

bla ya de él como de una cosa rara en su época. En tiempo de Gayo ya no existía: «*Et cum admonuerimus, dice este juriconsulto, totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, superuacuum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare*» (1). Y Ulpiano dice después de éste: «*Nec gentilitia jura in usu sunt*» (2). Esta desaparición sucesiva y al fin total, fácilmente se explica. En cuanto á lo que concierne á la clientela, subordinación de los plebeyos á los patricios, esta antigua relación quiritaria desapareció, y con ella una gran parte de la gentilidad. En cuanto á lo que concierne á las manumisiones, multiplicándose al infinito la sucesión de las razas y las primitivamente manumitidas, manumitiendo á su vez y creando nuevas razas, que por su parte daban origen á otras (porque cada manumisión producía este efecto), todas estas familias, superpuestas y ramificadas y depurándose á medida que se alejaban de su origen servil y que se prolongaba en ellas la ingenuidad de generación en generación: en fin, ocurriendo todas estas cosas en una progresión ascendente, según el curso que seguían la multiplicación de las manumisiones y el aumento de la población, resultó de aquí que inevitablemente debieron perderse los vestigios de los derechos de gentilidad. Esta renovación de la población, al mismo tiempo que depuraba y multiplicaba las familias secundarias, debió hacer desaparecer, y por decirlo así, disipar en medio de las generaciones sucesivas, las familias primitivas que habían formado el núcleo ingenuo generador, á las cuales estaba exclusivamente reservada la cualidad de gentil. Por una parte, estas familias han venido á ser con el tiempo cada día ménos numerosas, sobre todo comparativamente con la población común; y por otra, han perdido las huellas de aquellas en las cuales había existido su derecho de gentilidad. Si algunas parece que han resistido más, y si en ellas el título y los derechos de gentil han sobrevivido más largo tiempo, éstas han sido naturalmente las familias poderosas, que pierden difícilmente sus huellas, porque en su genealogía cifran su interés y su honor. Esto explica cómo la gentilidad de hecho sólo ha existido por cierto tiempo en algunas familias elevadas, y cómo, en fin, ha llegado á no ser más que un vago recuerdo.

Pero por el efecto misterioso de las tradiciones históricas y popu-

(1) Gay. 5. 17.

(2) Legum mosaicarum et romanarum collatio, 16. 4 in fin.

lares, mientras que se ha perdido la idea de la institución, no siendo ya más que un enigma para los juriconsultos y para los eruditos, han permanecido las palabras con su verdadero valor en boca del pueblo; y la dominación de *gentil*, *gentilhomme*, *gentiluomo*, *gentilhombre*, *gentleman*, ha pasado á la mayor parte de las lenguas modernas para expresar lo que se llama un buen linaje, una noble genealogía, una sangre pura (1).

TITULUS III.

DE SENATUS-CONSULTO TERTULIANO.

Lex Duodecim Tabularum ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium ñliamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret; nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione UNDE COGNATI accommodata, vocabant.

TÍTULO III.

DEL SENADO-CONSULTO TERTULIANO.

La ley de las Doce Tablas tenía un derecho de tal modo riguroso, tal preferencia en favor de la descendencia de los varones y tal exclusión contra los que se hallan unidos por los vínculos del sexo femenino, que no concedía ni aún entre la madre y el hijo ó la hija el derecho de venir á la sucesión uno de otro. Estas personas sólo eran llamadas por los pretores en su clase de cognación, por medio de la posesión de bienes UNDE COGNATI.

Ningún derecho de sucesión civil y recíproca existía entre la madre y sus hijos. Éstos no sucedían á la madre ni como *herederos suyos*, pues no tenía sobre ellos ninguna patria potestad, ni como *agnados*, pues no estaba en su familia: y la madre por su parte no sucedía á sus hijos por ningún título civil. La única excepción que había era en el caso en que la mujer hubiese pasado á la mano y á la familia de su marido (*in manu viri*), como ya hemos explicado, t. 1, p. 145. Sólo entonces era agnada de sus hijos, considerada con relación á ellos como en grado de hermana consanguínea, y en este grado existían recíprocamente entre ellos los derechos de agnación: «*Præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constitierint*» (2). Fuera de este caso, el rigor de la ley civil los dejaba sin derechos; sólo eran llamados en el tercer orden imaginado

(1) *Gentil* dice mucho más que *ingenuo*: el *ingenuo* ha nacido libre, pero nada indica que su padre ó alguno de sus abuelos no haya sido cliente ó esclavo: el *gentil* corresponde á una familia completa y perpétuamente libre hasta él.

