

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, ultro 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, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa, fratris tui aut patris tui filiæ, vel amitæ tuæ 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

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 paterno, ó á tu tía 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

interveniat. Et hæc quidem lex Duodecim Tabularum nullo modo introducit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos sive masculos sive feminas cuuscumque 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 repellat, omni alia successione incognita: donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deceret 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 hæc parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mereri invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem 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.

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 esta una jurisprudencia intermedia, posterior á la ley de las Doce Tablas, pero anterior á la legislación imperial, que por medio de ideas sutiles introdujo esta diferencia, y rechazó completamente á las mujeres de la sucesion de los agnados, no existiendo entonces 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. Entonces, hallándose introducida la línea 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, aplanando la humanidad de los pretores, juzgamos que no han aplicado al mal un remedio eficaz. Porque, en efecto, en 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 legítimas, es decir, unidas por la descendencia masculina, varones ó hembras, sean igualmente llamadas, segun su grado, á la sucesion legitima ab intestato, y que las hembras no sean excluidas por no tener, como las hermanas, los derechos de consanguinidad.

Etiam 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 también comprendidos en este número (1). Se les llamaba *consanguíneos*, porque participaban de una misma sangre paterna; en oposición 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, dice también Paulo, jure consanguinitatis tam ad fratris quam ad sororis hereditatem admittitur*» (3).

Esta distincion establecida llevó á los juriscultos 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 agnatis defertur hereditas*» (4). Las hembras se hallaban comprendidas en la primera, pero no en la segunda. Todos sus agnados del sexo masculino (*virilis sexus*) les sucedian; pero ellas, fuera de sus hermanos y hermanas consanguíneos, no sucedian á nadie (5).

Qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur. Es, como dice más abajo el texto mismo, la posesion *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 posesion, sólo viene en tercer lugar despues del orden de los agnados. Verémos 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,

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

(2) Ib. § 13.

(3) Ib. § 16.

(4) Ib. § 17.

(5) Gay. 3. 14.

obra de los prudentes. Parecia, segun lo que de ella dice Paulo, que por una interpretacion dictada por el espíritu de la ley *Voconia*, extendieron los prudentes, de las sucesiones testamentarias á las legítimas, la exclusion de las hembras: «*Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur. Idque jure civili Voconia ratione videtur effectum*» (1). Hemos ya dicho (t. I, p. 580) que la ley *Voconia*, que habia declarado á las mujeres como incapaces en cierto modo de recibir por testamento, habia 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 relacion á los agnados.

No habia introducido el pretor ningun pariente en el número de los agnados; ni á los emancipados, ni á los adoptados, ni á los descendientes por hembras. Habia dejado este orden tal como lo habian 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 segun su grado de parentesco, en su orden de cognados, en caso que este orden llegase á la sucesion; y el pretor lo hacia llegar cuando el orden de los agnados faltaba por una causa cualquiera.

Se puede dar por razon 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 habia 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 tenia en consideracion 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 ningun pariente,

(1) Paul. Sent. 4. 8. § 22.

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.

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

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

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

Con relación 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 distinción en su clase de agnación.

Con relación á los hermanos y hermanas emancipados, Justiniano, en sus Instituciones, confirma pura y simplemente la constitución de Anastasio: los hermanos y hermanas llegarán á la herencia legítima con una cierta disminución, y sin que se extienda á sus hijos el mismo beneficio (4). Pero por una constitución posterior, del año 534, extendió Justiniano las modificaciones introducidas en el derecho riguroso: llamó á los hermanos y hermanas

(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.

(4) Inst., más adelante, tit. 5. § 1.

emancipados en concurrencia con los legítimos, sin ninguna disminución, y extiende el mismo beneficio, después 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 sucesión de su tío ó tía, en concurrencia con los demás sobrinos ó sobrinas que han quedado en la familia (1).

Con relación á los hermanos, hermanas ú otros parientes dados en adopción, sabemos que, según la constitución de Justiniano, la adopción, por regla general, no hacía ya perder los derechos de familia.

