

marido, antes de casarse, haga que se les dé curador, y se les dé cuenta con pago de sus bienes. También tiene tácita hipoteca el marido, por la dote que le es prometida con la mujer, en los bienes del que la promete, desde que hace la promesa, y la misma tiene la mujer por su dote en los bienes del marido desde que la recibe, *L. 23. tit. 13. Part. 5.*; y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella, *L. 17. tit. 11. Part. 4.* Del mismo modo tiene tácita hipoteca la mujer en los bienes del marido por los arras y donación *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la mujer muriesen, y el que de los dos quedase vivo, se vuelve á casar, sus bienes quedan obligados tácitamente desde entónces á los hijos del primer matrimonio, por los bienes que conforme á Derecho debe conservarles, *L. 26. tit. 13. Part. 5.* El legatario, por el legado ó manda que se le han dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asimismo la tiene el que da alguna cantidad para facción, armazón ó refacción de nave, casa ú otro edificio, invirtiéndose en esto, y constandingo de ello. Finalmente tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa, ó daño hecho en ella, sobre los bienes del alquilador, *L. 5. tit. 8. Part. 5.*

## APÉNDICE

SACADO

DE LAS ANTIGÜEDADAS ROMANAS

DE HEINECCIO,

EN QUE SE ESPLIKAN ESTENSAMENTE LOS TRECE TÍTULOS PRIMEROS DEL LIBRO TERCERO, DE LOS QUE SOLO SE HA HADO UNA IDEA MUY EN GLOBO EN LAS PÁGS. 78 Y 79.

### TÍTULO PRIMERO.

DE LAS HERENCIAS ABINTESTATO.

Cuán libre y amplia fuese entre los romanos la facultad de disponer de sus bienes, bastante se deja entender por lo que hasta aquí llevamos dicho. Mas en el caso de que alguno no hubiese usado de este arbitrio, se devolvian los bienes á los próximos parientes; y á estas herencias se daba el nombre de *legítimas* *L. 1. 2. 3. ff. De petit. hæredit. L. 1. §. 8. ff. ad. SC. tertull.*, y también el de *herencias de intestados*, *Auct. Collat. leg. mos. et rom. XVI.* Pero como este orden antiguo de suceder fué mudado enteramente por leyes posteriores, y con especialidad por la Novela CXVIII, nos parece propio de esta obra esponer sobre tal punto las antigüedades romanas con toda la exactitud á que alcanzemos.

I. Los antiguos romanos en la sucesion de los intestados, no trataban de que fuesen herederos los que parecia

que debian merecer al difunto mayor afecto que los demás, (principio que despues siguió Justiniano) sino de que los bienes permaneciesen en la familia, y no pasasen á otras. Así es que no llamaban á la herencia de los intestados, sino á los que eran de un mismo tronco y familia, Binkershoeck, *Obs. II. 4.* Por eso de estas herencias se decia que *volvian*, Terent. *Andr. XI. 5. v. 4: á su muerte volvieron á mí los bienes por la lei.* Á propósito de estas palabras se espresa así Donato: *este espuso el Derecho diciendo que volvieron, porque vuelven á la familia, si no hai heredero próximo ó por testamento.* Con preferencia á todos la herencia de los intestados se deferia á los herederos suyos por la leyes de las XII Tablas (1), en las cuales estaba escrito: *si muere intestado alguno que no tenga heredero suyo, el próximo agnado tenga la familia*, Paul. *L. 9. §. 2. ff. De liber. et posthum.*, Ulpian. *Fragm. XXVI. 4.* Jac. Gothofr. *Leg. XII. Tab. Tab. V. 2.* Luego en las XII Tablas no habia un capítulo particular acerca de la sucesion de los suyos, ni propiamente podia decirse que eran llamados por la lei á la sucesion, por cuanto ya por sí *é ipso jure* eran herederos, y el derecho de herederos suyos los hacia en cierto modo dueños, aún en vida del padre, §. 2. *Inst. De hæred. qualit. et differ. L. II. ff. de lib. et posthum*; de suerte que la sucesion de ellos no tanto debe considerarse como herencia, cuanto como continuacion de dominio, Cujac. *Obs. XXV. 44*, Jac. Gothofr. *Leg. XII. Tab. Tab. V.*, Ant. Fab. *De error. pragmat. Dec. III. err. I.* (2).

(1) Y aún antes, en tiempo de los reyes, los herederos suyos eran los primeros en suceder abintestato, segun Eschultingio, *Ad Ulpian. Fragn. p. 663*, que en este punto se separa de Galbano *De usufruct. VIII. 13. y sig.*, quien prefiere derivar esta lei de lo instituido por Solon.

