163.  
50, 16, 195, 2: 34, 284, nt. 221, nt. 461.  
50, 16, 196, 1: nt. 98.  
50, 16, 201: nt. 594  
50, 16, 220: 258, 260.  
50, 16, 220, 3: nt. 172.  
50, 16, 229: 292.  
50, 16, 230: 292.  
56, 16, 231: 134.  
50, 17, 62: nt. 188.  
50, 17, 2 pr.: nt. 375.  
50, 17, 73 pr.: 48, 54.  
50, 17, 91: nt. 617

#### ***Instituciones de Justiniano***

1, 1, 4: nt. 301.  
1, 10, 12: nt. 605, nt. 607.  
1, 11, 1: nt. 75.  
1, 11, 3: nt. 1191.  
1, 11, 9: nt. 302.  
1, 15, 1: nt. 98.  
1, 15, 2: nt. 148.  
1, 16, 7: nt. 142.

2, 9, 17: 36.  
2, 13, 7: nt. 963.  
2, 13, 14: nt. 716.  
2, 19, 2: nt. 98.  
2, 19, 3: nt. 930.  
3, 1: 137, 294, nt. 226.  
3, 1, 2: nt. 89, nt. 226.  
3, 1, 4: nt. 226.  
3, 2: 294.  
3, 2, 1: nt. 98.  
3, 2, 3a: 63, nt. 108, nt. 237.  
3, 2, 7: nt. 109.  
3, 3: 137, 210, 294, nt. 1158.  
3, 3, 1: 69, nt. 544.  
3, 3, 2: 129, 167, nt. 544, nt. 1062.  
3, 3, 3: 211, 229, 238, nt. 533, nt. 578, nt. 599, nt. 705, nt. 780, nt. 783.  
3, 3, 4: 188, nt. 547, nt. 689.  
3, 4: 293, nt. 522, nt. 592.  
3, 4 pr.: 151, 241, 314, 402, 414, nt. 595, nt. 948, nt. 1009, nt. 1055.  
3, 4, 1: 421, nt. 1221, nt. 1226.  
3, 4, 2: nt. 702.  
3, 4, 4: 145, 241, 309, 395, 409, nt. 1091, nt. 1227.  
3, 5, 4: nt. 82.  
3, 6: nt. 544.  
3, 7, 3: nt. 1045.  
3, 7, 4: 397.  
3, 9: nt. 544.  
3, 9, 1: nt. 715.  
3, 9, 3: nt. 1043.  
3, 32: nt. 543.  
4, 4, 7: nt. 798.

#### **Novelas de Justiniano**

18, 4 : 298.  
22, 47, 2: 159, 247, nt. 793.  
53, 6: nt. 1293.  
89, 12: nt. 1293.

115, 3: nt. 930.  
117: nt. 933.  
117, 5: nt. 1293.  
118, 1: 298.

#### ***Basilicae***

45, 1, 27, 9: nt. 1280.  
45, 1, 28, 5: nt. 1189, nt. 1288.  
45, 1, 31: nt. 948.

#### ***Código Gregoriano***

14, 2: nt. 796.

#### ***Código Teodosiano***

1, 4, 1: 294, 353.  
3, 8, 2, 1: 138, 157, 158, 159, 245, 246, nt. 533.  
4, 3, 1: nt. 735.  
4, 4, 7 pr.: nt. 854.  
5, 1, 1: 138, 160, 161, 163, 402, 403, 433, nt. 689, nt. 1292.  
5, 1, 2: 138, 161, 162, 294, 298, nt. 1292.  
5, 1, 3: 210, 294, 360, 361, 418, 420, 435, nt. 1023.  
5, 1, 4: 294, 437, nt. 1040.  
5, 1, 5: nt. 1292.  
5, 1, 7: 138, 161.  
5, 1, 8: 216, 246.  
5, 8, 1: 138.  
8, 12, 2: nt. 910.  
8, 16, 1: 138, 160, nt. 654, nt. 958.  
8, 18, 1: 288, 294.  
8, 18, 2: 288, 285, 294.  
8, 18, 4: 285, 294, nt. 908.  
8, 19, 1: nt. 1292.  
9, 13, 1: 86.  
16, 8, 28: nt. 1131.

#### ***Fragmenta Vaticana***

103: nt. 887.  
112: nt. 886.  
170: 190.



302: nt. 866.

## **GAYO**

### ***Epitome:***

1, 4, 8: nt. 605.

1, 6, 3: nt. 745.

### ***Instituciones***

1, 3: 266.

1, 11: nt. 182.

1, 49: nt. 1056.

1, 51: nt. 1056.

1, 54: nt. 1163.

1, 56: 82.

1, 64: 171.

1, 99: nt. 58; nt. 75.

1, 104: nt. 461.

1, 108: nt. 976.

1, 111: nt. 224.

1, 114: 123, nt. 464, nt. 841.

1, 115-115a: 119, nt. 928.

1, 128: nt. 308, nt. 1213.

1, 129: nt. 1213.

1, 132: nt. 745.

1, 134: nt. 58.

1, 144: nt. 351, nt. 457.

1, 148: nt. 219.

1, 150: nt. 217.

1, 153: nt. 796.

1, 155: nt. 148.

1, 156: 52, nt. 98, nt. 100.

1, 157: nt. 141.

1, 164: nt. 142.

1, 165: nt. 138, nt. 141, nt. 152.

1, 176 : 266.

1, 184: nt. 899.

1, 190: nt. 457.

1, 192: nt. 963.

1, 193: nt. 634.

1, 195: nt. 216.

2, 40: nt. 1163.

2, 41: nt. 1164.

2, 47 : 54.

2, 55: nt. 196.

2, 63: nt. 860.

2, 80: 58.

2, 86: nt. 893.

2, 87: nt. 893.

2, 101: 18, nt. 927.

2, 103: nt. 65.

2, 104: nt. 129.

2, 112: nt. 598.

2, 123: nt. 963.

2, 124: nt. 963.

2, 125 : 387.

2, 136 : 215.

2, 137 : 215.

2, 148: nt. 1172.

2, 151: nt. 1172.

2, 156: nt. 111.

2, 157: nt. 231.

2, 158: nt. 231, nt. 1166.

2, 159: nt. 231.

2, 220: nt. 60.

2, 224: 377, nt. 1164.

2, 261: nt. 183.

2, 274: 64, 67, nt. 237, nt. 709.

3, 1: nt. 72, nt. 93.

3, 2: nt. 93, nt. 552, nt. 703.

3, 3: nt. 93, nt. 552.

3, 4 pr.: nt. 91, nt. 93, nt. 531, nt. 552, nt. 703, nt. 948.

3, 4, 1: nt. 1280.

3, 4, 2: nt. 702.

3, 7: nt. 89, nt. 963, nt. 1219.

3, 8: nt. 89

3, 9: nt. 72.

3, 12: 37.

3, 14: nt. 245, nt. 1199.

3, 15: nt. 72.

3, 16: nt. 89.  
3, 17: nt. 71, nt. 105.  
3, 21: 237.  
3, 22: 37.  
3, 23: nt. 107.  
3, 24: nt. 249, nt. 715.  
3, 25: 69, nt. 225.  
3, 26: nt. 715.  
3, 32: 379, nt. 710.  
3, 35: nt. 945, nt. 1172, nt. 1244.  
3, 34 : 387.  
3, 36: 153, nt. 945, nt. 1172, nt. 1244.  
3, 37: 153, nt. 945, nt. 1172, nt. 1244, nt. 1245.  
3, 39: nt. 963, nt. 1047.  
3, 40: nt. 963.  
3, 41: nt. 965.  
3, 42: 334, nt. 648, nt. 963.  
3, 43: nt. 929, nt. 938, nt. 975, nt. 1015.  
3, 44: 333, nt. 963, nt. 1015.  
3, 45: nt. 963, nt. 1017.  
3, 46: nt. 963, nt. 1017.  
3, 47: nt. 963, nt. 1017, nt. 1027.  
3, 48: nt. 963, nt. 1017.  
3, 49: nt. 963, nt. 1017, nt. 1037.  
3, 50: nt. 963, nt. 1017.  
3, 51: 313, nt. 938, nt. 963, nt. 964, nt. 975, nt. 1017, nt. 1035, nt. 1218.  
3, 52: nt. 963.  
3, 53: nt. 963.  
3, 54: nt. 963.  
3, 55: nt. 1212.  
3, 56: nt. 963.  
3, 57: nt. 963, nt. 966.  
3, 58: nt. 963.  
3, 59: nt. 963.  
3, 63: nt. 938, nt. 963, nt. 966.  
3, 64: nt. 1208.  
3, 73: nt. 963, nt. 966.  
3, 74: nt. 963.  
3, 75: nt. 963, nt. 966.

3, 76: nt. 963.  
3, 85: nt. 1164.  
3, 104: 285.  
3, 154 a: 40, 42, nt. 124, nt. 180.  
3, 154 b: nt. 124, nt. 180.  
3, 166: nt. 1163.  
3, 225: 255.  
4, 48: nt. 263.  
4, 77: nt. 894.  
4, 95: nt. 262.

***Lex Malacitana*** (*FIRA*. 1, 212)

56: nt. 647.

***Lex Romanorum Wisigothorum***

28, 2, 3: 158, 159, nt. 786.

**Ley de las XII Tablas**

5, 2: 54.

5, 3: 46, 47, nt. 152.

5, 4: 33, 34, 35, 39, 41, 42, 43, nt. 75, nt. 128, nt. 227.

5, 5: 33, 34, 39, 45.

5, 6: 54.

5, 7: nt. 80.

5, 8: nt. 964.

6, 5: nt. 182.

**PAULO**

***Sententiae***

1, 1, 7: nt. 380.

1, 8, 5 : 386.

1, 12, 4: nt. 460.

2, 21 b: nt. 860.

3, 31, 12, pr.: nt. 265.

4, 3, 3: nt. 194.

4, 8: 138.

4, 8, 3: nt. 71.

4, 8, 4: nt. 599, nt. 685.

4, 8, 12: nt. 71.

