

linea veniunt, potiores iis habeantur qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus: ita tamen, ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita sed in stirpes dividi hereditatem; similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas: ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla diminutione consequatur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

Aquí terminan las disposiciones relativas á los hijos y descendientes llamados por el pretor, por los emperadores ó por Justiniano á la clase de herederos suyos.—Una observacion general, que conviene hacer acerca de ellos, consiste en que, no teniendo verdaderamente la cualidad de herederos suyos, no son herederos necesarios, y la sucesion no la adquieren por fuerza ni pleno derecho. Pero esta observacion no se refiere á los hijos dados en adopcion, que, segun la constitucion de Justiniano, quedan como herederos suyos, pues no salen ni de la potestad, ni por consiguiente de la familia del padre natural.

TITULUS II.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCES-
SIONE.

Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege Duode-

ninguna parte de la sucesion, no debiendo los parientes de la linea colateral ser preferidos á los descendientes directos. Esta constitucion nuestra debe tener ejecucion segun su tenor y su fecha, como de nuevo aquí lo ordenamos. Sin embargo, del mismo modo que segun la antigüedad, la particion de la herencia entre hijos y descendientes de otro hijo debia verificarse, no por cabezas, sino por estirpes, asi queremos que tenga lugar una distribucion semejante entre los hijos y los descendientes de una hija, ó entre todos los nietos, nietas y otros descendientes. Por manera que cada progenitura perciba sin disminucion la parte de su madre ó de su padre, de su abuelo ó de su abuela; y si por acaso hay uno ó dos hijos por una parte, y tres ó cuatro por otra, aquéllos, sean uno ó dos, tomarán la mitad; y éstos, sean tres ó cuatro, la otra mitad.

TÍTULO II.

DE LA SUCESION LEGÍTIMA DE LOS
AGNADOS.

Si no hay ningun heredero suyo, ni ninguno de los llamados por el pretor ó por la constitucion á la clase de herederos suyos, que tome de un modo cualquiera la

cim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

herencia, entónces, segun la ley de las Doce Tablas, pertenece al agnado más próximo.

El órden de los agnados no llega sino cuando falta ó se halla ausente el de los herederos suyos y descendientes colocados entre éstos. Sin embargo, entre los herederos suyos, lo mismo que entre los agnados, era la regla, como explicaremos más adelante, que no se hiciese devolucion sucesiva del uno al otro; es decir, que si los más próximos rehusasen la herencia, no pasase á los siguientes, ni en caso de rehusarla éstos, á los subsecuentes. Pero como los herederos suyos propiamente dichos no podian rehusar, la existencia de uno sólo impedia siempre por fuerza que llegasen los agnados.

El órden de los agnados, lo mismo que el de los herederos suyos, no ha permanecido en su composicion primitiva, tal como ésta existia segun la ley de las Doce Tablas. Examinaremos sucesivamente las modificaciones que en la misma han podido introducir: 1.º, una jurisprudencia intermedia; 2.º, el derecho pretoriano; 3.º, las constituciones imperiales anteriores á Justiniano, y 4.º, las constituciones de este último.

Agnados segun la ley de las Doce Tablas.

I. Sunt autem agnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognitione conjuncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. It quoque qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem; sed iis qui tunc proximior gradu sunt, cum cer-

4. Por lo demas, son agnados, como ya lo hemos dicho en el libro primero, los cognados unidos por las personas del sexo masculino; por decirlo así, cognados por el padre. Así, los hermanos nacidos del mismo padre son agnados: se les llama tambien consanguíneos; poco importa que tengan ó no la misma madre. Del mismo modo el tío paterno y el hijo de su hermano son agnados el uno del otro; como tambien los hermanos patruales, es decir, los hijos habidos de dos hermanos, que se llaman tambien primos; y así sucesivamente respecto de los grados más distantes de agnacion. Los que nacen despues de la muerte de su padre no tienen ménos los derechos de consanguinidad.

tum esse cœperit aliquem intestatum decessisse.

Mas la ley no da á todos los agnados simultáneamente la herencia, sino sólo á aquellos que están en el grado más próximo, en el momento en que resulta como cierto que el difunto ha muerto intestado.