(2) Gay. 5. 24.

por el pretor, el de los cognados. De aquel procedieron dos senado-consultos que corregían el rigor del derecho: 1.º, el senado-consulto Tertuliano, relativo á la sucesion de los hijos por la madre; 2.º, el senado-consulto Orfitiano, relativo á la sucesion de la madre por los hijos.

I. Sed hæ juris angustia postea emendata sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

1. Mas en adelante se templó este rigor del derecho, y el divino Claudio fué el primero que desfrío á una madre la herencia legítima de sus hijos, como un consuelo en su pérdida.

Sólo se trata aquí de un favor especial concedido por rescripto del emperador Claudio á una madre que habia perdido á todos sus hijos.

II. Postea autem senatus-consulto Tertuliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri non etiam avia, deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur in testato mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem cujus juri subjecta est.

2. Posteriormente, en tiempo del divino Adriano, estableció por punto general el senado-consulto Tertuliano en favor de la madre, pero no de la abuela, el derecho de recoger la triste sucesion de los hijos; declarando que la madre ingenua que tuviese tres hijos, ó la manumitida que tuviese cuatro, fuese admitida á los bienes de sus hijos ó hijas muertos *ab intestato*, áun cuando ella se hallase bajo la patria potestad; salvo en este caso el no hacer adición sino por orden del jefe á que se hallase sometida.

Divi Hadriani temporibus. No al mismo Adriano, sino á su hijo adoptivo Antonino Pio, se designa aquí con su nombre de adopción. Bajo su imperio (año 94 de R. y 158 de J. C.) se expidió el senado-consulto Tertuliano.

Este senado-consulto fué una continuacion de la ley PAPIA POPPEA, que habia reservado el derecho de sucesion testamentaria á los ciudadanos que tuviesen hijos, ó al ménos fué concebido con el mismo espíritu. No establece el derecho de sucesion *ab intestato* de las madres á los bienes de sus hijos, sino como un privilegio de las que tuviesen un número determinado de ellos fijado por la ley. De las madres que habian llegado á tener este número, que era de tres para las ingenuas y cuatro para las manumitidas, se decía que tenian el *jus liberorum*. Los jurisconsultos discutian con el mayor interes las

condiciones del *jus liberorum*: los hijos debian nacer vivos y de tiempo; con todo, en el séptimo mes aprovechaban ya á la madre; cada parto se contaba por un hijo, cualquiera que fuese el número de los que diese á luz: los abortos y los productos inertes ó monstruosos de nada aprovechaban. Tales eran, y áun otras semejantes, las cuestiones debatidas por los jurisconsultos en esta materia tan importante, pues se referia á uno de los primeros grados de sucesion (1). Sin embargo, algunas mujeres que no tenian ni habian nunca tenido, con arreglo á la ley, el *jus liberorum*, por no haber llegado á tener el número determinado, podian obtener aquél del Emperador (2). Así, la sola voluntad del Príncipe podia, por medio de un rescripto individual, alterar el orden de una sucesion.

Non etiam avia. El senado-consulto no se extendia á la abuela; teniendo cada madre el *jus liberorum*, podia suceder á sus hijos, pero no á sus nietos.

Licet in potestate parentis sit: esto puede suceder frecuentemente, pues ni por el matrimonio ni por la edad sale la mujer de la potestad y familia de su padre.

III. *Præferuntur autem matri, liberi defuncti qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi, gradus, sive ulterioris.* Sed et filia suæ mortuæ filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, avia suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus et proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filia excludat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excluderat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratri et sorori.

3. Son preferidos á la madre los hijos del hijo difunto, herederos suyos, ó considerados como tales, ya en primer grado, ya en cualquiera otro. Y si la muerta es una hija fuera de potestad, su hijo ó su hija serán preferidos por las constituciones á la madre de la difunta, es decir, á su abuela. Igualmente en uno y en otro caso el padre, pero no el abuelo ni el bisabuelo, es preferido á la madre, con tal, sin embargo, que sólo entre ellos se dispute la herencia. El hermano consanguíneo del hijo ó de la hija excluía á la madre; la hermana consanguínea era admitida con ella; pero si habia un hermano ó una hermana consanguíneos, y la madre tuviese el derecho de hijos, ésta era excluida por el hermano, y la herencia se distribuía igualmente entre el hermano y la hermana.