4, 8, 20 (22): 63, 295, 435, nt. 108, nt. 244, nt. 541.  
4, 9: 138.  
4, 9, 5: 83.  
4, 9, 5, 3: nt. 546.  
4, 9, 8: 295, 342, 435, nt. 1212.  
4, 9, 10: nt. 580, nt. 787, nt. 793.  
4, 10: nt. 534.  
4, 10, 2: 176, nt. 974.  
4, 10, 3: 196, 295, 341, 435, nt. 974, nt. 1212.  
4, 10, 4: 295, 325.  
4, 14: nt. 912.  
5, 6, 15: 98, nt. 311.  
5, 8: nt. 897.  
5, 16, 2: 72.  
5, 24: nt. 54.  
9, 5, 6: nt. 547.

## **ULPIANO**

### ***Tituli ex corpore Ulpiani***

1, 9: 420.  
3, 1: nt. 1049.  
3, 3: nt. 172.  
4, 2: 85.  
5, 7: 172.  
8, 3: nt. 75.  
8, 5: nt. 75.  
8, 6: nt. 75.  
11, 1: nt. 204.  
11, 4: 38.  
11, 14: nt. 137.  
11, 27: 58.  
13, 1: 203.  
13, 2: 201, 202, nt. 673.  
16, 2: nt. 552, 686,  
16, 3: nt. 552.  
16, 4: nt. 552.  
22, 14: 52, 250, nt. 567..  
22, 15: nt. 91.  
23, 6: nt. 1172.

26, 1: 31, 34, 52, 60, 137, 295, nt. 72, nt. 105, nt. 532.  
26, 2: 295, nt. 89, nt. 532.  
26, 3: 295, nt. 532.  
26, 4: 295, nt. 532.  
26, 5: 295, 308, nt. 104, nt. 532, nt. 579.  
26, 6: 63, 295, nt. 532.  
26, 7: 291, 295, 300, 308, 313, 319, 320, 331, 359, 436, nt. 979, nt. 1051, nt. 1222.  
26, 8: 137, 144, 166, 169, 188, 210, 212, 218, 231, 238, 308, 363, 418, nt. 569, nt. 578, nt. 599, nt. 668, nt. 710, nt. 720, nt. 740, nt. 784, nt. 1107, nt. 1158, nt. 1172.  
27: nt. 963.  
28, 3: nt. 707, nt. 963.  
28, 7: nt. 963.  
28, 8: nt. 707, nt. 963.  
28, 13: 380, nt. 945, nt. 963, nt. 1245.  
29, 1: 419, nt. 963.  
29, 2: 295, 336, 420, nt. 938, nt. 963, nt. 964.  
29, 3: 137, 295, 333, 336, 420, nt. 963.  
29, 4: 419, nt. 245, nt. 963.  
29, 5: 419, nt. 963.  
29, 6: 419, nt. 963.  
29, 7: 419, nt. 963.

## **FUENTES NO JURIDICAS**

### **APULEYO**

#### ***De magia***

1, 3: nt. 424.  
3, 5: nt. 424.

### **CASIO DIÓN**

#### ***Historiae romanae***

2, 22, 1: nt. 157.  
2, 25, 5: nt. 157.  
2, 25, 7: nt. 360.  
2, 25, 69: nt. 355.  
2, 27, 5: nt. 157.

41, 10, 2: nt. 248.  
54, 16: nt. 414.  
54, 30: nt. 647.  
55, 2: nt. 649.  
55, 25, 5: nt. 335.  
56, 10: nt. 649.  
56, 28, 4: nt. 335.  
56, 28, 5: nt. 335.  
56, 28, 6: nt. 335.  
60, 24: nt. 647.  
72, 17: nt. 821.

## **CATÓN EL CENSOR**

### ***De agri cultura***

3, 5: nt. 40.  
3, 6: nt. 40.  
6, 2: nt. 125.  
143, 2: nt. 164, nt. 199.  
143, 1: nt. 197.

## **CICERÓN**

### ***Ad Atticum***

1, 5, 1: nt. 125.

### ***Ad familiares***

7, 29: nt. 195.  
8, 7, 2: nt. 360.

### ***De domo sua***

13, 34: nt. 75  
13, 35: 54.  
41, 109: nt. 164, nt. 199.

### ***De inventione***

2, 50, 148: 31, 42, nt. 127, nt. 143.

### ***De lege agraria***

1, 16, 44: nt. 259.

### ***De legibus***

2, 8, 19: nt. 189 .  
2, 19, 47: nt. 189.  
2, 19, 48: nt. 908.  
2, 20, 49: nt. 908.  
2, 21, 52: nt. 195.  
2, 23, 58: nt. 164, nt. 199.  
3, 7: nt. 48.

### ***De natura deorum***

2, 27, 68: nt. 164, nt. 199.

### ***De officiis***

1, 7, 22: nt. 45.  
1, 17, 54: nt. 172.  
1, 26, 90: nt. 45.  
3, 29, 108: nt. 48.

### ***De oratore***

1, 35, 176: nt. 120.  
1, 38, 15: nt. 280.  
1, 38, 175: nt. 259.  
1, 39, 176: nt. 105, nt. 259.  
1, 38, 177: nt. 259.  
1, 39, 178: nt. 259.  
1, 39, 179: nt. 259.  
1, 39, 180: nt. 259.  
1, 56, 237: nt. 180.

### ***De re publica***

1, 34: nt. 45  
4, 6: nt. 355.

### ***In Verrem***

2, 1, 116: nt. 120.  
2, 145, 115: 71.

### ***Pro Caecina***

4, 11: nt. 861.

***Pro Cluentio***

60, 165: nt. 542.

***Pro Flacco***

34: nt. 931.

***Pro Murena***

12, 27: nt. 195, nt. 205, nt. 351.

***Pro Roscio Amerino***

69: nt. 52

70: nt. 52

***Topica***

3, 14: nt. 446, nt. 452..

3, 17: 269.

6, 29: nt. 508.

***Tusculanae disputationes***

3, 4, 8: nt. 55.

3, 4, 9: nt. 55.

3, 4, 11: nt. 55.

3, 5, 11: nt. 55.

**DIONISIO DE HALICARNASO**

***Antiquitates Romanae***

2, 22, 1: nt. 162.

2, 25, 2: nt. 162.

2, 25, 3: nt. 162.

2, 25, 4: nt. 162, nt. 166.

2, 25, 5: nt. 162.

2, 26, 1: nt. 166.

2, 27, 4: nt. 162.

3, 67, 3: nt. 162.

4, 14: nt. 48.

**FESTO**

***De verborum significatu (Lindsay)***

72: nt. 180.

91:25.

112: 120.

117: nt. 453.

247:24.

260: nt. 173.

284: nt. 189.

370: nt. 193, nt. 196.

356: nt. 884.

424:25.

**FRONTÓN**

***Epistulae***

***Ad Antoninum***

1, 5, 4: nt. 333, nt. 802.

***Ad Verum***

2, 2, 5: nt. 334.

***De feriis Alsiensibus***

3, 5 : 248, nt. 331.

**GELIO**

***Noctes Atticae***

1, 12, 9: nt. 175.

1, 12, 10: nt. 175.

1, 17: nt. 869.

2, 157: nt. 98.

3, 7: nt. 86.

3, 10: nt. 100.

3, 34: nt. 79.

3, 35: nt. 79.

3, 36: nt. 79.

3, 37: nt. 79.

3, 85: nt. 79.

3, 86: nt. 79.

3, 87: nt. 79.

4, 3, 1: nt. 360, nt. 859.

4, 3, 2: nt. 172, nt. 294, nt. 360, nt. 859.

5, 15: nt. 423.

5, 19: nt. 926.

5, 19, 9: nt. 75, nt. 926.

5, 19, 10: nt. 75, nt. 926.  
9, 2: nt. 418.  
12, 3, 4: nt. 140.  
15, 27, 3: nt. 25.  
17, 6, 1: nt. 235, nt. 884.  
17, 21, 44: nt. 360.  
20, 1, 23: nt. 237.

## **HISTORIA AUGUSTA**

### *Vita Hadrianus*

7, 9: nt. 413.  
18: nt. 319.  
24, 1: nt. 314.

### *Vita Marcus Aurelius Philosophus*

7, 1: nt. 332.  
9, 7: nt. 611.  
10, 11: nt. 214.  
11, 8: nt. 335, nt. 803.

### *Pius*

2, 3: nt. 328, nt. 331.  
2, 4: nt. 328.  
2, 5: nt. 328.  
2, 6: nt. 328.  
2, 7: nt. 328.  
5, 1: nt. 328, nt. 331.  
5, 2: nt. 328.  
8, 5: nt. 328.  
13, 3, 4: nt. 331.

## **JUVENAL**

### *Saturae*

1, 22-30: nt. 407.  
3, 8, 1-20: nt. 412.  
32-50: nt. 407.  
52-62: nt. 407.  
64-72: nt. 407.  
91-126: nt. 407.  
87-99: nt. 407.

112-114: nt. 407.

## **LIVIO**

### *Ab urbe condita*

1, 17, 5: nt. 386.  
1, 34, 12: nt. 145.  
1, 35, 6: nt. 386.  
2, 1, 10: nt. 386.  
4, 9: nt. 146.  
6, 34: nt. 869.  
1, 35, 6: nt. 386.  
34, 2, 11: 48, 56.  
39, 9, 1: nt. 929.  
39, 9, 7: nt. 215.  
41, 29: nt. 884.

## **MARCIAL**

### *Epigrammata*

2, 91: 191.  
2, 92: nt. 650.  
3, 68: nt. 349.  
4, 75: nt. 349.  
10, 63: nt. 349.

## **MARCO AURELIO**

### *Meditaciones*

1, 7, 10:  
1, 8, 1:  
1, 8, 3: nt. 813.  
1, 9, 2: nt. 813.  
1, 13, 3: nt. 813.  
1, 14, 1: nt. 813.  
1, 16, 20: nt. 813.  
2, 5: nt. 813.  
2, 11, 3: nt. 800.  
3, 5, 2: nt. 800.  
3, 10: nt. 336; nt. 818.  
4, 19: nt. 336, nt. 818.  
4, 25: nt. 818.  
4, 32: nt. 336, nt. 818.