En fin, con relación á los hermanos y hermanas uterinos, unidos entre sí por sólo las hembras, Justiniano, en una constitución del año 528, los llama á la sucesión fraterna como si fuesen agnados, en concurrencia con los hermanos y hermanas consanguíneos (2); y posteriormente, en 532, llamó también á la clase de sobrinos y sobrinas agnados en primer grado de sus hijos (3), 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 filius, 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

4. Hemos también creído deber añadir á nuestra constitución que todo un grado, pero uno solo, fuese transferido de la línea de los cognados á la sucesión legítima: de tal manera que no sólo el hijo y la hija de un hermano se presentarán, según lo que ya hemos dicho, á la sucesión de su tío paterno, sino que además el hijo ó 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 sucesión de su tío materno. Así, á la muerte de aquel que con relación á los hijos de su hermano es tío paterno, y con relación á los de su hermana un tío materno, las dos ramas sucederán igualmente, como si descendiendo ambas de varones, tuviesen derecho legítimo á la sucesión, con tal que no haya ni hermano ni hermana superviviente. Porque interviniendo estos últimos y aceptando la sucesión, los

(1) Cod. 6. 58. 15. §§ 1 y 3.

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

(3) Ib. 58. 15. §§ 2 y 3.

admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet *hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda*.

grados inferiores quedan absolutamente excluidos, *porque aquí la herencia no se parte por estirpes, 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 composición 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, verbi gratia, sit defuncti frater et alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis, singulari numero usa, lex proximum vocet, tamen dubium non est quin, etsi plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: et tamen non dubium est quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

5. Entre muchos grados de agnados la ley de las Doce Tablas llama expresamente al más próximo. Si pues el difunto deja, por ejemplo, un hermano y el hijo de otro hermano ó un tío paterno, el hermano es preferido. Y aunque la ley, explicándose en singular, llame al más próximo, nadie duda, sin embargo, que, si son muchos en un mismo grado, todos deben ser admitidos. Del mismo modo el más próximo supone, rigurosamente hablando, que haya muchos grados: y sin embargo nadie duda tampoco que si no existe más que un solo grado de agnados, la herencia haya de pertenecerle.

Al lado del principio expuesto en este párrafo, de que los agnados son llamados á la herencia segun el orden de los grados, excluyendo siempre los más próximos, y de un modo absoluto á los más distantes, es preciso establecer este otro principio de que en el orden de los agnados la herencia no se parte por estirpes, sino sólo por cabezas. «*Agnatorum hereditatem dividuntur in capita*», nos dicen las reglas de Ulpiano (1). Así la particion por estirpes, en la cual los hijos representan á su padre difunto, y por medio de esta representacion llegan á ocupar su lugar en la sucesion, y á tomar su parte para distribuirla entre sí, esta particion queda exclusivamente propia de los herederos suyos: no hay lugar para los agnados. De aquí se deduce, por ejemplo, que nunca los hijos de un hermano difunto se presentarán á concurrir con los herma-

(1) Ulp. Reg. 26. 4.

nos y hermanas vivientes: siendo éstos más próximos en grado, los excluian absolutamente. Se deduce tambien de aquí, que si todos los hermanos y hermanas hubiesen muerto, y llegasen á la sucesion los sobrinos y sobrinas, se hará una parte igual para cada uno de ellos, sin distinguir de qué estirpe proceden, ni si son uno ó muchos en dicha estirpe. «*Velut si sit fratris filius*, añaden las reglas de Ulpiano, *et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personæ tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant*» (1).

VI. Proximus autem, si quidem nullo testamento facti quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is cujus de hereditate quaeritur. Quod si facti testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit nullum ex testamento heredem exiturum; tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur: in quo spatio temporis sæpe accidit ut, proximior mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

6. La proximidad, cuando el difunto no ha hecho ningun testamento, se examina con relacion á la época del fallecimiento. Pero si ha hecho alguno, será la época aquella en que se ha hecho cierto que ningun heredero existirá en virtud de dicho testamento; porque sólo entonces se le puede considerar como realmente muerto intestado. A veces no se decide esto hasta mucho tiempo despues de la muerte; y en este intervalo sucede con frecuencia que llegando á morir el más próximo, se hace entonces más próximo el que no lo era al fallecimiento del testador.

Esta regla no es especial al orden de los agnados, sino general para todas las sucesiones *ab intestato*, como ya hemos visto.