(1) Véanse todas las reglas minuciosas en las Sentencias de Paulo, 4. 19.

(2) Paul Sent. ib.

Esta sucesion de la madre en los bienes de los hijos es un género absolutamente especial de sucesion, que no es ni la de los agnados ni la de los cognados; que no se coloca positivamente ni ántes ni despues, pero que se arregla por un orden particular, segun el grado de parentesco.

Así, ántes de la madre se hallan colocados siempre, cuando concurren directamente con ella, sin distinguir en virtud de qué derecho sucesorio se presentan, herederos suyos, agnados, cognados ó poseedores de bienes: 1.º, los *hijos* del hijo ó de la hija difunta; 2.º, el padre, pero no el abuelo; 3.º, los hermanos consanguíneos, de los cuales, aunque no se presente más que uno, hasta éste para excluir á la madre. Las hermanas consanguíneas, cuando se hallan solas y sin ningun hermano, no excluyen á la madre, que tiene una parte con ellas. Y de esta jerarquía particular de grados, resulta que esta sucesion, 1.º, es siempre excluida por el orden de los herederos suyos; 2.º, excluye siempre á los agnados desde cierto grado, pero se halla excluida por los del grado superior, ó concurre con algunos; 3.º, no excluye siempre á los cognados; algunos ejemplos darán á conocer estas consecuencias.

Mas un principio, que es preciso establecer ántes de todo, y sin el cual no podria comprenderse la clase de esta sucesion materna, consiste en que es necesariamente indispensable para que el orden de preferencia que acabamos de indicar produzca su efecto: por ejemplo, para que el padre sea preferido á la madre, y la excluya, ó bien para que la madre sea preferida al abuelo, y lo excluya, es preciso que se establezca el concurso directamente entre ellos solos.

Scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. De esta manera enuncia nuestro texto este principio; parece querer referirlo únicamente al padre y al abuelo; pero el principio es general. Nos resta aplicarlo á diversos casos.

1.º Los hijos de un hijo excluyen siempre á la madre de este último, si son herederos suyos, ó llamados en el número de los herederos suyos. Pero supongamos que en el momento del fallecimiento de su padre se hallen los hijos en una familia adoptiva; sabemos que en esta situacion no tienen á la sucesion paterna ni derecho de herencia, ni derecho de posesion de bienes, á no ser como cognados; despues del orden de los agnados, ¿excluirán á la madre? Es menester distinguir: si existen agnados, no se establece directamente el concurso entre la madre y los hijos que se hallen en una familia

adoptiva; pero si entre la madre y los agnados, pues aún suponiendo que la madre fuese separada, serian, no ya los hijos, sino los agnados los que sucederian. Por consiguiente, la existencia de los hijos no tendrá influencia; la madre excluirá á los agnados, y se presentará á la herencia. Pero si no hay agnados, se presenta el orden de los cognados; entónces los hijos, aunque se hallen en una familia adoptiva, son llamados en este orden, y se establece directamente el concurso entre ellos y la madre del difunto: ésta queda excluida (1). Así, en este caso, la sucesion materna, que excluía al orden de los agnados, no excluye al de los cognados.

En cuanto á los hijos de una hija, no eran herederos suyos con relacion á ella, pues ésta no tenia ningun heredero suyo; sólo le sucedian, en virtud del senado-consulta Orfitiano, ántes de todos los agnados; y en esta posicion, las constituciones imperiales los llamaban especialmente con preferencia á la madre; esto es lo que nos indica el texto por las palabras *ex constitutionibus* (2).

2.º Los hermanos consanguíneos, siempre que no habia herederos suyos ni hijos llamados en el número de éstos, llegaban al frente de los agnados, y excluían á la madre.

3.º El padre, siempre que se hallaba en la posicion que hemos expuesto más arriba (p. 35), con derecho de sucesion inmediata á su hijo ó hija ántes fallecidos, excluye á la madre. Pero supongamos que se tratase de un padre que ha sido emancipado ó dado en adopcion por el abuelo. En este caso, sabemos que era excluido por los agnados, y que no tenia derecho sino despues de ellos, como cognado. Si, pues, hay agnados, como, por ejemplo, una hermana consanguínea, no estableciéndose directamente concurso entre la madre y el padre (pues este último no tiene ningun derecho), llegará la madre, y partirá la herencia con la hermana consanguínea, ó, si sólo hay agnados más distantes, ella los excluirá. Pero si no hay ningun agnado, llega el orden de los cognados, en el que se halla el padre, y se establece concurso entre él y la madre: ésta quedará excluida (3).