4, 33: nt. 336, nt. 818.  
7, 10: nt. 336, nt. 818.  
7, 70: nt. 800.  
8, 25: nt. 336, nt. 818.  
8, 31: nt. 336, nt. 818.  
9, 3, 1: nt. 813.  
9, 3, 2: nt. 813.  
9, 30: nt. 336, nt. 818.  
9, 11, 12: nt. 800.  
10, 34: nt. 336, nt. 818.  
11, 18, 16: nt. 820.

## **OVIDIO**

### *Fasti*

5, 438: nt. 189

## **PLAUTO**

### *Casina*

2, 2: nt. 891.

2, 26: nt. 891.

## **PLINIO EL JOVEN**

### *Epistulae*

3, 16, 6: nt. 480.

5, 1, 9: nt. 1129.

5, 1, 10: nt. 1129.

6, 3, 9: nt. 355

6, 32: nt. 869.

6, 33: nt. 286

7, 14: nt. 335.

14, 8, 9: nt. 355.

14, 13, 89: nt. 355.

16: nt. 648.

94: 191.

119: 173.

### *Panegirico*

2, 6: nt. 325.

3, 1: nt. 325.

7, 29: nt. 325.

8, 6: nt. 325.

10, 1: nt. 325.

10, 3: nt. 325.

10, 8: nt. 325.

21, 3: nt. 325.

37, 1: nt. 335.

37, 4: nt. 325.

37, 6: nt. 325.

37, 7: nt. 325.

42, 2: nt. 325.

43, 1: nt. 326.

88, 6: nt. 325.

79, 4: nt. 325.

## **PLINIO EL VIEJO**

### *Historia naturalis*

2, 12, 27: nt. 426.

2, 117: nt. 409.

## **PLUTARCO**

### *Vitae paralellae*

#### *Numa*

3, 1: nt. 171.

3, 2: nt. 171.

10, 5: nt. 147, nt. 175.

### *Rómulo*

19, 9: nt. 168.

22, 3: nt. 168.

## **QUINTILIANO**

### *Institutio oratoria*

4, 1, 11: 77.

4, 2, 5: 71, 78, nt. 278, nt. 287.

7, 2, 4: 72, nt. 284

7, 2, 5: 73

7, 2, 25: nt. 284

7, 2, 26: nt. 284

7, 4, 11: 72.

10, 1, 123: nt. 420.

10, 1, 124: nt. 420.  
10, 1, 125: nt. 420.  
10, 1, 126: nt. 420.  
10, 1, 127: nt. 420.  
10, 1, 128: nt. 420.  
10, 1, 130: nt. 420.  
10, 1, 131: nt. 420.

### ***RHETORICA AD HERENNIUM***

1, 13, 23: 364.  
1, 13, 24: 31, 42.

### **SÉNECA FILÓSOFO**

#### ***Ad Helviam de consolatione***

16, 3: nt. 348.  
14, 4: nt. 348.  
19, 2: nt. 348.

#### ***De beneficiis***

3, 16, 2: nt. 415.  
3, 28, 2: nt. 412.  
6, 32, 1: 93

#### ***Epistulae***

44, 5: nt. 412.  
76, 1: nt. 419.  
76, 2: nt. 419.  
76, 3: nt. 419.  
76, 4: nt. 419.  
95-20: nt. 416.

#### ***Quaestiones naturales***

3, 27, 30: nt. 428.  
8, 31, 1: nt. 408.

### **SÉNECA RÉTOR**

#### ***Controversiae***

1, pr.: nt. 408.  
1, 3: nt. 1121.  
1, 6, 11: nt. 282.

1, 7: nt. 1121.  
1, 8: nt. 408.  
1, 9: nt. 408.  
2, 3, 12: nt. 1121.  
2, 3, 19: nt. 282  
2, 4: nt. 1121.  
4, 2, 1: nt. 282.  
5, 3: nt. 282.  
6, 3: nt. 282.  
7, 1, 4: nt. 282.  
7, 6, 12: nt. 282.  
9, 5, 15: nt. 286, nt. 1130.  
10, pr.: nt. 283.  
10, 1: nt. 283.  
10, 2: nt. 283.  
10, 3: nt. 283.  
10, 4: nt. 283.

### **SUETONIO**

#### ***De vita Caesarum***

##### *Augusto*

29, 4: nt. 264.  
34: nt. 414.  
69, 1: nt. 451.

##### *Tiberio*

34: nt. 369.  
35, 1: nt. 369, nt. 466.  
35, 2: nt. 466.

##### *Vespasiano*

10: nt. 270.

##### *Domiciano*

8, 1: nt. 270.

### **TÁCITO**

#### *Annales*

2, 51: nt. 648.  
2, 85: nt. 466, nt. 478.



6, 26: nt. 480.  
14, 56, 70: nt. 419.  
14, 56, 71: nt. 419.  
16, 10: nt. 480.  
16, 32: nt. 418.

*Dialogus de oratoribus*

38, 2: nt. 282.

**VALERIO MÁXIMO**

*Facta et dicta memorabilia*

2, 1, 4: nt. 360.  
2, 1, 5: nt. 355.  
5, 4, 7: nt. 1122.  
5, 5, 6: 20.  
5, 7: nt. 1126.  
7, 7, 1: nt. 259, nt. 280.  
7, 7, 2: nt. 259, nt. 279, nt. 286.  
7, 7, 3: nt. 269.  
7, 7, 4: nt. 269, nt. 861.  
7, 7, 5: nt. 259.  
7, 8, 1: nt. 259.  
7, 8, 2: nt. 279, nt. 286.  
7, 8, 4: nt. 259.  
7, 8, 2: nt. 1134.  
8, 8, 3: 66.

**VARRÓN**

*De lingua Latina*

5, 162: 199.  
7, 12: nt. 140.

**VIRGILIO**

*Geórgicas*

3, 387: 25.

**FUENTES EPIGRÁFICAS Y PAPIROLOGICAS**

*Corpus Inscriptionum Latinarum*

III, 14428: nt. 613.  
V, 4392: nt. 654.  
VI, 1527: nt. 462.  
VI, 31670: nt. 462  
VI, 37053: nt. 462.

*Papyros Oxvrrinco*

1114: 305.  
1208: 304, nt. 947.  
1268: nt. 949.

*Papyros SB.*

1,1010:305.



## ÍNDICE DE AUTORES

- ALBERTARIO (1946) E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1946.
- ALBURQUERQUE (2006) J. M. ALBURQUERQUE, “Alimentos entre parientes: notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio, en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), Madrid 9 (2006) 1-35.
- ALBURQUERQUE (2008) J. M. ALBURQUERQUE, “De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos”, en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 11 (2008) 1-17.
- ALBURQUERQUE (2009) J. M. ALBURQUERQUE, “Obligación de alimentos entre hermanos”, en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 12 (2009) 1-12.
- AMIRANTE (1950) L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Jovene Editore, Napoli, 1950.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ (2008) C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “Casos de matrimonio *sine manu* en tiempos arcaicos, en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 10 (2008) 1- 18.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ (2008) C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma”, en *REHJ*. 30 (2008) 37-46.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ (2009) C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “El divorcio y la *manus* en la comedia del siglo II a. C.”, en *Revista general de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 12 (2009).
- ARANGIO-RUIZ (1974) V. ARANGIO-RUIZ, “Le genti e la città”, en *Scritti di Diritto Romano 2*, Camerino, 1974, 519-587.
- ARANGIO-RUIZ (1980) V. ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, traducción de la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaecker e Iváñez, 4ª edición, Madrid, 1980.
- ARCARIA (1992) F. ARCARIA, *Senatus censuit*, Giuffrè, Milano, 1992.
- ARIAS RAMOS-ARIAS BONET (1981) J. ARIAS RAMOS -J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones, Familia, Sucesiones*, Madrid, 1981.

- ARICÒ ANSELMO (2001) C. ARICÒ ANSELMO, “*Societas inseparabilis* o dell’indissolubilità nell’antico consorcio fraterno”, en *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*. Vol. I, Jovene Editore, Napoli, 2001, 149-191.
- ASTOLFI (1996) R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 4ª edizione, Padova, CEDAM, 1996.
- ASTOLFI (2002) R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, CEDAM, 2002.
- ASTOLFI (2006) R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova, CEDAM, 2006.
- ASTOLFI (2012) R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli, Jovene Editore, 2012.
- BACCARI (2007) a M. P. BACCARI, “Alcune osservazioni sulla condizione della donna nel sistema giuridico-religioso romano”, en *Fides Humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*. Vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 250-262.
- BACCARI (2007) b M. P. BACCARI, “Matrimonio e diritto naturale secondo la giurisprudenza romana”, en *Filia, Scritti per Gennaro Franciosi*, Vol. I (v. sez. III), Satura Editrice, 2007, Napoli, 145-165.
- BACHOFEN (2010) J. J. BACHOFEN, *Die Lex Voconia und die mit ihr zusammenhängenden, Rechtsinsitute*, Kessinger Publishing, Montana, 2010.
- BACHOFEN (2007) J. J. BACHOFEN, *Das Mutterrecht. Eine untersuchung ubre die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*, Verlag von Kraiss und Hoffmann, Stuttgart, 1861 parzialmente traducida por María del Mar Llinares García, *El matriarcado: una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica*, Akal Universitaria, Madrid, 2007.
- BALLESTRI FUMAGALLI (2008) M. BALLESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni sulla «lex Voconia»*, LED Edizioni Universitarie, Milano, 2008.