Ya hemos definido á los agnados (t. 1, p. 176); sin embargo, en vista de este fragmento de Ulpiano: «Communi jure familiam» dicimus omnium agnatorum: nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent: tamen omnes qui *sub unius potestate fuerunt*, recte ejusdem familia appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt» (1), se ha creído poder deducir que no hay más agnados que aquellos que se han hallado efectivamente sometidos conjuntamente bajo la potestad de un mismo jefe. No podríamos admitir esta opinion. Ulpiano no se expresa aquí de ninguna manera restrictiva, y ni aún piensa en dar una definicion de los agnados. Lo que dice de ellos sólo lo dice por incidente y en forma de razonamiento; pero cuando quiere definirlos, lo hace en los términos siguientes: «Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti: nam post suos et consanguineos statim mihi proximus est consanguinei mei filius, et ego ei: patris quoque frater, qui patruus appellatur: *deinceps ceteri, si qui sunt, hinc orti in infinitum*» (2). Esta definicion tradicional en todos los textos del derecho romano, «*agnati sunt cognati per virilis sexus personas*», no admite la idea de ningun limite; y esta idea se halla expresamente en contradiccion con las siguientes palabras de Ulpiano: *deinceps ceteri in infinitum*; y con éstas: *longissimo gradu; etiam si longissimo gradu sit*, que los textos nos presentan más de una vez (3). Lo está tambien sin réplica con el párrafo que sigue.

II. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit, veluti inter filios naturales, et eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est quin improprie consanguinei appellentur. Item, si quis ex ceteris agnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is

2. La adopcion establece tambien el derecho de agnacion: por ejemplo, entre los hijos naturales y los que su padre ha adoptado. Y nadie duda que el título de consanguineos les sea aplicable, aunque impropriamente. Del mismo modo, si el uno de tales ag-

(1) Dig. 50. 16. 195, *De verb. signif.* 195, § 2. fr. Ulp.

(2) Dig. 38. 16. *De suis*, 2. § 1. f. Ulp.

(3) Véase más adelante § 5, tit. 6. § 12.

qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatos inter suos esse non dubitatur.

nados, como, por ejemplo, tu hermano, tu tío paterno, ó cualquiera otro en un grado más distante, adopta á alguno, entre este último sin duda en el número de los agnados.

En suma, debemos observar que todos aquellos que con relacion al jefe de familia, hallándose sometidos bajo su potestad, eran herederos suyos, todos éstos entre sí, con relacion á todos los demas miembros de la familia, eran agnados. Y recíprocamente, todos aquellos que con relacion al jefe no eran herederos suyos, ya porque hubiesen salido de su potestad, ya porque nunca hubiesen estado bajo ella, todos ellos, con relacion á los individuos de la familia, no eran agnados. Así es que del mismo modo que hemos contado fuera de los herederos suyos, contarémos tambien fuera de los agnados: 1.º, á los hijos emancipados; 2.º, á los dados en adopcion; y 3.º, á los descendientes por hembras.

Tal era la composicion del orden de los agnados segun la ley de las Doce Tablas. Si, pues, el derecho pretoriano ó las constituciones imperiales han tenido que introducir algunas modificaciones en este derecho primitivo, han debido hacerlas recaer, lo mismo que respecto del orden de los herederos suyos, sobre aquellas tres clases mencionadas.

Pero ántes de ocuparnos en sus disposiciones, debemos examinar una jurisprudencia intermedia, que léjos de extender el círculo de los agnados, tal como se hallaba trazado por las Doce Tablas, lo habia, por el contrario, limitado.

Jurisprudencia intermedia con respecto á los agnados.

III. Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiam longissimo gradu, ulro citroque capitur. Quod ad feminas vero, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint; ulterius non capiant: masculi autem ad earum hereditates, etiam si longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa, fratris tui aut patruus tui filia, vel amitæ

3. Entre los hombres, la agnacion hasta el grado más distante da un derecho reciproco á la herencia. Pero en cuanto á las mujeres se queria que no pudiesen adquirir la herencia sino por derecho de consanguinidad, si eran hermanas, y no más adelante; mientras que sus agnados varones eran admitidos á su herencia hasta el grado más distante. Así, sucedes tú á la hija de tu hermano, ó de tu tío

tua hereditas ad te pertinet; tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte qua *proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur*. Ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex Duodecim Tabularum nullo modo introducit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos sive masculos sive feminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat. *Media autem jurisprudentia*, quæ erat quidem lege Duodecim Tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod decerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt; et cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem quæ UNDE COGNATI appellatur. Nos vero legem Duodecim Tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqualiter constitutis, masculis quidem

paterno, ó á tu tia paterna; pero ellas no te suceden á tí. Se habia así establecido, porque parecia ventajoso concentrar por punto general las herencias en los varones. Mas como era inicuo que fuesen universalmente excluidas como extrañas, el pretor las admite por medio de su edicto, á *aquella posesion de bienes que da á la proximidad de la sangre*; en cuyo orden no son admitidas sino en el caso que no existan ningun agnado ni ningun cognado más próximo que ellas. Por lo demas, la ley de las Doce Tablas no habia introducido ninguna de estas distinciones; pero inclinándose á una sencillez amiga de las leyes, llamaba indistintamente á todos los agnados, varones ó hembras, cualquiera que fuese su grado, á la sucesion unos de otros. Fué ésta *una jurisprudentia intermedia*, posterior á la ley de las Doce Tablas, pero anterior á la legislacion imperial, que por medio de ideas sutiles introdujo esta diferencia, y rechazó completamente á las mujeres de la sucesion de los agnados, no existiendo entónces ningun otro orden de sucesion; hasta que los pretores, corrigiendo poco á poco el rigor del derecho civil, ó llenando sus lagunas, hubieron, por una disposicion de humanidad, añadido un nuevo orden en sus edictos. Entónces, hallándose introducida la linea de los cognados segun el grado de proximidad, venia en auxilio de las mujeres por la posesion de los bienes, y les daba la que se llama UNDE COGNATI. Mas nos, volviendo á la ley de las Doce Tablas, y restableciendo en este punto estas disposiciones, aplaudiendo la humanidad de los pretores, juzgamos que no han aplicado al mal un remedio eficaz. Porque, en efecto, en

dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes, et ad jus Duodecim Tabularum eandem dispositionem exæquant, nostra constitutione sancimus omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini generis sive feminini sint simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari secundum sui gradus prærogativam; nec ideo excludendas; quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

el caso en que el grado de parentesco natural y el título de agnacion sean los mismos entre varones y hembras, ¿por qué se ha de dar á los primeros el derecho de llegar á la sucesion de todos los agnados, y se ha de negar absolutamente, entre estos agnados, á las mujeres, á no ser únicamente á la hermana? Por esto, derogando completamente tales disposiciones y reduciéndolas al derecho de las Doce Tablas, hemos ordenado por nuestra constitucion que todas las personas legitimas, es decir, unidas por la descendencia masculina, varones ó hembras, sean igualmente llamadas, segun su grado, á la sucesion legitima *abintestato*, y que las hembras no sean excluidas por no tener, como las hermanas, los derechos de consanguinidad.

Etiám longissimo gradu. Así, no sólo el vínculo de agnaciones, sino el derecho de herencia que á él se halla unido, se extiende hasta el infinito.

Consanguinitatis jure. Los consanguíneos, dice Paulo en sus Sentencias, son los hermanos y hermanas que proceden de un mismo padre (importa poco la madre), y que han permanecido hasta su muerte bajo su potestad; los hermanos adoptivos no emancipados se hallan tambien comprendidos en este número (1). Se les llamaba *consanguíneos*, porque participaban de una misma sangre paterna; en oposicion á los hermanos *uterinos*, que nacidos de una misma madre, sólo eran hermanos y hermanas por parte de madre.

Los consanguíneos eran entre sí, unos respecto de otros, los más próximos de todos los agnados. «*Si sui heredes non sunt, ad agnatos legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum consanguinei obtinent*», dice Paulo en sus Sentencias (2); y la jurisprudencia intermedia, que excluyó á las hembras de la sucesion de los agnados, les dejó, sin embargo, la de los consanguíneos. «*Soror,*

(1) Paul. Sent. 4. 8. 15.

(2) Ib. § 15.

» dice también Paulo, *jure consanguinitatis tam ad fratris quam ad sororis hereditatem admittitur* » (1).