(2) Aquí viene bien aquel pasaje de Plauto *Trinum. II. 2.*, donde

II. Se llamaban herederos *suyos* los que estaban constituidos bajo la potestad del difunto, y obtenian el lugar próximo en esta potestad: tales eran los hijos y las hijas. En este punto los decenviros no habian seguido el derecho ateniense, el cual en primer lugar admitia á los hijos, y despues de ellos á las hijas á la herencia paterna, Iseo, *Orat. IX.*, porque en Roma desde un principio fueron herederos suyos con igual derecho los hijos y las hijas, Perizon. *De leg. vocon. pág. 133.* Tambien eran herederos suyos los nietos y nietas nacidos de hijos varones que el abuelo tenia en su poder, con tal que no hubiesen de recaer en la potestad del padre, *Cai. Inst. II. 3. 6*, Paul. *Recep. sent. IV. 3. 4. sig.*, Ulpian. *Fragm. XXII. 14*; y no era esencial que estos hijos fueran naturales ó adoptivos. Aún la mujer que estaba en la potestad del marido, y la nuera que estaba en la del hijo que uno tenia en su poder, se contaba entre los herederos suyos, segun Ulpiano. *Fragm. XXII. 14*, Cayo *apud Auctorem Collat. leg. mosaic. et roman. tit. XVI. 2*, Gell. *Noct. att. XVIII. 6*, Dionys. *Halic. II. pág. 95.* En los tiempos posteriores gozaron del mismo derecho los hijos, ya fuesen legitimados por subsiguiente matrimonio, ya por oblacion á la curia, ya por rescripto del príncipe, con tal que estos últimos hubiesen sido legitimados con el fin de suceder, §. 2. *Inst. h. t.* (1)

III. Y tambien los nacidos despues de la muerte del padre, ó los que vuelven del poder de los enemigos, ó los manumitidos de primera ó segunda emancipacion, ó aquellos

Lisitéles, preguntado si queria socorrer con lo suyo á un amigo, le responde:

..... De meo:

*Nam quod tuum est, meum est; omne meum est autem tuum.*

(1) Véanse las *Ant. rom. lib. I. lit. X. n. 4. 6.* y Pith. *ad Collat. leg. rom. et mosaic. p. 790.*

*cuya causa de error habia sido aprobada, aún cuando no estuviesen bajo la potestad del padre; se hacian herederos suyos, segun dice Paul. Recept. sent. IV. 8. 7.* Para la inteligencia de este pasaje se ha de saber que trata 1º de los *póstumos*, pues estos eran herederos suyos, porque á haber nacido en vida del padre, hubieran estado bajo su potestad. 2º De *los que vuelven de la cautividad*, los cuales, á la manera de todos los demas derechos, así tambien recobraban por el postliminio los de ciudad y de *suidad*, §. 4. *Inst. h. t.* (1) 3º De *los hijos manumitidos de primera y segunda emancipacion ó venta*; porque si un hijo de familia, para ser emancipado, era vendido ó mancipado, y permanecia algun tiempo en esta mancipacion ó enajenacion, (lo cual podia suceder) perdía los derechos de *suidad*. Pero el manumitido de la primera ó segunda mancipacion los recobraba, por cuanto solamente vendido tres veces, y manumitido otras tantas, quedaba libre de la patria potestad. Al modo pues que el manumitido primera y segunda vez, siempre que no se agregase la tercera emancipacion, rompía el testamento del padre, Ulp. *Fragm. XXIII. 3*, así tambien él mismo recobraba el derecho de suceder abintestato. Cayo, *Inst. II. 8. 4.* 4º Finalmente Paulo habla tambien de aquellos, *cuya causa de error habia sido aprobada*. Es de saber que á veces por error se contraía matrimonio entre personas de desigual condicion; por ejemplo, si un ciudadano romano se casaba con una extranjera, latina ó dediticia, creyendo ser ciudadana, ó si una ciudadana romana contraía por error matrimonio con un extranjero, latino ó dediticio. Siempre que esto se verificaba, cesaba la *suidad*; pues los hijos procreados de semejantes nupcias no esta-

(1) Pero si moria en el cautiverio, se fingía que ántes de su muerte habia ya fallecido en la ciudad, segun la lei Cornelia, Ulp. *Fragm. XXIII. 5.*

ban bajo de la patria potestad. Mas si la causa del error habia sido aprobada, los padres igualmente que sus hijo. alcanzaban los derechos de ciudad y familia, Ulp. *Fragm. VII. 4.* Véase tambien el *Comment. ad L. jul. et pap. pop II. I. pág. 117.*