- BANNON (1997) C. J. BANNON, *The brothers of Romulus: fraternal pietas in Roman Law, Literature and Society*, Princeton, 1997.
- BAUMAN (1967) A. BAUMAN, *Impietas in principem. A Study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A. C.* C. H. Beck's Verlagsbuchhandlung, München, 1967.
- BAUMAN (1994) R. A. BAUMAN, *Women and Politics in Ancient Rome*, Routledge, London, 1994.
- BERGER (1953) A. BERGER, voz: "*Ius liberorum*", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society Philadelphia, 1953, 530.
- BERGMAN (1912) C. G. BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Lund- Leipzig, 1912.
- BERNARD (2013) R. BERNARD, "Los senadoconsultos en la formación del Derecho romano, especialmente en el ámbito del *ius privatum*", en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 21 (2013) 1-37.
- BESELER (1910) G. von BESELER, "Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen".
- BESELER (1925) G. BESELER, "*Aequissimus*", en *ZSS.* 45 (1925) 455.
- BESELER (1930) G. von BESELER, "Romanistische Studien", en *ZSS.* 50 (1930) 18 ss.
- BESELER (1933) G. von BESELER, "Textkritische Studien", en *ZSS.* 53 (1933) 1 ss.
- BESELER (1935) G. von BESELER, *Index Interpolationum, IV*, Weimar, 1935.
- BESELER (1948) G. BESELER, "Einzelne Stellenen", en *ZSS.* 66(1948) 266 ss.
- BIONDI (1954) a B. BIONDI, "Aspetti morali della tutela", en *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, 52-73.

- BIONDI (1954) b B. BIONDI, *Diritto ereditario romano, parte generale*, Giuffrè, Milano, 1954.
- BIONDI (1960) B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, traducción de Manuel Fairén, Bosch, Barcelona, 1960.
- BIONDI (1963) B. BIONDI, voz *Ius novum*, en *NNDI*. 9 (1963) 385-386.
- BLANCH NOUGUÉS (2004) J. M. BLANCH NOUGUÉS, *La filiación en el pensamiento jurídico romano: ueritati locum superfore*, en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 2 (2004) 1-41.
- BOLLA-BOTEK (1939) S. von BOLLA-BOTEK, "Zum römischen Heimfallsrecht", en *ZSS*. 59 (1939) 546 ss.
- BONFANTE (1926) a P. BONFANTE, "L'origine dell' *"hereditas"* e dei *"legata"* nel diritto successorio romano", en *Scritti giuridici vari I. Famiglia e successione*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1926.
- BONFANTE (1926) b P. BONFANTE, "Forme primitive ed evoluzione della proprietà (*"Res Mancipi et res nec Mancipi"*)", en *Scritti giuridici vari II. Famiglia e successione*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1926.
- BONFANTE (1963) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, reimpr. 1963 (1930).
- BONFANTE (1974) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Diritto di successione*, Giuffrè, Milano, reimpressione 1974 (1930).
- BOZZA (1928) F. BOZZA, *Sulla competenza dei "centumviri"*, F. Sanngiovanni, Napoli, 1928.
- BRAVO (2000) G. BRAVO, "La mujer en la economía de la Hispania Romana", en G. DUBY y M. PERROT, *Historia de las mujeres. I. La Antigüedad*, Taurusminor, Madrid, 2000, 579-585.
- BRAVO BOSCH (2011) M. J. BRAVO BOSCH, "El *iudicium domesticum*", en *Revista General Derecho Romano*, www.iustel.com, 17 (2011) 1-18.

- BRUNS (1909) C. G. BRUNS, *Fontes iuris romanis, edidit Carolus Georgius Bruns post curas Theodori Mommseni* Tubingae, 1909.
- BUIGUÉS OLIVER (2010) J. BUIGUÉS OLIVER, "¿Protección o limitación de la actividad comercial de la mujer en senadoconsulto Veleyano?: Un análisis de textos jurisprudenciales", en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 15 (2010) 1-30.
- CALZADA (1998) A. CALZADA, *Algunas observaciones en torno a la bonorum possessio dimidiaie partis*, en *Actas del Congreso Iberoamericano del Derecho Romano*, Orense, 1998, 181-187.
- CANTARELLA (1985) E. CANTARELLA, *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Editori Riuniti, Roma, 1985.
- CANTARELLA (1986) E. CANTARELLA, *Pandora's Daughters: The Role and Status of Women in Greek and Roman Antiquity (Ancient Society and History)*, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1986.
- CANTARELLA (1991) a E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, Feltrinelli, Milano, trad. Española de A. Pociña, *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*, A. A. Ediciones clásicas, Madrid, 1991.
- CANTARELLA (1991) b E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Nuova edizione rivista, Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Feltrinelli, Milano, 1991, traducción española de M. P. Bouyssou y M. V. García Quintela, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma, Orígenes y funciones de la pena de muerte en la antigüedad clásica*, Akal, Madrid, 1991.
- CANTARELLA (1997) E. CANTARELLA, *Passato próximo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, 3ª edizione, Feltrinelli, Milano, 2003, traducción española de M. I. Núñez Paz, *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*, Núñez Paz (trad.), 1997, Cátedra, Madrid.
- CAPOGROSSI COLOGNESE (1994) L. CAPOGROSSI COLOGNESE, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell' 800*, La Sapienza Editrice, Roma, 1994.
- CARCATERRA (1939) A. CARCATERRA, "La successione intestata dell'agnatus nelle legge delle XII tavole", en AUBA. (1939) 263 ss.

- CASTÁN (2011) S. CASTÁN, "El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la República", en *Revista internacional de Derecho Romano*, www.ridrom.uclm.es, 11 (2011) 367- 423.
- CASTÁN (2013) S. CASTÁN, "Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El *testamentum calati comitiis* y su relación con la sucesión intestada", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, www.ridrom. uclm.es, 2013.
- CASTELLI (1923) G. CASTELLI, "*Parapherna* nei papiri greco-egizii nelle fonti romane", en *Scritti giuridici*, Cogliati Milano, 1923.
- CASTILLO del (1976) A. del CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el siglo I. d. C.*, Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1976.
- CASTRESANA (1991) A. CASTRESANA, "Algunas observaciones sobre la condición femenina en Roma", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 3 (1991) 53-60.
- CASTRESANA (1993) A. CASTRESANA *Catálogo de virtudes femeninas. De la debilidad histórica de ser mujer versus dignidad de ser esposa y madre*, Tecnos, Madrid, 1993.
- CASTRESANA(2009) A. CASTRESANA, *Estudio preliminar, traducción y notas de De agri cultura, de Marco Porcio Catón*, Clásicos del pensamiento Tecnos, 2009, Madrid.
- CASTRO-CAMERO de (2004) R. de CASTRO-CAMERO, "*Pater captivus-filius impubes mortuus*: cuatro supuestos en las *quaestiones* de Papiniano", en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual* coordinado por Ramón López Rosa yFelipe del Pino Toscano, Huelva, 2004, 67-80.
- CASTRO SÁENZ (1995-96) A. CASTRO SÁENZ, "Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos", en *BIDR.* 37- 38 (1995-96) 760-778.
- CASTRO SÁENZ (1998) A. CASTRO SÁENZ, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.
- CASTRO SÁENZ (2002) A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002.



- CASTRO SÁENZ (2010) A. CASTRO SÁENZ, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CHABRUN (1906) C. CHABRUN, *Essai sur "la querella inofficiosi testamenti"*, Rousseau, Paris, 1906.
- CHURRUCA de-  
MENTXAKA (2015) J. de CHURRUCA- R. MENTXAKA, *Introducción histórica al Derecho Romano*, 10ª edición. Universidad de Deusto, Bilbao, 2015.
- CID LÓPEZ (2009) R. M. CID LÓPEZ, "Las castas matronas y la *res publica*", en R. M. CID LÓPEZ (Coordinadora), *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica*, KRK Ediciones, Oviedo, 2009, 155-184.
- CLEMENTE (2012) A. I. CLEMENTE, "Dilucidando conceptos: *pietas* y *caritas*", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, [www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es), 9 (2012) 173-223.
- COLI (1922) U. COLI, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano I. Capitis deminutio*, Vallecchi Editore, Firenze, 1922.
- COMA FORT (2014) J. M. COMA FORT, *Codex Theodosianus. Historia de un texto*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.
- COPPOLA (2012) G. COPPOLA, "Nascita e declino dell'adaggio *nemo pro parte testatus*", [www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), 2012, 37 ss.
- CORBO (2012) C. CORBO *Incertae personae e capacità successoria. Profili di una società e del suo diritto*, D'Auria (Studi e Testi di Koinonia), Napoli, 2012.
- COSTA (1890) E. COSTA, *Il diritto privato nelle comedie di Plauto*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1890.
- CREMADES (1998) I. CREMADES, *El officium en el derecho privado romano. Notas para su estudio*, Universidad de León, Servicio de Publicaciones, León, 1998.

- CRIFÒ (1968) G. CRIFÒ, "Attività normativa del Senato in età repubblicana", en *BIDR.* 71 (1968) 33 y ss.
- CUENA BOY (2004) F. CUENA BOY, "La prohibición del matrimonio del funcionario con mujer de la provincia en la que sirve", en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual* coordinado por Ramón López Rosa y Felipe del Pino Toscano, Huelva, 2004, 99-108.
- CUENA BOY (2006) a F. CUENA BOY, "Ausencia y *postliminium*", en *Rivista di diritto romano*, 8 (2008), LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 13 ss.
- CUENA BOY (2006) b F. CUENA BOY, "Sucesión intestada y *natura rerum*: el caso del *postumus suus*, en *O Direito das sucessões: do Direito romano ao Direito actual*, Universidad de Coimbra, (2006) 195 ss.
- CUENA BOY (2008) F. CUENA BOY, "Nuevos significados de *origo* en las fuentes legislativas postclásicas", en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 10 (2008).
- DALLA (2007) D. DALLA, "Potestas e natura nell'adozione romana", en *filia Scritti per Gennaro Franciosi*, Vol. 1 (v. sez. III), Satura Editrice, 2007, Napoli, 145-165.
- DELL'ORO (1960) A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1960.
- DÉNOYEZ (1959) J. DÉNOYEZ, « *Les bona materna à la lumière du D. 5, 3* », en *Mélanges Lévy-Bruhl*, Sirey, Paris, 1959, 79 -84.
- DESSERTAUX (1909) F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio 2, 1*, Sirey, Paris, 1909.
- DILIBERTO (1988) O. DILIBERTO, "Il testamento del matricida", en *Studi economico-giuridico dell'Università Cagliari*, Università di Cagliari, Cagliari, 1988, 180 ss.
- DIXON (1988) S. DIXON, *The roman mother*, Croom Helm, London y Sidney, 1988.