Esta distinción establecida llevó á los jurisperitos á distinguir en cierto modo en el orden de los herederos agnados dos clases: 1.^a, la de los consanguíneos; 2.^a, la de los agnados propiamente dichos: « *Consanguineis non existentibus adgnatis defertur hereditas* » (2). Las hembras se hallaban comprendidas en la primera, pero no en la segunda. Todos sus agnados del sexo masculino (*virilis sexus*) les sucedían; pero ellas, fuera de sus hermanos y hermanas consanguíneos, no sucedían á nadie (3).

Qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur. Es, como dice más abajo el texto mismo, la posesión *unde cognati*, en la que el pretor sólo considera la proximidad de los vínculos de parentesco natural, sin hacerse cargo de las reglas del derecho civil. Mas el orden de los cognados, llamados por esta posesión, sólo viene en tercer lugar después del orden de los agnados. Veremos más adelante lo que á él es relativo.

Media autem jurisprudentia. Fué esta jurisprudencia, como lo indica la misma palabra, y como lo dice la paráfrasis de Teófilo, obra de los prudentes. Parecía, según lo que de ella dice Paulo, que por una interpretación dictada por el espíritu de la ley Voconia, extendieron los prudentes, de las sucesiones testamentarias á las legítimas, la exclusión de las hembras: *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur. Idque jure civili Voconia ratione videtur effectum* » (4). Hemos ya dicho (t. 1.^o, página 577) que la ley Voconia, que había declarado á las mujeres como incapaces en cierto modo de recibir por testamento, había sido expedida en tiempo de la república, año 585 de Roma. La jurisprudencia intermedia, de que aquí tratamos, es, pues, posterior á esta época.

Derecho pretoriano con relación á los agnados.

No había introducido el pretor ningún pariente en el número de los agnados; ni á los emancipados, ni á los adoptados, ni á los des-

(1) Ib. § 16.

(2) Ib. § 17.

(3) Gay. 5. 14.

(4) Paul. Sent. 4. 8. § 22.

cendientes por hembras. Había dejado este orden tal como lo habían constituido la ley de las Doce Tablas y la jurisprudencia intermedia, sin introducir en él á nadie, contentándose, siempre que los parientes fuesen excluidos del orden de los agnados por el rigor del derecho civil, con llamarlos en su clase según su grado de parentesco, en su orden de cognados, en caso que este orden llegase á la sucesión; y el pretor lo hacía llegar cuando el orden de los agnados faltaba por una causa cualquiera.

Se puede dar por razón de estas disposiciones del pretor respecto del orden de los agnados, que siendo este dicho orden á su vista puramente civil y contrario á los vínculos de la naturaleza, no había querido fomentarlo, y que, por el contrario, aprovechaba todas las ocasiones que se le presentaban para rebajarlo, á fin de llamar inmediatamente en su lugar á su orden de los cognados, en el cual sólo tenía en consideración los vínculos y grados de parentesco natural.

Parientes llamados en la clase de agnados por las constituciones imperiales anteriores á Justiniano.

Las constituciones imperiales, lo mismo que el derecho pretoriano, no introdujeron en el orden de los agnados ningún pariente, ya emancipado, ya dado en adopción, ya descendiente por hembras. Estas tres clases de colaterales permanecieron todas bajo el rigor del derecho civil hasta el tiempo del emperador Anastasio.

Este emperador, en 498, por una constitución que no ha llegado á nosotros, pero que hallamos reproducida en un fragmento inserto en el código de Justiniano (1) y en algunos otros pasajes (2), llamó á los hermanos y hermanas emancipados, en concurrencia con los hermanos y hermanas agnados, á la sucesión legítima, como si la emancipación no los hubiese hecho salir de la familia; sin embargo, con una cierta disminución, según nos dicen las Institutas. Esta disminución, que los textos no nos indican, era tal, según la paráfrasis de Teófilo (3), que el hermano legítimo debía tener el doble del hermano emancipado: si este último tenía cuatro onzas, el otro debía tener ocho.

(1) Cod. 6. 30. 4. const. Anast.

(2) Inst. tit. 5. § 1, que se halla más adelante.—Cod. 5. 58. 15. § 1. const. Just.