IV. Estos herederos suyos entraban todos á la particion de la herencia, siendo de notar que los hijos é hijas, secedian por cabezas, y los mas remotos por estirpes; es decir, en el lugar y porcion de su padre, §. 6. *Inst. h. t.* Ni habia diferencia alguna entre los hijos y las hijas, los nietos y las nietas, pues sin consideracion ninguna al sexo conseguian las herencias de los difuntos en iguales porciones, segun demuestra eruditamente Jac. Perizon. *Diss. De lege vocon., pág. 133 y sig.* Pero estas herencias de las hembras fueron últimamente restringidas por la lei voconia, la cual establecia, entre otras cosas, que las hembras no fuesen admitidas á ninguna herencia de los difuntos, Perizon. *l. c. p. 135.* Esta lei comprendia tambien á las herederas suyas y consanguíneas, tanto que ni aún era permitido instituir herdera á una hija única, S. Augustin, *De civit. Dei III. 21*; ni tampoco restituir una herencia dejada en fideicomiso á la hembra, para quien habia sido destinada por el testador, Cic. *De finib. II. 17.* Esta lei no solo hacia relacion á los testamentos, sino tambien á las herencias abintestato, como claramente demostró Perizon. *p. 105 y sig.*; y por eso Polibio, *Excerpt. de virt. et vit. pág. 1462*, refiriendo que Escipion el Africano habia dejado á sus hermanas la herencia materna, añade: *de la cual nada pertenecia á ellas segun las leyes*; donde por *leyes* se debe entender la lei voconia. Mas despues que dicha lei voconia quedó sin vigor por la opulencia de los ciudadanos, (Gel. *Noct. att. XX. 1.*) subsistió siempre la costumbre de que las mujeres no fuesen admitidas á las herencias legítimas, llevando ven-

taja á las consanguíneas; cuya práctica hace derivar de la lei voconia el juriconsulto Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 12.*

V. Por lo que hace á las consortes, ya observámos antes §. 2, que si estaban bajo de potestad, eran herederas suyas, y por tanto sucedían al marido; lo cual manifiesta claramente Dion. Halic. II. pág. 93, donde dice, que las mujeres casadas fueron participantes de todos los bienes, igualmente que de las cosas sagradas domésticas. Y se confirma por el ejemplo de Laurencia, que habiendo muerto muy rico su marido Tarrucio, adquirió todos sus bienes, Macrobi. Saturn. l. 10. Plut. *Quæst. roman. XXXV.*; aunque no consta si sucedió por testamento ó abintestato. Pero despues se varió esto, acaso porque no fué tan comun el que las esposas cayesen en la potestad del marido. Por lo cual en adelante las mujeres casadas no eran llamadas á la posesion de los bienes, sino por el edicto del pretor *Unde vir et uxor*. Pero de esto se tratará mas abajo,

VI. El derecho de suidad se perdía por la mayor ó média capitis-diminucion, y aún tambien por la emancipacion. Así es que los emancipados perdían toda la herencia, sin que el Derecho civil ofreciese medio alguno de que consiguiesen parte alguna de los bienes paternos, §. 9. *Inst. h. t.* Ni aún los hijos de emancipados, siendo concebidos despues de la emancipacion, eran herederos suyos respecto del abuelo, §. 9. *Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.*, y por lo mismo no recogían ninguna parte de la herencia abouenga, al modo que tampoco la cogían los adoptados por el hijo emancipado, Paul. *Recept. sent. IV. 8. 12.*

VII. No obstante vino en auxilio de los emancipados el pretor, movido de la natural equidad, pues por el edicto *Unde liberi* les dió la posesion de los bienes, no de otro

modo que si al tiempo de la muerte estuvieran bajo la potestad del padre, *tit. ff. Unde liberi*. De cuyo beneficio disfrutaban tambien los hijos de los emancipados, mas no sus hijos adoptivos, los cuales ni aún como cuasi cognados podían pedir la posesion de bienes, Paul. *Recept. sent. VI. 6. 12.* Por dicho edicto del pretor tampoco eran llamados los mismos emancipados, si se habian dado á otros en adopcion, á no ser que ántes de la muerte del padre fuesen otra vez emancipados; porque entónces segun el Derecho pretorio recuperaban á su padre, Ulpian. *Fragm. XXVIII. 8. 10. 11. Inst. h. t.*

VIII. Todo esto fué corregido por el Derecho posterior, que llamaba tambien á los emancipados á la sucesion de sus padres, *Nov. CXVIII. 1.* (incluyendo no obstante los bienes recibidos ántes) y á los que se habian dado á otros en adopcion, *L. pen. C. De adopt.*

IX. Lo que arriba dejamos dicho, en cuanto á la sucesion de los nietos y nietas, se debe entender de aquellos ó aquellas que eran descendientes por el lado masculino; porque los nacidos de hijas (nietos), y los nacidos de nietas (biznietos), estos no eran llamados á la sucesion juntamente con los hijos é hijas, ni con los nietos por parte de los hijos, sino que acostumbraban ser nombrados entre los cognados despues de la línea de los agnados, §. 15. *Inst. h. t.* Paul. *Recept. sent. IV. 8. 10.* Tambien esto lo creyeron digno de reforma los emperados Valentiniano, Teodosio y Arcadio, *L. 9. C. De suis et legit. lib.*, los cuales mandaron, que los nietos por parte de hija sucediesen al abuelo materno y á la abuela juntamente con los hijos é hijas del difunto; pero de modo, que solo recibiesen dos partes de la porcion materna, y la otra tercera quedase en poder de los hijos y las hijas. Esto tambien lo mudó despues Justiniano en la *Nov. CXVIII. 1. (1)*

(1) Á este Derecho lo llama *bárbaro* en el principio de la *Nov. XXI.*

X. También es de notar que los herederos suyos, por ser tales *ipso jure*, aunque lo ignorasen, conseguían la herencia, como los furiosos, los infantes y los que estaban viajando por países estraños: ni necesitaban de la autoridad del tutor los pupilos, ni del consentimiento del curador los furiosos, á no ser que no bastase la herencia para pagar las deudas, Paul. *Recept. sent. IV. 8. 5. y 6.*

## TÍTULO II.

### DE LA LEGÍTIMA SUCESION DE LOS AGNADOS.

Á falta de herederos suyos, la lei de las XII Tablas, citada en el título anterior §. 1, llamaba á la sucesion á los próximos *agnados*, y faltando estos á los *gentiles*. Por lo cual en este título trataremos de la legítima sucesion de los *agnados y gentiles*.