- DOMÍNGUEZ ARRANZ (2009) A. DOMÍNGUEZ ARRANZ, “Maternidad y poder femenino en el Alto imperio: imagen pública de una primera dama”, en *Madres y maternidades: Construcciones culturales en la civilización clásica*, coord. CID LÓPEZ, KRK, Oviedo, 2009, 215-253.
- DOMÍNGUEZ TRISTÁN (2000) P. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “*Bonorum possessio dimidiae partis ab intestato ex edicto*: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto”, en *Estudios de Derecho romano en memoria de B. M<sup>a</sup> Reimundo Yanes. Tomo I*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2000, 165-181.
- DUMEZIL (1974) G. DUMEZIL, *La religión romaine archaïque*, 2eme. édition, Pavot, Paris, 1974.
- EISELE (1894) F. EISELE “*Zur querella inofficiosi testamenti*”, en *ZSS*. 15 (1894) 256-306.
- EISELE (1914) F. EISELE, “*Septemvitalia iudicia*”, en *ZSS*. 35 (1914) 329-322.
- EVANS GRUBBS (2002) J. EVANS GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire. A sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, Routledge, London/New York, 2002.
- FADDA (1900) C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Parte 1<sup>a</sup>, Lezioni dettate nella Università di Napoli: 1899-1902*, Luigi Pierro tip. Napoli, 1900.
- FALCON (2013) M. FALCON, “*Paricidas esto* alle origini della persecuzione dell'omicidio”, en *Sacertà e repressine criminale in Roma arcaica*, Jovene Editore, Napoli, 2013.
- FAYER (1994) C. FAYER, *La familia romana. Parte prima*, L'Erma' di Bretschneider, Rome, 1994.
- FEARS (1981) J. R. FEARS, “The cult of virtues and Roman Imperial Ideology”, en *ANRW*. II, 17, 2 (1981).
- FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO (2011) A. FERNÁNDEZ BARREIRO-J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*, 8<sup>a</sup> edición, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ BARREIRO (2004) A. FERNÁNDEZ BARREIRO, “*Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 16, Universidad Complutense, Madrid, 2004, 49-81.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN (1989) A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso”, en *SDHI*. 55 (1989) 98-122.
- FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2009) B. FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, *El ius adcrendi en la sucesión intestada romana*, Universidad de Alicante, 2009.

- FERNÁNDEZ VIZCAÍNO (2011) B. FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, "El *ius ad crescendi* en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano" en *Revista Internacional de Derecho Romano*, www.ridrom.uclm.es, Octubre, 2011, 518-591.
- FIORI (1996) R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-constituzionale di una sanzione giurico-religiosa*, Jovene Editore, Napoli, 1996.
- FIORI (1993-94) R. FIORI, "Materfamilias", en *BIDR.* 96-97 (1993-1994) 455 ss.
- FRANCIA SOMALO (1995) R. FRANCIA SOMALO, "Séneca y la posición estoica de la mujer", en VERDEJO SÁNCHEZ, M. D. (Coord.), *Comportamientos antagónicos de las mujeres en el mundo antiguo*, Málaga, 1995, 53-68.
- FRANCIOSI (1992) G. FRANCIOSI, *L'heres straneus a la dodici tavole*, en *Labeo* 10 (1964) 356.
- FRANCIOSI (2003) a G. FRANCIOSI, *Leges Regiae*, a cura di G. Franciosi, Jovene, Napoli, 2003.
- FRANCIOSI (2003) b G. FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2003.
- FUENTESECA (1993) FUENTESECA, *Bona materna*, en *Atti dell'Academia Romanistica Constantiniana, IX Convegno internazionale*, Perugia, 1993, 1483-1500.
- FUSTEL DE COULANGES (1984) R. D. FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, traducción al español de Yvars, Península, Barcelona, 1984.
- GAGLIARDI (2002) L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- GARCÍA GARRIDO (1958) M. J. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho Romano*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1958.
- GARDNER (2000) J. F. GARDNER, "Hadrian and the Social Legacy of Augustus", en *Labeo* 42 (2000) 83-100.
- GARDNER (2009) J. F. GARDNER, "Women: the position of women and equality in Ancient Rome", en S. KATZ (ed.) *The Oxford international Encyclopedia of Legal History*. Oxford University Press, Oxford, 2009, 117-120.
- GARRISON (1992) J. D. GARRISON, *Pietas from Vergil to Dryden*, THE Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 1992.
- GAUDEMET (1952) J. GAUDEMET, *Testamenta ingrata et pietas Augusti*, en *Studi Arangio-Ruiz* 3, Jovene, Napoli, 1952, 118 ss.
- GIRARD (1929) F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* 8ème éd., Paris, 1929.

- GIUFFRÈ (2006) V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, 4ª edición, Jovene Editore, Napoli, 2006.
- GLÜCK (1909) F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (traducción italiana) 37-38, V, Società Editrice Libraia, Milano, 1909.
- GLÜCK (1822) C. F. GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische Erörterung Der Lehre Von Der Intestaterbfolge: Nach Den Grundsätzen Des Ältern Und Neuern Römischen Rechts Als Beytrag Zur Erläuterung Der Pandecten*, Saraswati Press, 2012.
- GOUTELLE (1933) G. GOUTELLE, *De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatusconsulte Tertullien*, Les éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1933.
- GUARINO (1989) A. GUARINO, "Le XII tabulae e il caso di Malleollo", en *Labeo* 35, Università di Napoli, Napoli, 1989, 79 ss.
- GUARINO (1982) A. GUARINO (1982), *Lex Voconia*, en *Labeo* 28 (1982) 188 ss.
- GUERRERO LEBRÓN (2004) M. GUERRERO LEBRÓN, "La idea de *materfamilias* en el *edictum de ademptata pudicitia*", en R. LÓPEZ-ROSA y F. DEL PINO TOSCANO, *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 2004, 297-309.
- GUIZZI (2007) F. GUIZZI, "La *pax Augusta*", en *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, 244-254.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO (1982) F. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano*. Tercera edición, Reus, Madrid, 1982.
- GUTIÉRREZ-MASSON (1994) L. GUTIÉRREZ-MASSON, *Del consortium ercto non cito a la societas. El consortium ercto non cito*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.
- HERRMANN (1964) C. HERRMANN, "Le role judiciaire et politique des femmes sous la République romaine", en *Revue d'études Latines*, Bruxelles- Berchem, 1964.
- HIDALGO DE LA VEGA (2009) M. J. HIDALGO DE LA VEGA, "Maternidad y poder político: las princesas julio-claudias", en R. M. CID LÓPEZ (Coord.), *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica*, KRK Ediciones, Oviedo, 2009, 185-214.
- HOUT (1999) M.P.J. VAN DEN HOUT, *A commentary on teh Letters of M. Cornelius Fronto*, Leiden. 1999.
- IGLESIAS (2007) J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, 15ª edición, Ariel, Barcelona, 2007.

- JOBBÉ-DUVAL (1908) E. JOBBÉ-DUVAL, *Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficiosi testamenti*, Paris, 1908.
- JÖRS (1893) P. JÖRS, *Iuliae rogationes due studi sulla legislazione matrimoniale augustea : die ehehesetze des Augustus, über das verhältnis der lex iulia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea*, Jovene, Napoli, 1985.
- KASER (1938) a M. KASER, "Der Inhalt der *patria potestas*", en *ZSS*. 58 (1938) 62.
- KASER (1938) b M. KASER, "Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene", en *ZSS*. 58 (1938) 88 ss.
- KASER (1949) M. KASER, *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1949.
- KASER (1950) M. KASER, "Ehe und *conventio in manu*", en *Iura* (1950) 64 ss.
- KASER (1951) M. KASER, "Zum Edikstill", en *Festschrift Schulz II* Weimar, 1951.
- KASER (1956) M. KASER, "*Infamia* und *ignominia* in den römischen Rechtsquellen", en *ZSS*. 73 (1956) 220 ss.
- KASER (1961) M. KASER, "*In bonis esse*", en *ZSS*. 78 (1961) 173.
- KASER (1971) M. KASER, *Das römische privatrecht I*, Zweite Auflage, Verlag. C. H. Beck, München, 1971.
- KASER (1975) M. KASER, *Das römische privatrecht II*, Zweite Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1971.
- KASER- HACKL (1996) M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Zweite Auflage, C. H. Beck, München, 1996.
- KELLY (1957) J. M. KELLY, *Princeps iudex. Eine untersuchung zur Entwicklung und zu den Grundlagen der kaiserlichen Gerichtbarkeit*, Weimar, 1957.
- KRÜGER (1898) H. KRÜGER, "Die *humanitas* und die *pietas* nach den Quellen des römischen Rechtes", en *ZSS*. 19 (1898) 6 ss.
- KRÜGER (1931) H. KRÜGER, "*Captivus redemptus*", en *ZSS*. 51 (1931) 203 ss.
- KRÜGER (1940) H. KRÜGER, "Nachträge zur "*querella inofficiosi testamenti*", en *BIDR*. 47 (1940).
- KRÜGER (1940) H. KRÜGER, "Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft und der *bonorum possessio* durch das Hauskind, den *pupillus* und den *furiosus*", en *ZSS*. 64, (1944) 394.
- KÜBLER (1909) B. KÜBLER, "Über das *ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten", en *ZSS*. 30 (1909) 154 ss.