(3) Paráfrasis de Teófilo, más adelante, tit. 5. § 1.

Por lo demas, este favor concedido por la constitucion de Anastasio á los hermanos y hermanas emancipados, lo era á ellos solos; pero no á ninguno de sus hijos y demas descendientes.

Nada se hallaba todavía dispuesto en favor de los hermanos, hermanas ú otros parientes dados en adopcion, ó parientes sólo por hembras.

Parientes llamados en la clase de los agnados por las constituciones de Justiniano.

Con relacion á las hembras, excluidas por la jurisprudencia intermedia, Justiniano, como acabamos de ver, restableció el derecho de las Doce Tablas. Las hembras serán llamadas como los varones, sin distincion en su clase de agnacion.

Con relacion á los hermanos y hermanas emancipados, Justiniano, en sus Instituciones, confirma pura y simplemente la constitucion de Anastasio: los hermanos y hermanas llegarán á la herencia legitima con una cierta disminucion, y sin que se extienda á sus hijos el mismo beneficio (1). Pero por una constitucion posterior del año 534, extendió Justiniano las modificaciones introducidas en el derecho rigoroso: llamó á los hermanos y hermanas emancipados en concurrencia con los legítimos, sin ninguna disminucion, y extiende el mismo beneficio, despues de ellos, al primer grado de sus hijos, es decir, á sus hijos ó hijas, pero no á sus nietos ó nietas; por manera que podrán los hijos ó hijas, si su grado es el más próximo, presentarse á la sucesion de su tío ó tia, en concurrencia con los demas sobrinos ó sobrinas que han quedado en la familia (2).

Con relacion á los hermanos, hermanas ú otros parientes dados en adopcion, sabemos que, segun la constitucion de Justiniano, la adopcion por regla general no hacía ya perder los derechos de familia.

En fin, con relacion á los hermanos y hermanas uterinos, unidos entre sí por sólo las hembras, Justiniano, en una constitucion del año 528, los llama á la sucesion fraterna como si fuesen agnados, en concurrencia con los hermanos y hermanas consanguíneos (3); y posteriormente, en 532, llamó tambien á la clase de sobrinos y sobri-

(1) Inst., más adelante, tit. 5. § 1.

(2) Cod. 6. 58. 15. §§ 1 y 3.

(3) Cod. 6. 56. 7. const. Just.

nas agnados en primer grado de sus hijos (4), como expone el párrafo siguiente.

IV. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantum modo gradus a jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patris sui vocentur; sed etiam germanæ consanguinæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, et non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant: et mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus et successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

4. Hemos tambien creído deber añadir á nuestra constitucion que todo un grado, pero uno solo, fuese transferido de la línea de los cognados á la sucesion legitima: de tal manera que no sólo el hijo y la hija de un hermano se presentarán, segun lo que ya hemos dicho, á la sucesion de su tío paterno, sino que ademas el hijo y la hija de una hermana consanguínea ó uterina llegarán, pero sólo ellos, y nadie más allá de este grado, en concurrencia con los precedentes, á la sucesion de su tío materno. Así, á la muerte de aquel que con relacion á los hijos de su hermano es tío paterno, y con relacion á los de su hermana un tío materno, las dos ramas sucederán igualmente, como si descendiendo ambas de varones, tuviesen derecho legítimo á la sucesion, con tal que no haya ni hermano ni hermana supervivientes. Porque interviniendo estos últimos y aceptando la sucesion, los grados inferiores quedan absolutamente excluidos, porque aquí la herencia no se parte por stirpes, sino por cabezas.

Hereditate non in stirpes sed in capita dividenda. Lo que no es una disposicion especial para este caso particular, sino una regla general para todo el orden de los agnados, como vamos á explicar bajo el párrafo siguiente.

Despues de haber expuesto la composicion del orden de los agnados, sólo nos resta dar á conocer con el texto algunos principios generales relativos á este orden de sucesion.

V. Si plures sint gradus agnatorum, aperte lex Duodecim Tabularum proximum vocat. Itaque si,

5. Entre muchos grados de agnados la ley de las Doce Tablas llama expresamente al más pró-

(4) Ib. 58. 15. §§ 2 y 3.