4.º El abuelo era excluido por la madre, siempre que concurría

(1) Dig. 38. 17. 2. § 9. f. Ulp.

(2) Una constitucion acerca de este punto, de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, se halla concebida en estos términos: «Quotiens de emancipati filii filiarum successione tractatur: filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido successio, neque ulla defuncti defunctave patri matrive concedatur intestate successio hereditas.» (Cod. 6. 37. 4.)

(3) Dig. 38. 17. 2. §§ 17 y 18. f. Ulp.

directamente y sólo con ella; pero supongamos que se tratase de la sucesion de un nieto emancipado por su abuelo, y dejando, fuera de este abuelo, á su padre y á su madre. El abuelo, en calidad de emancipador, es preferido al padre; ¿será excluido por la madre? No, porque ésta no excluiría al abuelo sino para hallarse en presencia del padre, que entónces á su vez la excluiría á ella, y que hallándose de este modo en presencia del abuelo emancipador, sería aquél en definitiva excluido. Éste sería un círculo inútil. Vale más conservar al abuelo su derecho; así la madre no lo excluirá, porque el debate hereditario no se agita directamente entre ellos solos (1).

La última observacion es que en este género de nueva sucesion habia siempre sido admitida la devolucion: si las personas preferidas á la madre y que le oponian obstáculo rehusaban la herencia, llegaba la madre; y, por el contrario, si la madre rehusaba, la sucesion legítima seguia su curso, y los agnados, que hubieran sido excluidos por ella si ésta hubiese aceptado, sucedian en su clase (2).

Por lo demas, este orden hereditario que acabamos de exponer se refiere al derecho primitivo del senado-consulta, pero ha sido bastante modificado por los emperadores, y en fin por Justiniano, como vamos á explicarlo en los párrafos siguientes.

IV. Sed nos constitutione quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixa fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt; ut et sic vo-

4. Pero nós, en una constitution inserta en nuestro Código, considerando los vinculos de la naturaleza, la crianza y sus peligros, y la muerte que frecuentemente ocasiona, hemos discurrido que era preciso auxiliar á la madre, y que sería impío convertir contra ella un caso puramente fortuito. En efecto, una mujer ingenua, por no haber tenido tres partos, ó una manumitida cuatro, era injustamente privada de la herencia de sus hijos. ¿Tiene ella culpa de no haber tenido muchos, sino pocos hijos? En su consecuencia, hemos dado á las madres un derecho pleno y legítimo, ya sean ingenuas ó manumitidas, ya

(1) Dig. 58. 17. 5. § 2. f. Paul.

(2) Dig. ib. 2. §§ 9. 14. 20 y 22. f. Ulp.

centur in liberorum suorum legitimam successionem.

hayan tenido tres ó cuatro hijos, ó sólo el que la muerte acaba de arrebatarnos; y de esta manera serán llamadas á la sucesion legítima de sus hijos.

Constitutione quam in Codice posuimus. Es la constitution 2 del título 59, lib. 8 del Código de Justiniano. Sin embargo, la constitution que le precede, tomada de Honorio y de Teodosio, podria hacer creer que aun ántes de Justiniano, el *jus liberorum*, que se podia obtener por rescripto imperial, sin estar en las condiciones establecidas, habia sido generalizado y concedido por aquellos emperadores á todas las madres, cualquiera que fuese el número de sus hijos (1). Pero esta constitution debe haber sido alterada, ó desfigurado su sentido por los redactores del *Código de Justiniano*: el párrafo siguiente nos servirá para restablecer el sentido que debia probablemente tener, y para indicar el orden cronológico de las modificaciones introducidas, bajo este aspecto, en la sucesion materna.

V. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim eam prægravabant, et non in solidum eam vocabant; sed in quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant: novis visum est recta et simplici viâ matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere: excepta fratris et sororis persona; sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes; ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen ut, si quidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, et mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero

5. Mas como ántes las constitutiones relativas á los derechos de sucesion legítima, siendo por una parte favorables á la madre, y siendo por la otra en perjuicio suyo, no la llamaban para la totalidad, sino que, en ciertos casos, la privaban de un tercio para darlo á ciertos agnados, y en otros casos hacian todo lo contrario, hemos querido que la madre fuese pura y simplemente preferida á todos los herederos legítimos, y recibiese sin ninguna disminucion la sucesion de los hijos, á excepcion de los hermanos y hermanas, ya consanguíneos, ya simplemente cognados. Así, á la manera que la llamamos ántes de todo el orden de los herederos legítimos, del mismo modo llamamos con ella á todos los hermanos y hermanas, agnados ó no, para percibir juntos la herencia, aunque en la proporcion siguiente. Si