- KÜBLER (1910) B. KÜBLER, Über *das Ius liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mütter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten* (Fortsetzung und Schluß), en *ZSS.* 31 (1910) 176 y ss.
- KUNKEL (1930) W. KUNKEL, “*Materfamilias*”, en *PWRE.* 14, 2, 1930, col. 2183 ss.
- LA PIRA (1930) G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi, Firenze, 1930.
- LACOMBE (1889) P. LACOMBE, *La famille dans le société romaine. Etude de moralité comparée*, Lecrosnier et Babé, Paris, 1889.
- LAMBERTI (1996) F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell’esperienza giuridica romana*. Jovene Editore, Napoli, 1996.
- LAMBERTI (2001) F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell’esperienza giuridica romana. Vol. II. Profili del regime classico*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.
- LAMBERTINI (2007) R. LAMBERTINI, “Legge delle XII Tavole e cosiddetta *successio ordinum*”, en *Studi per G. Nicosia IV*, Milano, 2007, 295 ss.
- LAMBERTINI (2003) R. LAMBERTINI, “Giustiniano e l’ antica esclusione dalla *hereditas legitima* delle adgnate oltre il grado di consanguinei”, en *BIDR.* 100 (2003) 67-480.
- LAVAGGI (1946) a G. LAVAGGI, “*La sucesione della liberta e il Sc. Orfiziano*”, en *SDHI.* 12 (1946) 175 ss.
- LAVAGGI (1946) b G. LAVAGGI, “*La bonorum possessio intestati liberti*”, en *Studi Cagliari* (1946) 157 ss.
- LAVAGGI (1954) G. LAVAGGI, “Modifiche legislative postclassiche al *Senatoconsulto Tertulliano*”, en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Jovene Editore, Napoli, 1954, 749 ss.
- LAVAGGI (1953) G. LAVAGGI, “Ancora in tema di *bonorum possessio intestati liberti*”, en *Studi Albertario II*, Milano, 1953.
- LÁZARO GUILLAMÓN (2009) C. LÁZARO GUILLAMÓN, “Aproximación al régimen jurídico de los bienes parafernales -*extra dotem*- en el *ius commune*”, en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com 12 (2009) 1-13.
- LELLA di (1972) L. DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti*. Contributo allo studio della successione necessaria, Jovene Editore, Napoli, 1972.
- LENEL (1927) O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, 2ª ed., Tauchnitz edition, Leipzig, 1927.
- LENEL (2000) a O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Ex. officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889, Volumen I, reimpressione Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000.

- LENEL (2000) O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Ex. officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889, Volumen II, reimpresión Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000.
- LEÓN ALONSO (1989) P. LEÓN ALONSO, *Séneca el Viejo. Vida y obra*, Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1989.
- LEPRI (1942) M. F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del aptrimonio in Diritto Romano*, Firenze, 1942.
- LEPRI (1949) M. F. LEPRI, "Ancora qualche parola a proposito de sui e adgnati", en *Studi Solazzi*, Napoli (1949) 299-317.
- LEVY (1961) E. LEVY, "Libertas und Civitas", en *ZSS*. 78 (1961) 142.
- LONG (1987) A. A. LONG, *La filosofía helenística. Estoicos, epicúreos, escépticos*, versión española de P. Jordán de Urries de la edición de 1975, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-  
LOMAS SALMONTE (2004) P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA- F. J. LOMAS SALMONTE, *Historia de Roma*, Akal, Madrid, 2004.
- LÓPEZ HUGUET (2006) M. L. LÓPEZ HUGUET, "Consideraciones generales sobre los conceptos de *patria potestas, filius, pater y materfamilias*. Una aproximación al estudio de la familia romana, en *Revista General Derecho Romano*, www.iustel.com, 4 (2006) 1- 29.
- LÓPEZ HUGUET (2009) M. L. LÓPEZ HUGUET, "La posición socio-jurídica de la *uxor* a través de un estudio evolutivo del matrimonio con especial referencia a sus consecuencias domiciliarias", en *Revista General Derecho Romano*, www.iustel.com, 13 (2009) 1- 33.
- LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ  
(2000) C. LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, "La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas", en *Estudios de Derecho romano en memoria de B. M<sup>a</sup> Reimundo Yanes*. Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2000, 533-568.
- LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ  
(2015) C. LÓPEZ RENDO, "De la *vicissima al impuesto de sucesiones español*", en *Revista internacional de Derecho Romano*, www.ridrom.uclm.es, Abril (2015) 188-270.
- LÓPEZ ROSA (1977) R. LÓPEZ ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, Cuadernos del Colegio Universitario de Jerez, Jerez de la Frontera, 1977.
- LORETI-LORINI (1925) B. LORETI-LORINI, "La condicione del liberto orcino nella compilazine giustiniana", en *BIDR*. 34 (1925) 29 ss.
- LORETI-LORINI (1930) B. LORETI-LORINI, "Il potere legislativo del Senato romano", en *Studi Bonfanti IV*, Milano, 1930, 379 ss.



- MAINE (1861) H. MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, John Murray, London, 1861.
- MANFREDINI (2003) A. D. MANFREDINI, "Il matrimonio degli anziani e la legge Giulia e Papia", en *BIDR.* 100 (1997, publicado 2003) 233-288.
- MANGAS (2000) J. MANGAS, "Mujer y religión en Hispania", en G. DUBY y M. PERROT, *Historia de las mujeres. 1. La Antigüedad*, Taurusminor, Madrid, 2000, 599-613.
- MARINI de (1957) F. DE MARINI, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Giuffrè. Milano, 1957.
- MARQUARDT (1879) J. MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer*, S. Hirzel, Leipzig, 1879.
- MARRONE (1955) M. MARRONE, *Sulla nature della querella inofficiosi testamenti*, en *SDHI.* 21 (1955) 74-122.
- MARRONE (1959) M. MARRONE, *Di nuovo in materia di querella inofficiosi testamenti*, in *AUPA.* 27 (1959) 165-179.
- MARTIN (1982) J. P. MARTIN, *Providentia deorum. Recherches sur certains aspects religieux du pouvoir impérial romain*, École Française, Rome, 1982.
- MARTINO de (1972) F. De MARTINO, *Storia della costituzione romana vol. I*, 2ª edizione, Napoli, 1972.
- MARTINO de (1973) a F. De MARTINO, *Storia della costituzione romana vol. II*, 2ª edizione, Napoli, 1973.
- MARTINO de (1973) b F. De MARTINO, *Storia della costituzione romana vol. III*, 2ª edizione, Napoli, 1974.
- MARTINO de (1974) F. De MARTINO, *Storia della costituzione romana vol. IV, parte prima*, Napoli, 1974.
- MASCHIN (1978) N. A. MASCHIN, *El principado de Augusto*, Akal, Madrid, 1978.
- MASI DORIA (1993) C. MASI DORIA, *Civitas Operae Obsequium. Tre studi sulla consizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993.
- MASI DORIA (1996) C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridiche realtà sociali*, Napoli, 1996.
- MASIELLO (1979) T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Jovene, Napoli, 1979.
- MATTIANGELI (2012) D. MATTIANGELI, "Il ruolo e i privilegi delle vestali tra diritto, società, política e religione. Un esempio único all 'interno dell' ordinamento giuridico romano", en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 19 (2012) 1-28.
- MEINHART (1965) M. MEINHART, « D. 50, 16, 231 : ein beitrag zur lehre vom intestaterbrecht des ungeborenes kindes », en *ZSS.* 82 (1966) 188 ss.

- MEINHART (1965) M. MEINHART, D. 38, 17, 1, 6, « Ein zeugnis für *humana interpretatio*», en *TR.* 33 (1965) 230 ss.
- MEINHART (1966) M. MEINHART, “Die Datierung des *SC Tertullianum* mit einem Beitrag zur Gaiusforschung”, en *ZSS.* 83 (1966) 100 ss.
- MEINHART (1967) M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlau Nachf, Grätz-Wien-Koln, 1967.
- MELILLO (2007) G. MELILLO, “*Jurisprudencia y limitaciones a la legitimación sucesoria de las mujeres*”, en *Studi per Giovanni Nicosia.* Vol. V, Giuffrè, Milano, 2007, 285-325.
- MENTXAKA (2004) R. MENTXAKA (2004), *Nota jurídica mínima en torno a la llamada Laudatio Turiae*, en R. LÓPEZ-ROSA y F. DEL PINO TOSCANO, *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva, 2004, 439-443.
- MENTXAKA (2007-2008) R. MENTXAKA, “Los problemas jurídicos de una mujer cristiana en Roma hacia la mitad del siglo II (Just., Ap. 2,2,1-8)”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, nº 20-21 (2007-2008) 179-206.
- MENTXAKA (2010) R. MENTXAKA “El suicidio de los militares en época de Adriano”, en *Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law*, 38 (2010) 113-154.
- MENTXAKA (2013) R. MENTXAKA, “Pena de muerte y mujer embarazada: notas sobre un binomio de larga tradición histórica”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, 11 (2013) 1-60.
- MENTXAKA (2014) R. MENTXAKA, *El edicto de Decio y su aplicación en Cartago con base en la correspondencia de Cipriano*, Andavira, Santiago de Compostela, 2014.
- MERCOGLIANO (2011) F. MERCOGLIANO, “La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione”, en [www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com).
- MOLAS FONT (2009) M. D. MOLAS FONT, “La maternidad usurpada en las leyendas sobre el origen de Roma”, en R. M. CID LÓPEZ (Coord.), *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica*, KRK Ediciones, Oviedo, 2009, 131-155.
- MOMMSEN (1969) TH. MOMMSEN, *Das römisches Staatsrecht*, Akademische Druck, Graz, 1969 (1817-1903).
- MOMMSEN (1955) TH. MOMMSEN, *Römisches strafrecht*, Akademische Druck, Graz, 1955 (1899).
- MONACO (2000) L. MONACO (2000), *Hereditas et mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Jovene Editore, Napoli, 2000.