I. Los juriconsultos definen los agnados, diciendo ser *allegados unidos por parentesco que viene por personas del sexo masculino*, ya sea natural este vínculo, ya civil, cual es la adopcion, pues tambien por medio de esta se consiguen los derechos de agnacion, §. 2. *Inst. h. t.* Y se llaman *agnados*, como si dijéramos allegados por el padre, §. 1. *Inst. De legit. agnat. tutelá*, §. 1. *Inst. h. t.*; y tambien la llaman *cognacion legítima*, Cayo, *Inst. II. 8. 3.* y la *L. 12. §. ult. ff. De rit. nupt.* (1) Pero aún cuando esté así bien dicho, siempre que los agnados se consideren en

*part. II.*, siendo así que el mismo Dios estableció que los hijos deben ser preferidos á las hijas en la herencia, *Num. XXVII. 8.* V. Jac. Perizon. *ad L. vocon. p. 109.* Seld. *De success. hebr. I. p. 2.*

(1) Sin embargo, bajo otros aspectos, por *legítima cognacion* se entiende la que dimana de la adopcion, y por tanto se opone á la natural, *L. 4. §. 2. ff. De gradib. et affn.* V. Brisson. *De verb. sign. li. X.* n el título *Legitimæ cognationes*.

contraposicion á los *cognados*, no obstante no basta la definicion, si hai que distinguir los agnados de los *gentiles*, porque estos tambien son cognados unidos en parentesco por personas del sexo masculino, y sin embargo en las leyes de las XII Tablas son distinguidos de los agnados. Por lo cual habremos de indagar cuidadosamente de las antigüedades romanas, quiénes fueron llamados agnados, quiénes gentiles, y quiénes por fin cognados.

II. Entre los romanos habia muchas *gentes* ó razas, unas *patricias* y otras *plebeyas* (1), segun circunstancialmente las describieron Glandorpio, Ant. Agustin, Fulvio Ursino, y los que enriquecieron la obra de este último con muchas adiciones, Carl. Patino y Vailant. Cada gente se distinguia con su nombre, y por eso una se llamaba *cornelia*, otra *sempronia*, otra *tulia*, otra *cincia*, etc. Como es lo regular que una gente se ramifique en varias estirpes y familias, habia en Roma de una misma gente muchas familias, las cuales se distinguian entre sí con sus *cognombres*: Festo p. 292, dice: *se llama gente la que se compone de muchas familias*. Así de la gente *cornelia* nacieron las familias de los *Escipiones*, *Léntulos*, *Sulas*, *Cinnas*, *Cosos* y *Dolabelas*. Finalmente, como hasta las familias se subdividiesen en nuevas estirpes, se cuidó de que estas se distinguiesen por los *agnombres*. La gente *virginia*, por ejemplo, se distribuyó en varias familias, y de aquí los *cognombres* de los *Tricostos*, *Rufos*, etc. Divididos despues los *Tricostos* en diversas estirpes, nacie-

(1) Efectivamente en los tiempos mas antiguos de la república, solo de los patricios se decia que tenian *gente*. En Tito Livio, X. 6. dice P. Decio, *siempre se ha dicho lo mismo, que solo vosotros tenéis gente*. Y así es que aún entre los patricios, unos se decian *de gentes mayores*, y otros de *gentes menores*, Sig. *De antiquo jure civ. rom. I. 7. p. 109.* Mas por último, habiéndose comunicado á la plebe los honores, auspicios y connubios, tambien los plebeyos recibieron los derechos gentilicios. De aquí la division de las gentes en *patricias* y *plebeyas*.

