

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.

nuevas sucesiones creadas por los senado-consultos ó por los emperadores, lo mismo que los derechos de posesion concedidos por el pretor, únicamente establecidos á causa de los vínculos de sangre, y no de los de familia, no experimentan ninguna alteracion por la pequeña disminucion de cabeza.

III. Novissime sciendum est, etiam illos liberos qui vulgo quæsitii sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus-consulto admitti.

3. Debe saberse, en fin, que áun los hijos nacidos de padre incierto son admitidos por este senado-consulto á la herencia materna.

La madre no tenía nunca lo que en el derecho romano se llamaba hijos *legítimos*, es decir, hijos que ella tuviese bajo su potestad, y que fuesen bajo ella individuos de su familia. Este vínculo legítimo sólo existía entre el padre y los hijos que se hallaban bajo su potestad: la legitimacion en derecho romano no se refería nunca sino al padre, y no á la madre. En efecto, relativamente á ésta y á sus hijos, como no se consideraba entre ellos ningun vínculo de familia, sino sólo los de la sangre, no se habia establecido ninguna diferencia entre los habidos de justas nupcias, los nacidos de un concubinato ó áun vulgarmente concebidos, pues su filiacion con respecto á la madre era igualmente cierta, y su salida del seno materno tan indudable respecto de los unos como respecto de los otros; por consiguiente, en los derechos de sucesion ó de posesion de bienes concedidos, ya á la madre respecto de sus hijos, ó ya á los hijos respecto de la madre, por los pretores, por los senado-consultos ó por los emperadores, no se habia tenido en cuenta ninguna diferencia de nacimiento.

Sin embargo, manteniendo Justiniano en una nueva Constitucion, á los hijos nacidos de un concubinato, la integridad de sus derechos á la herencia materna, coloca los hijos vulgarmente concebidos (*spurii*) en una clase especial y ménos favorecida. Quiere, pero sólo en el caso en que su madre fuese una mujer *ilustre*, y que tuviese otros hijos habidos de justas nupcias, que no puedan haber nada de ella, ya por donacion, ya por testamento ó ya por sucesion *abintestato* (1).

IV. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa im-

4. Si entre muchos herederos legítimos, algunos han repudiado la herencia, ó no han podido ha-

(1) Cod. 6. 57. 5.

pediti fuerint quominus addeant, reliquis qui adierint, acrescit illorum portio; et licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.

cer adición de ella por habérselo impedido, ya la muerte, ya otra causa cualquiera, su parte acrece á los que han hecho adición; y si éstos hubiesen ya muerto, la acreción no tendrá menor lugar en provecho de sus herederos.

No se trata ya en este párrafo de la sucesion del senado-consulto Orfitiano, sino del derecho de acreción para todos los herederos legítimos. Como este derecho es comun á los herederos testamentarios, á todos los herederos *abintestato*, y áun á los poseedores de bienes, trataremos de él en adelante en un capítulo especial, despues que hayamos explicado todos los géneros de herencia.

*Licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.* Es la explicacion del principio que ya hemos enunciado (t. 1, p. 578), comparando el derecho de sustitucion con el derecho de acreción: á saber, que el derecho de acreción es forzoso; que tiene lugar de pleno derecho como consecuencia inevitable de la primera adición, y que por consiguiente se arregla, ya respecto de las condiciones de capacidad, ya respecto de la adquisicion, por la época de dicha adición. Vemos aquí un ejemplo: Una vez que uno de los herederos ha hecho adición, tiene derecho á las acreciones que pudiesen ocurrir despues si los otros coherederos ó algunos de ellos llegasen á rehusar ó no poder aceptar su parte. Y áun cuando estas acreciones sólo ocurriesen despues de su muerte, no serian por eso ménos en provecho suyo, ó al ménos en provecho de los que hubiesen recogido sus bienes y sucedido en sus derechos; porque en la parte hereditaria aceptada, en cualesquiera manos que se halle, ó por mejor decir, en la persona jurídica del heredero aceptante, á cualquier cabeza que haya pasado, y no á su persona física é individual, tiene lugar la acreción.

## TITULUS V.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

## TÍTULO V.

DE LA SUCESION DE LOS COGNADOS.