- MONACO (2013) L. MONACO, "*Le donne rispettabili in Plauto: Sponsae e matronae*", en M. J. BRAVO BOSCH- R. RODRÍGUEZ LOPEZ (coordinadoras), *Mulier, algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2013, 81-108.
- MORIAUD (1975) P. MORIAUD, *Della simple familie paternelle en droit roman*, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1975.
- MOSCATELLI (1888) A. MOSCATELLI, "I *Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano*", en *Archivo Giuridico XL* (1888) 193-240.
- MURGA GENER (1968) J. L. MURGA GENER, *Donaciones y testamentos "in bonum animae" en el Derecho Romano tardío*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.
- MURGA GENER (1989) J. L. MURGA GENER, *Derecho romano clásico II. El proceso*, 3ª edición, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989.
- MURGA GENER (2004) J. L. MURGA GENER, "Un original concepto de *officium* en Séneca (Epist. 102,6)", en *Annaeus: anales de la tradición romanística*, 1 (2004) 405-431.
- MURPHY (1983) J. J. MURPHY, *Sinopsis histórica de la retórica clásica*, Gredos, Madrid, 1988.
- NARDI (1937) F. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Giuffrè, Milano, 1937.
- NASTI (2007) C. NASTI, "Matrimonio desigual *clarissimae feminae* s. II/ III", en *Fides Humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*. vol. VI, Napoli, 2007, 3739-3763.
- NIEDERMEYER (1892) Th. NIEDERMEYER, "*Fiducia cum amico und depositum*", en *ZSS*. 12 (1892) 297 ss.
- NIEDERMEYER (1930) Th. NIEDERMEYER, "Studien zum *Edictum Carbonianum*", en *ZSS*. 50 (1930) 78 ss.
- NOCERA (2002) G. NOCERA, "Il binomio *ius publicum-privatum* secondo l'esegesi di Max Kaser", en *SDHI*. 48 (2002) Napoli, 139 ss.
- NÚÑEZ PAZ (1988) a M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988.
- NÚÑEZ PAZ (1988) b M. I. NÚÑEZ PAZ, "Algunas consideraciones en torno al *repudium* y *divortium*", en *BIDR*. 30 (1988) 713-724.

- NÚÑEZ PAZ (2009) M. I. NÚÑEZ PAZ, "Progresivo y limitado reconocimiento de la figura materna en el Derecho romano. De la cesión del vientre al ejercicio de la tutela", en R. M. CID LÓPEZ (Coord.), *Madres y maternidades. Construcciones culturales en la civilización clásica*, KRK Ediciones, 2009, Oviedo, 284-285.
- O' BRIEN MOORE (1935) O' BRIEN MOORE, s. v. *Senatus*, en PWRE. Suppl. VI, Stuttgart, 1935, cols. 660.
- ORTUÑO PÉREZ (2013) M. E. ORTUÑO PÉREZ, "Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la *lex Voconia*", en R. RODRÍGUEZ LÓPEZ – M. J. BRAVO BOSCH, *Algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, 451-465.
- OTTAVIO di (2012) D. di OTTAVIO, *Ricerche in tema di "querella inofficiosi testamenti". Le origini*, Jovene Editore, Napoli, 2012.
- PARICIO (1999) J. PARICIO, "¿Tres modos de aceptación de la herencia?", en *Labeo: rassegna di diritto romano*, Vol. 45, Nº 2 (1999) 244-253.
- PARICIO-  
FERNÁNDEZ BARREIRO  
(2011) J. PARICIO-A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Marcial Pons, 2011.
- PARICIO-  
FERNÁNDEZ BARREIRO  
(2014) J. PARICIO-A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, 10<sup>a</sup> edición, Madrid, 2014.
- PEPPE (1984) *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Giuffrè, Milano (1984).
- PEPPE (1997) L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti Sul diritto matrimoniale arcaico*, en *SDHI*. 63 (1997) 123 ss.
- PERIÑÁN (2000) B. PERIÑÁN, *Antecedentes y consecuencias del senadoconsulto Macedoniano*, Tirant Monografías, Valencia, 2000.
- PERIÑÁN (2008) B. PERIÑÁN, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho Romano: absentia y postliminum*, Comares, Granada, 2008.
- POHLENZ (1982) M. POHLENZ, *La stoa. Storia di un movimento spirituale*, Firenze, 1982.

- POLO ARÉVALO (2012) E. POLO ARÉVALO, "El vínculo de parentesco como fundamento de incapacidades y prohibiciones para contraer matrimonio", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, www.ridrom.com, Abril (2012) 228-273.
- QUADRATO (1969) R. QUADRATO, "I senatusconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", recensión a M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlau Nachf, Grätz-Wien-Koln, 1967, en *Labeo* 15 (1969) 362-377.
- QUADRATO (1991-92) R. QUADRATO, "*Homines appellatio* e gerarchia dei sessi", en *BIDR.* (1991-92) 309-348.
- QUADRATO (2010) R. QUADRATO, "*Maris atque feminae coniunctio*: matrimonio e unioni di fatto", en *Index* 38 (2010) 223-252.
- QUERZOLI (2000) S. QUERZOLI, *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Loffredo Editore, Napoli, 2000.
- RABELLO (1979) A. RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, Dott. Giuffrè, Milano, 1979.
- RATTI (1927) U. RATTI, "Studi sulla *captivitas*. II. Patria potestà - Tutela - Matrimonio", en *BIDR.* 35 (1927) 105-167.
- RENIER (1942) J. RENIER, *Etude sur l'histoire de la querella inofficiosi testamenti en droit Roman*, Liège, 1942.
- RIBAS ALBA (1994) J. M. RIBAS ALBA, "La *transmissio* de la delación en Derecho Romano clásico", en *BIDR.* (1994) 289-307.
- RIBAS ALBA (1998) J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. Querella inofficiosi testamenti fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998.
- RIBAS ALBA (2002) J. M. RIBAS ABA, recensión de *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana. Vol. I Profili del regime classico (Collana della Fac. di Giur. Dell'Univ. di Lecce. 9*, Milano, 2001., F. LAMBERTI, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 14 (2002) 250 ss.
- RIBAS ALBA (2009) J. M. RIBAS ALBA, *Democracia en Roma. Introducción al Derecho Electoral. Romano* 2ª edición, Comares, Granada, 2009.
- RIBAS ALBA (2012) J. M. RIBAS ALBA, *Persona: desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2ª edición, Comares, Granada, 2012.

- RIBAS ALBA  
(2013) J. M. RIBAS ALBA, " *Testamenti factio: incertum Consilium, incerta persona*", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 26 (2013) 369-383.
- RIBAS ALBA  
(2015) J. M. RIBAS ALBA, *Génesis del derecho en Roma*, Tecnos, 2015.
- RIBAS ALBA  
SERRANO VICENTE  
(2012) J. M. RIBAS ALBA- M. SERRANO-VICENTE, *El derecho en Roma*, 2ª edición, Comares, Granada, 2012.
- RICOBBONO  
(1949) S. RICOBBONO, *La definizione del ius al tempo di Adriano*, Tip. M. Montaina, Palermo, 1949.
- ROBBE (1953) U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Giuffrè, Milano, 1953.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ  
(2013) R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, "La mujer en el mundo laboral de la Roma antigua", en R. RODRÍGUEZ LÓPEZ – M.J. BRAVO BOSCH, *Algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, 241-262.
- RODRÍGUEZ MONTERO  
(2013) R. P. RODRÍGUEZ. MONTERO *Hilvanando atributos femeninos en la antigua Roma. Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2013, 205-218.
- RODRÍGUEZ. MONTERO  
(2005) R. P. RODRÍGUEZ MONTERO, "Nietos y abuelos en Derecho romano. Argumentos para su estudio a través de los textos del Digesto y las Instituciones de Gayo", en *Actas del XI Congreso de la Sociedad Española de Estudios Clásicos, vol. I*, (ed. por ALVAR EZQUERRA y GONZÁLEZ CASTRO), Madrid, 2005, 667-677.
- ROMANO (1996) S. ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Napoli, 1996.
- ROSET (2002) J. ROSET, "Uxor loco et in animi destinatione", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 14 (2002) 101-130.

- ROTONDI (1990) G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim, 1990.
- RUIZ PINO (2011) S. RUIZ PINO, “Algunas notas procedimentales en torno a la adopción romana”, en *Revista General Derecho Romano*, www.iustel.com, 17 (2011) 1-23.
- SAIZ LÓPEZ (2011) V. SAIZ LÓPEZ, “La relación materno-filial. Por consanguinidad y su naturaleza jurídica, del derecho romano a la tradición romanística medieval”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, www.ridrom.uclm.es, 11 (2011) 319-366.
- SALAZAR REVUELTA (2013) M. SALAZAR REVUELTA (2013), “Posición jurídica y papel social de la *materfamilias* a través del análisis de las diferentes acepciones del término en las fuentes romanas”, en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 20 (2013) 1-30.
- SALLER (1988) R. P. SALLER, *Pietas, obligation and authority in the Roman family*, en *Alte Geschichte und Wissenschaftsgeschichte. Festschrift für K. Christ zum 65. Geburstag*, P. Kneissl and V. Losemann, Darmstadt, 1988.
- SAMPER (1971) F. SAMPER, “*De bonis libertorum*, sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto”, en *AHDE*. 41 (1971) 149 ss.
- SAMPER (1972) F. SAMPER, *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo derecho romano occidental*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972.
- SANFILIPPO (1951) C. SANFILIPPO, “Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano”, en *Festschrift Schulz I, H. Böhlhaus Nachfolger*, Weimar, 1951, 367 ss.
- SANTALUCIA (1998) B. SANTALUCIA, *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- SANTI (2004) C. SANTI, *Alle radici del sacro*, Bulzoni Editore, Roma, 2004.
- SANZ MARTIN (2009) L. SANZ MARTIN, “Fundamentos doctrinales en torno a la *tutela Mulierum*. Naturaleza y esencia de la *tutela mulierum*”, en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 12 (2009) 1- 26.
- SANZ MARTIN (2009) L. SANZ MARTIN, *La tutela en el Derecho Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2009.
- SANZ MARTIN (2010) L. SANZ MARTIN, “Estudio y comentario de las diferentes clases de *tutela mulierum* a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del *tutor mulierum*”, en *Revista General del Derecho Romano*, www.iustel.com, 15 (2010) 1-42.