ron de aquí los agnombres de los *Rutilus* y *Celimontanos*. Por eso los romanos usaban de tantos nombres, de los cuales el primero se llamaba *prenombre* (1), que era el propio de la persona; el segundo *nombre*, que era común á toda la gente, y el tercero *cognombre*, que denotaba la familia de la misma gente; y el cuarto, por último, *agnombre*, el cual indicaba una estirpe, las mas veces de aquella familia, ó alguna hazaña, ó algun defecto ó habito del cuerpo ó del ánimo. Así, por ejemplo, en el nombre, *A. Virginio Tricosto Celimontano, Aulo* era el *prenombre* propio de este sugeto, *Virginio* el *nombre gentilicio*, *Tricosto* el *cognombre* que designaba aquella familia de la gente virginia, de la cual descendia *Aulo*, y por último *Celimontano* el *agnombre*, que denotaba cierta familia de aquella estirpe. Véase á Carlos Sigon. *De nom. rom. pág. 1403 y 1427, edic. de Dion. Godofredo*. Por lo dicho es bien claro cuáles fueron llamados *agnados*, y cuáles *gentiles*. Todos los que venian de la misma estirpe y familia, se llamaban *agnados*; por ejemplo, todos los Escipiones eran *agnados* de P. Cornelio Escipion; mas los que descendian de la misma gente cornelia, como los Léntulos, Cosos, Cinnas, Sulas, Dolabelas, eran *gentiles*. Por eso Ciceron, *Topic. VI*, dice, que *son gentiles los que teniendo entre sí un mismo nombre, son oriundos de ingenuos, sin que ninguno de sus antepasados estuviese en servidumbre ni fuese capite-minuído*. Festo en la voz *Gentiles*,

(1) En la gente *sulpicia* hubo la singularidad de que muchas veces usó de dos prenombrés, uno comun, *Servio*, y otro propio de cada uno, v. gr. *Cayo*. Véase á Fulv. Ursino *De famil. rom. p. 268*, aunque parece que se equivoca este sabio, cuando cree que siempre sucedió esto en la gente *sulpicia*, pues el célebre juriconsulto de esta gente las mas de las veces usó solamente del *cognombre* de *Servio*, y varones muy doctos, especialmente Ever. Otton, en la vida de *Servio Sulp. cap. 1. §. 4. tom. V. Thesaur. Jur. p. 1561*, creen que no tuvo dos *cognombres*.

*pág. 292*, trae estas palabras: *llámase gentil el que viene de un mismo género ó tronco, y el que lleva un nombre semejante, como dice Cincio: son gentiles míos los que tienen mi nombre*. Resulta pues que son *gentiles* todos los que usan del mismo nombre; y lo que Ciceron añade, de que deben ser oriundos de *ingenuos*, y no haber los antepasados estado en esclavitud, viene de que tambien los libertos tomaban los nombres y *cognombres* de los patronos, y sin embargo no eran *gentiles*. Así es que *P. Terencio Africano* no fué *gentil* de los *Terencios*, por cuanto no era *ingenuo*, al modo que *Tiron* tampoco era *agnado* de *M. Tulio*, por haber tomado este *cognombre*. Finalmente el mismo Ciceron añade, que los *gentiles* no debian haber sido *capite-minuídos*, porque la *capitis-diminucion*, aún la mínima, segun arriba queda dicho, destruía los derechos de familia.

III. Viniendo ahora á la sucesion de los *agnados*, acerca de ella se establecia en las leyes de las XII Tablas, que *si uno moria intestado, sin dejar hijos que le sucediesen, entrase á la herencia el agnado mas cercano*. Luego no eran llamados los *agnados*, á no ser cuando faltaban herederos suyos (1). Y aunque la lei conferia la herencia á todos los *agnados* á un mismo tiempo, solo se adjudicaba á aquel que, cuando se verificaba haber muerto alguno intestado, se hallaba en el grado mas cercano. En lo cual los intérpretes del Derecho se adherian tanto á lo literal de la lei, que si el próximo *agnado* cometia una omision, ó moria ántes de aceptar la herencia, no se admitia á ella

(1) Es decir, cuando faltaban de tal modo que ni aún quedaba esperanza; porque mientras se espera que algun heredero suyo pueda hacerse heredero, no hai lugar á los *agnados*: como si la mujer estuviere embarazada, ó el hijo en poder de los enemigos, *Ulp. Fragm. XXV. 3.*

á los mas remotos (1), §. 7. *Instit. h. t.*, Cayo, *Instit. II. 8. 4.*, Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 23.*, Ulpian. *Fragm. XXV. 5.* Fabrot. *ad Theoph. §. 7. De legit. agn. success.*

IV. Pero si habia muchos agnados del mismo grado, todos sucedian por cabezas, ya fuesen varones, ya hembras; pues las XII Tablas ninguna diferencia establecian en este particular entre los sexos, como advierten Justiniano, §. 3. *Inst. h. t.* y Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 22.* Despues fueron escluídas todas las agnadas, escepto las hermanas; y por eso Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 22.*, dice: *las hembras no son admitidas á las herencias legítimas mas allá de las sucesiones consanguíneas.* V. á Ulp. *Fragm. XXV. 6.* Justiniano atribuye esta mudanza á la jurisprudencia média, d. §. 3.; mas Paulo dice, que esto se introdujo por Derecho civil por la lei voconia. Cómo esto deba entenderse, lo manifiestan eruditamente Periz. *Diss. de lege vocat. pág. 406. y sig.* y Eschulting. *Jurisp. ant. pág. 442.* No obstante tambien miró por ellas el pretor, llamáudolas á la sucesion por el edicto *Unde cognati*, d. §. 3. *Inst. h. t.*