(1) Esta constitution se halla así concebida: «Nemo posthac a nobis jus liberorum petat: quod simul hac lege omnibus concedimus.» (Cod. 8. 59. 1.)

matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

no quedan, con la madre del difunto ó la difunta, más que hermanas agnadas ó cognadas, la madre tendrá la mitad, y las hermanas la otra mitad entre todas. Mas si con la madre sobrevive un hermano, ó hermanos solos, ó con ellos hermanas agnadas, ó simplemente cognadas, la herencia *abintestato* se distribuirá por cabezas.

In quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant. Hallamos estas constituciones en el Código Teodosiano: son, la una de Constantino, y la otra de los emperadores Valentiniano y Valente. Principian realmente á destruir el privilegio de *jus liberorum*, y á hacerlo general á todas las madres, al ménos para una parte de la sucesion. Así, segun estas constituciones, cuando una madre que tenga el *jus liberorum* concurre con un tío paterno de su hijo difunto, ó bien con hijos ó nietos de este tío, en vez de excluirlos totalmente, como lo habria hecho segun el senado-consulta, tomará los dos tercios, y lo restante que se le separa pasará á estos agnados (*tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis*). Si, por el contrario, es una madre que no tenga el *jus liberorum*, en vez de ser excluida totalmente por ellos, como lo hubiera sido segun el senado-consulta, tomará un *tercio*, y estos agnados sólo conservarán los dos tercios restantes (1). Lo mismo sucedia con respecto á los hermanos consanguíneos emancipados, y por consiguiente colocados por el senado-consulta despues de la madre: ésta, concurrendo con ellos, les abandonaba, ó bien por el contrario tomaba de ellos un *tercio* de la sucesion, segun que tenía ó no el *jus liberorum* (2).

Es probable que la constitucion de Honorio y de Teodosio, citada en el párrafo anterior, se refiriese á este género de ventajas, por medio de las cuales era admitida la madre á la herencia de sus hijos, aún en el caso de que no tuviese el *jus liberorum*; y que los emperadores tomasen de aquí motivo para declarar que en atencion á estas ventajas no concederian ya á ninguna madre el *jus liberorum* por rescripto individual y privilegiado.

(1) Cod. Teod. 5. 1. 1.

(2) Cod. Teod. 5. 1. 2.

Lo que parece indudable, ya por nuestro texto, ya por la paráfrasis de Teófilo, es que Justiniano fué el primero que derogó estas disposiciones relativas á la segregacion ó concesion de un *tercio*, y que, por consiguiente, suprimió toda diferencia entre las madres que tuviesen ó no el número establecido de hijos.

Sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes. No se tendrá ya más en consideracion sino al vínculo fraternal procedente de la sangre, y la madre no será totalmente excluida por los hermanos y hermanas: si hay hermanos solos ó hermanos con hermanas, concurrirá con ellos por una parte; si no hay más que hermanas, tomará ella sola la mitad de la herencia.

VI. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere; scituris eis quod, si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repullentur.

6. Pero si hemos atendido á los intereses de las madres, es preciso que ellas atiendan á los de sus hijos. Que sepan, pues, que si descuidan pedir *dentro del año*, ya el nombramiento de un tutor á sus hijos, ya su reemplazo en caso de exclusion ó de excusa, serán con razon rechazadas de la sucesion de estos hijos que mueren *impúberos*.

Si tutores liberis non petierint. Esta negligencia no sería un motivo de exclusion contra una madre de ménos de veinte y cinco años de edad; sino sólo contra los mayores de dicha edad.

Intra annum. La obligacion impuesta á la madre era de provocar en caso necesario el nombramiento de tutor, inmediatamente (*confestim*), á ménos de impedirselo alguna enfermedad ú otra causa grave; de manera que del término de un año no debia excederse nunca: «*ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet*» (1).

Los juriconsultos discutian minuciosamente las diversas especies en las cuales habria ó no prescripcion, segun las circunstancias.