La ley de las Doce Tablas no reconocía otro orden de sucesion que éste: 1.º, de los *herederos suyos*; 2.º, de los *agnados*, y á falta de éstos, de los *gentiles*, si habia lugar. Si no existía ninguno de estos órdenes, la sucesion quedaba en desherencia ó caduca, cualesquiera que fuesen los parientes naturales que existiesen, porque la sucesion se hallaba rigurosamente comprendida en la *familia* y en la *gens*.

Acabamos de ver las modificaciones que templaron este rigor; cuáles parientes fueron comprendidos por los pretores ó por los emperadores con los herederos suyos, ó con los agnados, aunque no perteneciesen á estos órdenes; y qué nuevas sucesiones fueron creadas por los senado-consultos.

Pero, á falta de éstos, el pretor, en vez de dejar que la sucesion cayese en desherencia, abandonándola al tesoro público, habia llamado á un tercer orden de su creacion, al de los cognados, es decir, de los parientes unidos por los vínculos naturales de la sangre, si no lo eran por los de la familia civil. Sin embargo, no les habia dado el pretor un derecho de herencia, porque el pretor no podia hacer herederos (*nam prætor heredes facere non potest*) (1). Esta potestad estaba sólo reservada á la ley, ó á cualquiera otra constitucion legislativa, como los senado-consultos ó las constituciones imperiales: «*Per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus-consultum et constitutionem principalem*» (2). El pretor sólo habia concedido una posesion de bienes, una especie de sucesion pretoriana, por medio de la cual llegaba á un resultado semejante: «*Sed cum eis quidem prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur*» (3). Así, el orden de los cognados no es, como los precedentes, un orden de herederos, sino sólo un orden de poseedores de bienes.

Post suos heredes eosque quos inter suos heredes prætor et constitutiones vocant; et post legitimos, quorum numero sunt agnati, et ii quos in locum agnatorum tam supra dicta senatus-consulta quam nostra erexit constitutio, proximos cognatos prætor vocat.

I. Qua parte, naturalis cognatio spectatur; nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege Duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a prætore tercio ordine vocantur.

(1) Gay. 3. 32.

(2) Ib.

(3) Ib.

Despues de los herederos suyos ó llamados en número de los suyos por el pretor y por las constituciones, y despues de los herederos legítimos (á saber, los agnados y los llamados en la clase de agnados, tanto por los senado-consultos ántes citados, cuanto por nuestra constitucion) el pretor llama á los cognados más próximos.

1. En este orden, la cognacion natural es lo que se considera; así los agnados disminuidos de cabeza, y todos sus descendientes, no están ya en el número de los herederos legítimos, segun las Doce Tablas;

*Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis; non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis.*

pero son llamados por el pretor en el tercer orden; *exceptuándose sólo el hermano y la hermana emancipados*, pero no sus hijos; porque llamados por la ley de Anastasio en concurrencia con los hermanos, que han quedado en la integridad de sus derechos, á la sucesion legítima de su hermano ó hermana, no por iguales porciones, sino con una disminucion suficientemente indicada por el texto de esta constitucion, pasan, aunque disminuidos de cabeza, ántes de los otros agnados de un grado inferior, y con mayor razon, ántes de los cognados.

*Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis.* Hemos expuesto ántes, p. 29, los derechos de sucesion que les han sido concedidos por Anastasio en la clase de los agnados. Por consiguiente, si existen tales hermanos, se presentan como agnados, y no hay lugar para el orden pretoriano de los cognados.

II. Hos etiam qui per feminini sexus personas ex transversa cognatione junguntur, tercio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.

2. Aquellos que se hallan unidos por hembras en línea colateral, son llamados por el pretor en el tercer orden de sucesion en su grado de proximidad.

III. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

3. Los hijos que se hallen en una familia adoptiva son igualmente llamados en este orden á la sucesion de sus padres naturales.

Segun las alteraciones introducidas por Justiniano acerca de los efectos de la adopcion (véase pág. 17), esta disposicion del edicto no tiene ya efecto para los hijos dados en adopcion por su padre á un extraño, pues en este caso nunca se pierden los derechos de familia. Pero la disposicion se aplica á los emancipados que se hubiesen dado en adrogacion, porque Justiniano no destruyó los efectos de la adrogacion.