V. No por derecho de agnacion; sino de patronato, sucedian tambien los padres á sus hijos emancipados, á quienes habian librado de su potestad ó emancipado, mediando el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Lo cual esplica elegantemente Cayo, *Inst. I. 6. 3.* donde dice: *sin embargo, habiendo sido emancipado por tercera vez el hijo, pasando de la potestad del padre natural á la del padre fiduciario, el padre natural debe cuidar de que el padre fiduciario se lo remancipe, esto es, se lo vuelva á su potestad, para que*

(1) Alej. y Jac. Oisel *ad Cajum ibid.* son de opinion, que el agnado mas remoto, escluído por Derecho civil, era llamado por el pretor, por el edicto *Unde cognati*; pero esto no sucedia mas que cuando al mismo tiempo habia algun agnado próximo, porque no habiéndole, erat llamados sucesivamente los cognados, como observa mui bien Eschulting. *jurisprud. ant. p. 139*

*sea manumitido por el padre natural; con el objeto de que si muriere dicho hijo, pueda sucederle el padre natural y no el fiduciario.* Sucedia pues el padre á los hijos emancipados, como patrono ó manumisor, si habia interpuesto el pacto de fiducia; pero si lo habia omitido, sucedia con el mismo derecho el padre fiduciario. Sin embargo el pretor, movido despues de la equidad natural, llamaba al padre natural á la posesion de los bienes por el edicto *Unde decem personæ*, §. 1 y 2. *Inst. De bon. poss.*

VI. Todo esto fué variado posteriormente por el Derecho introducido principalmente por Justiniano, porque en primer lugar se confundieron los derechos de agnacion y cognacion, *Nov. CXVIII. 4.* Ademas tambien los agnados mas remotos, repudiando la herencia los mas próximos, fueron despues llamados por la constitucion, de que habla el emperador en el §. 7. *Inst. h. t.* Por lo que toca á las agnadas, les dió Justiniano el mismo derecho de que gozaban los agnados, aún cuando no fuesen consanguíneas. *L. penult. C. De legit. hæred.* Finalmente tambien habia necesidad del pacto de fiducia despues que Justiniano, por virtud de su constitucion, ordenó que las emancipaciones se supusiesen siempre hechas, como si mediase el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Y aún toda la diferencia que en razon de la sucesion habia entre los suyos y los emancipados, la quitó tambien del todo el mismo Justiniano en la *Nov. CXVIII. 2.*

VII. Á falta de agnados, las leyes de las XII Tablas llamaban á los gentiles, pues dijeron los decenviros: *si no hai agnados, tengan la herencia los gentiles*, Ulp. *Fragm. XXV. 4.* La lei pues de las XII T. blas iba en progresion de la casa á la familia, y de la familia á la gente, sin duda con el fin de que los bienes, si sucediesen los cognados, no pasasen á otra gente, Binkersh. *Obs. II. 4.* De esta sucesion de los gentiles habla tambien Ciceron, *De*

*orat. I. 38.*; de donde se infiere que en su tiempo aún no habian caído en desuso las sucesiones gentilicias, así como tambien de César refiere Suetonio, *Jul I.*, que habia sido multado por Sila en la dote de la mujer y en las herencias gentilicias. Pero sin duda las debia de haber abolido el edicto del pretor, que llamaba tambien á los cognados á la sucesion, cuando Ulp. *ibid.* y Cayo, segun el autor de la *Collat. leg. mosaic. et rom. XVI. 2.* testifican, que ya en su tiempo habia caído en desuso dicha sucesion de los gentiles.

### TÍTULO III.

#### DEL SENADOCONSULTO TERTULIANO.

Como las madres no tenian bajo su potestad á los hijos, ni podian ser contadas entre los agnados, á no ser que ellas mismas estuviesen bajo la potestad de los maridos, era consiguiente, segun los principios del Derecho romano, que la sucesion tampoco fuese mutua entre las madres y los hijos. Mas despues se consideró esto como repugnante á la equidad y conmiseracion; por lo cual miraron por el interes de unos y otros los legisladores posteriores, y especialmente los dos senadoconsultos, de que vamos á tratar en este y en el siguiente título.

I. Efectivamente en primer lugar el pretor, siguiendo la equidad natural, llamó á las madres á la sucesion de sus hijos, y á estos á la sucesion de las madres, por el edicto *Unde cognati, pr. Inst. h. t.*

II. Despues tambien el emperador Claudio, compadeciéndose de la afliccion de las madres, para consuelo de la pérdida de sus hijos, defirió á las madres las herencias legitimas de ellos, §. 4. *Inst. h. t.* Á lo cual suele referirse

aquel lugar de Suetonio, *Claudio, XIX*: á los fabricantes de naves para el comercio concedió varias prerogativas segun la condicion de cada uno; al ciudadano la vacacion de la lei *papia pœpea*; á los latinos el derecho de caballeros romanos; á las hembras el derecho de cuatro hijos. Pero este pasaje no puede referirse al derecho de suceder concedido á las madres de tres ó cuatro hijos en los bienes de estos, puesto que esto se introdujo despues en tiempo de Adriano, sino á la escusa de la tutela concedida á las madres que tenian esta circunstancia, como es de inferir de Ulp. *Fragm. XXIX. 3.*, Eschultingio, *Annot. ad. h. l. pág. 677.* Es probable, segun observó Cujacio, *Not. poster. ad §. 4. Inst. h. t.*, y con él J. de Costa, que este beneficio de Claudio mas bien fué personal, que no un derecho comun concedido á todas las mujeres.