Impuberum morientium. Si el hijo, á quien la madre ha descuidado nombrar un tutor, ha llegado á la pubertad, y muerto púbero, ningun obstáculo puede oponerse ya á la madre. La pubertad del hijo, y la posibilidad que ha tenido, pero de la que no ha querido usar, de alterar por testamento el orden legítimo de su sucesion, bastan para asegurar á la madre.

(1) Dig. 38. 17. 2. § 45. f. Ulp.

VII. Licet autem vulgo quæsitus sin filius vel filia, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertuliano senatus-consulta admitti.

7. Poco importa que el hijo ó la hija hayan nacido de padre incierto: no por eso es ménos admisible la madre á la sucesion de sus bienes, en virtud del senado-consulta Tertuliano.

No es el *vínculo civil* el que produce los derechos de la madre á la sucesion de sus hijos, segun el senado-consulta Tertuliano, pues entre ella y ellos no existe ningun vínculo civil. Es únicamente el vínculo natural: mas respecto de la madre, los romanos reconocian este vínculo, lo mismo con relacion á los hijos vulgarmente concebidos, que con relacion á los legítimos.

TITULUS IV.

DE SENATUS-CONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur senatus-consulta Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est *divi Marci temporibus*; et data est tam filio quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et præferuntur consanguineis et agnatis defuncta matris.

Divi Marci temporibus. El senado-consulta Orfitiano corresponde al año 931 de Roma (178 de J. C.), bajo el reinado de los emperadores Marco Aurelio (que Ulpiano designa con su nombre de adopcion, Antonino) y Commodo (1).

Præferuntur consanguineis et agnatis. Así los hijos llegaban los primeros á la sucesion de su madre y ántes del orden de los agnados. No formaban un orden de herederos suyos, pues la madre no podia tenerlos; pero ocupaban el lugar de tales, siendo llamados ántes de todos los demas.

Precedian aún al padre de su madre difunta, pues los derechos de sucesion concedidos al padre, como los hemos expuesto ántes (p. 35 y sig.), no lo eran sino á falta de hijos.

(1) «Sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata, id actum est...», etc.» (Ulp. Reg. 26. § 7.) Marco Aurelio, hijo adoptivo de Antonino, se halla aquí designado con su nombre de adopcion.

En fin, precedian igualmente á la madre de su madre difunta, que hubiese invocado el senado-consulta Tertuliano, para llegar á la sucesion de su hija. Esta precedencia no se hallaba establecida por los dos senado-consultos, que habian guardado silencio acerca de este punto, sino por constituciones imperiales, y principalmente por la de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, cuyo texto hemos dado (p. 17, nota 1).

I. Sed cum ex hoc senatus-consulta nepotes ad aviæ successione legitimo jure non vocabantur, postea hoc *constitutionibus principalibus* emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur.

1. Pero como este senado-consulta no llamaba á los nietos á la sucesion legitima de su abuela, posteriormente se corrigió esto por *constitutiones imperiales*, que llamaron, á ejemplo de los hijos é hijas, á los nietos y nietas.

Constitutionibus principalibus. La primera constitucion en que hallamos el derecho de sucesion del senado-consulta Orfitiano, extendido aún á la herencia de la abuela, es de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio: se encuentra á un tiempo en el Código Teodosiano y en el Justiniano (1).

II. Sciendum est autem hujusmodi successiones, quæ à Tertuliano et Orphitiano senatus-consultis deferuntur, *capitis deminutione non perimi*, propter illam regulam qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non perirent, sed illæ solæ quæ ex lege Duodecim Tabularum deferuntur.

2. Debe saberse que estas sucesiones deferidas por los senado-consultos Tertuliano y Orfitiano no se pierden por la disminucion de cabeza, segun las reglas de que la disminucion de cabeza no arrebatara las herencias legítimas nuevamente introducidas, sino sólo las de las Doce Tablas.

Capitis deminutio non perimi. Bien entendido por la pequeña disminucion de cabeza; pues por la grande y por la media sucederia otra cosa. En efecto, el derecho de suceder en general y en cualquier orden que sea (poco importa que sea civil, pretoriano, senado-consular ó imperial) es siempre un derecho de ciudadano: no se le tiene ya, si se han perdido los derechos de ciudad, como sucede por la máxima y media disminucion. En cuanto á los derechos de suceder en uno de los órdenes establecidos por la ley de las Doce Tablas, es un derecho de familia: se pierde por la pequeña disminucion de cabeza, pues así se sale de la familia. Por el contrario, siendo las

(1) Cod. Teod. 5. 1. 4. — Cod. Justin. 6. 55. 9.