IV. *Vulgo quæsitus nullum habere agnatum manifestum est; cum agnatio a patre, cognatio a matre sit; hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione*

4. Los hijos *habidos de padre incierto* no tienen evidentemente ningun agnado, porque del padre viene la agnacion, y de la madre sólo la cognacion; pues son re-

nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum igitur cognati sunt sibi, sicut ex matre cognati. Itaque omnibus istis ex ea parte competit honorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

putados como si no tuviesen padre. Por la misma razón ni áun son consanguíneos entre sí; pues el derecho de consanguinidad es una especie de agnación. Son, pues, entre sí, simples cognados, cognados por su madre. La posesión de bienes que llama á los cognados por su grado de proximidad, á todos ellos es aplicable.

*Vulgo quæsitos.* Siendo su filiación cierta con relación á la madre, y, por consiguiente, también con relación á todos los parientes maternos, son llamados, no sólo á la sucesión materna por el senado-consulto Orfitiano, sino también á la sucesión unos de otros, como nos lo dice aquí el texto (1) (*sibi*), y áun á la de los parientes maternos (2), según la proximidad de su grado (*proximitatis nomine*), en el orden de los cognados.

Los hijos nacidos de un concubinato, y que teniendo un padre cierto, se hallaban indudablemente unidos por los vínculos naturales de la sangre, no sólo á la madre y á los parientes maternos, sino también al padre y á los parientes paternos. El texto no nos dice aquí ni en ninguna otra parte si eran llamados por el pretor en la clase de los cognados á la sucesión de los parientes paternos; pero la afirmativa no admite duda.

V. Hoc loco et illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, *etsi decimo gradu sit*, sive de lege Duodecim Tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem qui *usque ad sextum gradum* cognationis sunt; *et ex septimo, a sobrino sobrinaque nato natae.*

*Etsi decimo gradu sit.* Expresión que es sólo enunciativa y no

(1) Dig. 38. 8. 2. f. Gay., y 4. f. Ulp.

(2) Dig. 38. 8. 8. § f. Ulp. En efecto, se trata en este fragmento de hijos vulgarmente consanguíneos, que suceden como cognados á su abuela materna.

limitativa; porque los agnados, según lo que ya hemos visto ántes (p. 30 y 31), son llamados hasta el infinito (1).

*Usque ad sextum gradum.* El sexto grado es el límite general para los cognados. No hay más excepción que la siguiente:

*Et ex septimo, a sobrino sobrinaque nato natae.* Los primos hermanos, es decir, hijos de hermanos ó hermanas, se llamaban generalmente en latín *consobrini*; se hallaban entre sí en el cuarto grado, como puede verse en el § 4 del título siguiente. Sus hijos, es decir, los primos segundos, se llamaban en latín *sobrini*, y se hallaban entre sí en el sexto grado, como puede verse en el § 6 del título siguiente. Supongamos que uno de ellos tuviese hijos; estos hijos, con relación al otro, serían hijos de sobrino segundo (*a sobrino sobrinave nato*); se hallaban un grado más distantes que su padre, esto es, en el *sétimo grado*; sin embargo, eran también llamados á su sucesión como cognados á falta de más próximos parientes. Pero eran los únicos que gozaban de este privilegio; pues todos los demás cognados del séptimo grado, de los que había un gran número, eran excluidos, hallándose para ellos cerrado el orden de los cognados.

## TITULUS VI.

## DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Hoc loco necessarium est exponere quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare imprimis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum: inferior, liberorum: ex transverso, fratrum sororumque, eorumque qui quæve ex his progenerantur; et conveniunt patri, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior cognatio a primu gradu incipit, at ea quæ ex transverso numeratur, a secundo.

Esta distinción fundamental entre las tres líneas ascendente, descendente y colateral es fácil de comprender.

En cuanto á la computación de los grados, nos bastará decir que

(1) Véase igualmente en adelante t. 6. § 12.

## TÍTULO VI.

## DE LOS GRADOS DE COGNACION.

Aquí es necesario exponer cómo se cuentan los grados de cognación. Con este objeto decimos primero que la cognación se cuenta, la una ascendiendo, la otra descendiendo, y otra transversalmente, ó como también se dice, lateralmente. La cognación ascendente es la de los ascendientes; descendente, la de los descendientes; colateral, la de los hermanos ó hermanas y de su posteridad, y, por consiguiente, también de los tíos ó tías paternos ó maternos. Las cognaciones ascendente y descendente principian por el primer grado; pero la colateral por el segundo.