III. Por fin aquella áspera sutileza del Derecho civil fué quitada del todo por el *senadoconsulto tertuliano*, sobre cuya fecha apenas puede establecerse cosa cierta en medio de la grande oscuridad de los fastos consulares. En el §. 2. *Inst. h. t.* se dice haber sido hecho en tiempo de Divo Adriano. Mas en atencion á que en el imperio de Adriano ningun cónsul aparece en los fastos llamado *Tertulio*, siendo así que por el contrario en tiempo de Antonino, hácia el año del Señor de 158, se mencionan los cónsules *Tertulo* y *Sacerdos*, sospechó Cujacio, *Not. prior. ad Inst. h. t. (1)*, que en aquel párrafo de la *Instituta* se debe entender Antonio Pio, quien á veces lleva el prenombre de Adriano, adquirido por adopcion. Véase la lei 37. ff. *De judic. junct. L. 5. §. 4. ff. ad L. jul. De vi publ. L. 91. ff. Ad L. falcid. junct. L. 93. ff. eod. L. 58. §. 3. ff. Ad senatusconsultum trebell. (2)*. Pero dudo

(1) Así tambien opinan Hotom. *De leg. p. m. 157.*, y Vic. Gravina, *De leg. et senatusconsul. LXXXIII. p. 655 y sig.*

(2) Añade Cujacio otro ejemplo, á saber, la epístola de Divo Adriano



que con esto quede la cosa del todo decidida. Es verdad que en tiempo de Adriano no aparece en los fastos consulares ningun Tertulio cónsul; pero ¿quién ignora que en un mismo año se sustituían muchos cónsules de los cuales raras veces se hace memoria en los fastos consulares? En nuestro mismo Derecho se hace mención de los cónsules *Tertulo* y *Máximo*, *L. 29. §. 5. Ad leg. jul. De adult.*, de los cuales sin embargo nada hablan los fastos, ni se sabe de fijo el año de su consulado. Por otra parte es muy raro el que se confundan los nombres de Adriano y Antonino; ni parece que sin gran fundamento deba entenderse uno por otro. Pudiera creerse que favorece la opinión de Cujacio el que Zonáras XII, *pág. 593.*, dice haber una lei de Antonino Pio, en la cual se establecía que muriendo intestados los hijos, en caso de carecer de hijos ellos mismos, dejasen á los padres la porción legítima. Pero nadie que esté algo enterado en la historia del Derecho, puede ignorar cuán falso es todo esto (1), porque ya mucho ántes de los tiempos de Pio se había concedido al padre la sucesión abintestato en los bienes del hijo emancipado, y ya ántes le competía la queja de inoficioso; y que el derecho de la cuarta, para escluir la

sobre el beneficio de división concedido á los fiadores, §. 4. *Inst. De fidejuss. L. 26. De fidejuss.*, pues también cree que esta es de D. Pio, atendiendo á la *L. 49. §. 1. ff. De fidejuss.* Pero que esto sea falso, se infiere de que dicha epístola de Adriano fué comprendida en el Edicto perpetuo, Paul. *Recept. sent. I. 24. 1.* Por lo cual debe creerse que ya existía ántes del imperio de Antonino Pio.

(1) Lo mismo debe creerse de la narración del *Chron. pasch. ad ann. CLXXVI.* donde dice su autor haberse establecido entonces que el padre sucediese abintestato á los hijos, y que al hijo ingrato se le dejase cierta cantidad de los bienes paternos. Pero ya demostró Jac. Godofredo, *ad L. I. C. theod. De infirm. pen. calib. et orb.*, cuán raras veces esponen con exactitud los historiadores recientes todo lo que pertenece al Derecho.

queja de inoficioso, era mas antiguo, ya lo hemos observado arriba en el *lib. II. tit. XVIII. XIX. §. 7.*

IV. Por todo lo dicho parece lo mas seguro sentar que el senadoconsulto *tortuliano* fué realmente hecho en tiempo de Adriano; pero que ha perecido la memoria de los cónsules substituidos, bajo los cuales se formó, sin que tampoco su fecha pueda con facilidad fijarse. Parece averiguado que el senadoconsulto *tortuliano* es mas antiguo que el *orficiano*, pues ántes debió mirarse por las madres acerca de los bienes de sus hijos, que no por los hijos respecto de los bienes maternos. La razón de esto, que vino en el principio de la *Inst. De senatusconsulto orphit.* confiesa ignorar, ha sospechado el sabio Ant. Eschultingio *ad Ulp. Fragm. XXVI. 8. pág. 669.* ser el que la madre, queriendo, podría usar de conmiseración por medio del testamento; cosa que muchas veces no sería fácil á los hijos á causa de la edad. Por cuanto pues sería mas frecuente el que las madres quedasen sin participar de la herencia de los hijos, que no los hijos sin la de la madre, piensa el citado Eschultingio no ser extraño, que el senado haya pensado ántes acerca de la sucesión de las madres que de la de los hijos.