- SAVIGNY von (2005) F. S. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1849, traducción española por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Comares, Granada, 2005 (1897).
- SCHEID (2000) J. SCHEID, "Extranjeras indispensables: las funciones religiosas de las mujeres en Roma", en G. DUBY y M. PERROT, *Historia de las mujeres. 1. La Antigüedad*, Taurusminor, Madrid, 2000, 421-459.
- SCHIRMER (1863) Th. SCHIRMER, *Handbuch des römischen Erbrechts 1. Teil Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthalten*, Leipzig, 1863.
- SCHULZ (1922) F. SCHULZ, "Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht", en *ZSS.* 43 (1922) 246 ss.
- SCHULZ (1942) F. SCHULZ, "Roman registers of birth and birth certificates", en *JRS.* (1942 ) 78-91.
- SCHULZ (1951) F. SCHULZ, *Classical roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1951.
- SCHULZ (1961) F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961.
- SENÉS RODRÍGUEZ (1995) G. SENÉS RODRÍGUEZ, "La matrona romana: consideraciones sobre la situación de la mujer en Roma", en VERDEJO SÁNCHEZ, M. D. (Coord.), *Comportamientos antagónicos de las mujeres en el mundo antiguo*, Málaga, 1995, 69-87.
- SERRANO VICENTE (2006) M. SERRANO VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho Romano*, Editorial Tébar Sevilla, 2006.
- SERRAO (1987) F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, 1, Jovene, Napoli, 1987.
- SERRAO (1988) F. SERRAO, *Individuo, famiglia e società nell'epoca decemvirale*, Giuffrè, Milano, 1988.
- SIRAGO (1974) V. SIRAGO, *Involuzione politica spirituale nell'impero del II sec.*, Liguori, Napoli, 1974.
- SOLAZZI (1918) a S. SOLAZZI, "Ius liberorum e alfabetismo", en *RIL.* 51 (1918) 586 ss.
- SOLAZZI (1918) b S. SOLAZZI, "Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee: memoria letta all'Accademia di scienze morali e politiche della Società Reale di Napoli, Napoli, 6-98.



- SOLAZZI (1927) S. SOLAZZI, "La dispensa del tutore dopo Marco Aurelio", en *BIDR.* 35 (1927) 55-60.
- SOLAZZI (1933) a S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano I*, Napoli, 1933.
- SOLAZZI (1933) b S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano II*, Napoli, 1933.
- SOLAZZI (1939) S. SOLAZZI, "Glossemi nelle fonti giuridiche romane: prostitute en donne di teatro", en *BIDR.* 46 (1939) 49-67.
- SOLAZZI (1960) S. SOLAZZI, "Infirmis aetatis e infirmis sexus", en *Scritti di diritto romano 3*, Jovene Editore, Napoli, 1960, 357-367.
- SOLAZZI (1972) S. SOLAZZI, "Adgnati", en *Scritti di diritto romano 5*, Jovene Editore, Napoli, 1972, 261 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA  
(2010) T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniales augustea*, 3ª edición, Jovene Editore, Napoli, 2010.
- STEINWATER (1925) A. STEINWATER, *Lex Voconia*, en *Paulys Real-Encyclopädie Der Classischen Altertumswissenschaft*, XII, 2 (Stuttgart, 1925) 2418-2430.
- STEINWATER (1897) A. STEINWATER voz: "Ius Liberatorum", en *PWRE* X, 2 (Stuttgart, 1897) 1282.
- TELLO LÁZARO (2004) J. C. TELLO LÁZARO, "La concesión discrecional del *ius trium liberorum* por el príncipe y su reflejo en Marcial", en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual* coord. por Ramón López Rosa, Felipe del Pino Toscano, Huelva, 2004, 769-777.
- TERRANOVA (2010) F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010.
- THOMAS (1990) Y. THOMAS, "La división de los sexos en Derecho romano", en G. DUBY y M. PERROT, *Historia de las mujeres. 1. La Antigüedad*, Taurusminor, Madrid, 2000, 136-205.
- TORRENT (2005) A. TORRENT, s.v. *pietas*, en *Diccionario de Derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2005, 903.
- TRAINA (1988) A. TRAINA, s. v. *pietas*, en *Enciclopedia virgiliana IV (Pe-S)*, Istituto della enciclopedia italiana, Roma, 1988.
- TURCHI (1939) N. TURCHI, *Il culto privato di Roma antica*, Licino Cappelli Editore, Bologna, 1939.

- TURIEL DE CASTRO  
(1998) G. TURIEL DE CASTERO, "La sucesión intestada en Derecho Romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano del Derecho Romano*, Orense, 1998, 75 ss.
- VACCARO DELOGU  
(1941) R. VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, A. Giuffrè, Milano, 1941.
- VALMAÑA OCHAÍTA  
(2013) A. VALMAÑA OCHAÍTA, "La mujer romana en las relaciones de pareja", en M. J. BRAVO BOSCH- R. RODRÍGUEZ LOPEZ (coordinadoras), *Mulier, algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2013, 135-156.
- VARELA (1978) E. VARELA, "La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Universidad Complutense, Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez", Salamanca, 1978, 535-560.
- VARELA (2006) E. VARELA, "Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos", en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 4 (2005) 1-24.
- VERDEJO SÁNCHEZ  
(1992) M. D. VERDEJO SÁNCHEZ, "La condición de la mujer a través de textos latinos", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 1992.
- VERDEJO SÁNCHEZ  
(1995) M. D. VERDEJO SÁNCHEZ, *Comportamientos antagónicos de las mujeres en el mundo antiguo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 1995.
- VIPARELLI (2007) V. VIPARELLI, "Donne avvocate a Roma, Valerio Maximo 8, 3", en *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 5843 ss.
- VOCI (1953) P. VOCI, "Diritto sacro romano in età arcaica", en SDHI. 19 (1953) 38 ss.
- VOCI (1963) P. VOCI, *Diritto ereditario romano II, Parte speciale*, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963.
- VOCI (1967) P. VOCI, *Diritto ereditario romano I. Introduzione, Parte generale*, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967.

- VOCI (1968) P. VOCI, “I senatusconsulti *Tertulliano e Orfiziano*”, recensión a M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlau Nachf, Gráz-Wien-Koln, 1967, en *SDHI*. 34 (1968) 397- 404.
- VOCI (1980) P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, en *IURA* 31 (1980) 37-100.
- VOCI (1985) P. VOCI, “Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi”, en *Studi di diritto romano* 2, Padova, 1985.
- VOCI (2007) P. VOCI, *Ultimi studi di diritto romano*, Jovene Editore, Napoli, 2007.
- VOGEL (1951) K. H. VOGEL, “Über die bedingte Erbeinsetzung von *sui heredes* nach ius civile”, in *ZSS*. 68 (1951) 490 ss.
- VOLTERRA (1966) E. VOLTERRA, “Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.”, en *Atti dell’XI Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano (1966) 553 ss.
- VOLTERRA (1969) E. VOLTERRA, *Senatus Consulta en Novissimo Digesto Italiano XVI*, Unione Tipografico, Torino, 1969, 1047 ss.
- VOLTERRA (1991-92) a E. VOLTERRA, *La conception du mariage d’après les juristes romains*, *Scritti Giuridici II*, Napoli–Paris, 1991-1992, 3 ss.
- VOLTERRA (1991-92) b E. VOLTERRA, *Sulla capacita delle donne a far testamento*, en *Scritti Giuridici II*, Napoli–Paris, 1991-1992, 69 ss.
- VOLTERRA (1991-92) c E. VOLTERRA, *Ancora sulla “manus” e sul matrimonio*, en *Scritti Giuridici II*, Napoli–Paris, 1991-1992, 83 ss.
- VOLTERRA (1991-92) d E. VOLTERRA, “Il preteso tribunale domestico in diritto romano”, en *Scritti giuridici II. Familia e Successioni*, Napoli- Paris, 1991- 1992, 130 ss.
- VOLTERRA (1991-92) e E. VOLTERRA, “Nuove osservazioni sulla *conventio in manum*”, en *Scritti Giuridici II*, Napoli- Paris, 1991-1992, 199 ss.

- VOLTERRA (1991-92) f E. VOLTERRA, *La "conventio in manum" e il matrimonio romano*, en *Scritti Giuridici III*, 1991- 1992, 155 ss.
- VON WOESS (1910) F. VON WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, C.H. Beck, München, 1910.
- WAGENVOORT (1980) H. WAGENVOORT, *Pietas. Selected Studies in Roman Religion*, E. J. Brill, Leiden, 1980.
- WATSON (1972) P.WATSON, *Roman Law and the leges regiae*, en *JRS*. 62 (1972) 100 ss.
- WEISS (1948) E. WEISS, "*Professio und testatio nach lex Aelia Sentia und der lex Papia et Poppaea*", en *BIDR*. 51-52 (1948) 317 ss.
- WISSOWA (1971) G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, Unveränderter Nachdruck 1971 der Zweiten Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1971.
- WLASSAK (1888) M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, Duncker und Humboldt, Leipzig, 1888.
- WOLFF (1955) H. J. WOLFF, "*Zur Geschichte der Parapherna*", en *ZSS*. 72 (1955) 335-347 ss.
- YARON (1957) R. YARON, "Two notes on intestate succession (1. Succession by agnates; 2. Mother versus sisters under the *Sc. Tertullianum*)", en *TJ*. 25 (1957) 385 ss.
- ZABLOCKA (1988) M. ZABLOCKA, "*Il ius trium liberorum nel diritto romano*", en *BIDR*, *LXC*. (1988) 361 ss.
- ZABLOCKI (1991-92) J. ZABLOCKI, "Appunti sul' *testamentum mulieris* in età arcaica", en *BIDR*. 3, 33-34 (1991-92) 157- 169.
- ZANNINNI (1967) P. ZANNINNI, "*Gaio antifeminista*", en *AAVV. Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1967, 293-367.
- ZANNINI (1979) P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum 2. Profili strutturali e vicende storiche dell'instituto* Giappichelli, Torino, 1979.