V. Por lo demas el senadoconsulto *tortuliano* establecía, que la madre ingenua que tuviese el derecho de tres hijos, y la libertina de cuatro, fueran admitidas á los bienes de sus hijos ó hijas muertos abintestato, aún cuando dichas madres estuviesen bajo la potestad de su padre, con tal que, estando sujetas á potestad ajena, aceptasen la herencia con orden de la persona que las tuviese bajo su poder, §. 2. *Inst. h. t.*

VI. Se concede pues este beneficio á la madre, mas no á la abuela, segun espresa claramente Justiniano en el mismo §. Ni gozaban de este beneficio todas las madres indistintamente, sino tan sólo las que tenían el derecho

de los hijos, de que hemos tratado arriba en el *lib. 1. tit. XXV. §. 2. sig.* Con efecto las madres ingenuas necesitaban de tres hijos; las latinas que habian conseguido el derecho quirritario, de otros tantos, y las libertinas de cuatro, si querian suceder en los bienes de sus hijos, Paul. *Recep. sent. IV. 9. 1. y 7. 8.* Ademas era preciso que estos hijos estuviesen vivos (1), y hubiesen nacido en el sétimo mes cuplido, ó en el décimo, pues no valian los nacidos prematuramente, como tampoco tres gemelos (2), ni los infantes monstruosos (3), ni los dados á luz por medio de aborto espontáneo ó producido con medicamentos, Paul. *l. c. §. 4. sig.* Pero todos los defectos, y aún la misma orfandad, eran suplidos por beneficio del príncipe, por cuyo medio hasta conseguian el derecho de los hijos las que nunca habian parido; de lo cual hablamos arriba en el *lib. I. tit. XXV. núm. 8.*

VII. Tambien debe observarse que este senadoconsulto preferia á las madres todos los hijos del difunto que estaban en la clase de herederos suyos, ya fuesen de primero ó de ulteriores grados, y aún los emancipados, como que el pretor los llamaba con antelacion á la madre para la posesion de los bienes. Era igualmente preferido el padre, á quien por la misma lei pertenecia la herencia ó la posesion de los bienes por el edicto *Unde legitimi*, ó *Unde decem personæ*. Finalmente hasta el hermano consanguí-

(1) En efecto los muertos no aprovechaban, así como tampoco en la lei popea, *L. 129. ff. De V. S.*

(2) Á no ser que los infantes hubiesen ido raciendo con ciertos intervalos, de que hai ejemplo en la *L. 3. ff. Si pars hered. pet.*, y en Plin. *Hist. nat. VII. 44.*

(3) En esto era diferente la papia y popea, segun la cual tambien los partos monstruosos suplían el número de los hijos, *L. 133. ff. De V. S. Jac. Godof. Ad pap. L. XII.* La razon es sencilla, y consiste en que en la lei papia se trataba de evitar un daño, y en el senadoconsulto tertuliano de adquirir una ganancia.

neo era preferido á la madre, y aún tambien el adoptivo, *L. 1. §. ult. ff. De suis et legit. hæred.*; mas la hermana consanguínea no escluíá á la madre, sino que juntamente con ella aceptaba la herencia en la mitad, si era hija la que habia muerto; y si fuese hijo, en la porcion viril, *L. 2. C. th. De sec. nupt.* Todo lo cual explica breve, pero exactamente, Ulpiano en su *Fragm. XXVI. 8.*

VIII. Todo esto fué variado por Justiniano segun su costumbre, pues á mas de no querer que las madres necesitasen ya del derecho de tres ó de cuatro hijos, prohibió tambien el que los hermanos, así consanguíneos como uterinos, escluyesen á las madres, *Nov. CXVIII. 2.* Esto lo suelen explicar mas estensamente los doctores tratando de este título y Novela.

#### TÍTULO IV.

##### DEL SENADOCONSULTO ORFICIANO.

Al modo que por las madres habia mirado el senadoconsulto tertuliano, así tambien los hijos fueron llamados á la sucesion de los bienes paternos por el senadoconsulto orficiano (1), de que vamos á tratar en este título.

I. Segun las leyes de las XII Tablas la herencia de la madre intestada no portenecia á los hijos, por cuanto las hembras no tenian herederos suyos, Ulp. *Fragm. XXVI. 7.* Ni siquiera habia lugar á la posesion de los bienes

(1) De otro senadoconsulto orficiano, perteneciente á las manumisiones, hace mencion Paul. *Recept. sent. IV. 14. 1.*, que Guill. Ranchin, *De success. ab intest. §. V. 2.*, piensa ser el mismo que el que forma el objeto de éste título, bien que lo cree diverso Eschulting. *Jurispr. ant. p. 427.*, cuya opinion parece mas verosímil, por cuanto no puede concebirse que tenga que ver la manumision con la sucesion de los hijos en los bienes maternos.