VII. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum *successionem non esse*; id est, ut quamvis proximus qui, secundum ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores, *imperfecto jure corrigentes*, non in totum sine adminiculo relinquebant; sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutio-

7. Se habia querido que en este orden de suceder *no hubiese devolucion*; es decir, que el más próximo que fuese llamado, segun lo que hemos dicho, á la herencia, llegando á repudiarla ó á morir antes de haber hecho adición, los del grado subsecuente no eran admitidos por el derecho civil. Los pretores, introduciendo aquí *una corrupcion todavía imperfecta*, no dejaban á estos agnados sin ningun auxilio, pues cerrándoseles el derecho de agnacion, los llaman en el orden de los cognados. Pero nosotros, deseando no dejar ninguna imperfeccion en la legislacion, hemos ordenado por nuestra constitucion publicada acer-

(1) Ulp. Reg. 26. 4.

ne, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus *successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam*; cum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

Successionem non esse. El principio de que no se hace devolucion de la herencia de un grado á otro, era comun tanto al orden de los herederos suyos quanto al de los agnados. « *Successio in suis hereditibus non est* », nos dice un fragmento de Ulpiano en el Digesto (1); « *In hereditate legitima successioni locus non est* », nos dice Paulo en sus *Sentencias* (2). Así la sucesion era diferida toda, pero una sola vez en cada orden, al grado más próximo. Si todos los individuos de este grado la rehusaban, ó morian ántes de haber hecho adición, no pasaban al grado subsecuente en el mismo orden, sino que concluido el derecho entero del orden, este orden se acababa y la sucesion pasaba al siguiente; de esta manera se hacía la devolucion de un orden á otro, pero no de grado á grado. Sin embargo, hay que hacer distinciones acerca de esto entre el orden de los herederos suyos y el orden de los agnados.

En el orden de los herederos suyos, la cuestion de devolucion de un grado á otro, y de faltar todo el orden por no hacerse adición, no podia presentarse respecto de los que eran suyos propiamente dichos, pues adquirian la herencia de pleno derecho y á su pesar por el hecho solo de haberles sido deferida.

No podia tampoco presentarse para saber si en caso de abstencion de los más próximos herederos suyos, podrian llegar en su lugar los subsecuentes herederos suyos, pues sabemos que la abstencion no impedia ser heredero, y por consiguiente, no suministraba ningun derecho ni al grado ni al orden subsecuentes. En suma, en el orden de los herederos suyos, si podia presentarse la cuestion de devolucion, sólo era con relacion á los descendientes

(1) D. 38. 16. 1. § 8.

(2) Paul. Sent. 4. 23.

ca del derecho de patronato y dictada por un sentimiento de humanidad, que la devolucion en la herencia de los agnados no les fuese negada; porque sería absurdo que un derecho abierto por el pretor á los cognados quedase cerrado á los agnados; sobre todo cuando para la carga de las tutelas, cuando faltaba el grado más próximo, se pasaba al siguiente, por manera que se admitia la devolucion para las cargas, y no para los beneficios.

que no fuesen herederos suyos, segun el derecho riguroso, sino que fuesen sólo llamados por la legislacion posterior en la clase de los herederos suyos, sin que adquiriesen la herencia de pleno derecho.

En el orden de los agnados, como la herencia no la adquirian sino por la adición, se hallaba intacta la cuestion de devolucion. En este estado de cosas, tanto para los unos como para los otros, no podia ó no debia nunca tener lugar la devolucion.

Imperfecto jure corrigentes. El pretor se habia guardado bien de establecer la devolucion de grado á grado en el orden de los agnados. Esto habria sido perpetuar este orden, cuando el espíritu del derecho pretoriano se proponia aprovecharse inmediatamente de su decadencia para llamar á la herencia al orden de los cognados, segun su grado de parentesco natural. En esta sucesion pretoriana tenia lugar la devolucion.

Successionem in agnatorum hereditatibus non esse denegandam, ni probablemente respecto de las personas llamadas en la clase de los herederos suyos, sin que lo sean realmente. La razon es la misma: ¿Por qué se les negaria un derecho que se halla concedido á los agnados y cognados?

VIII. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri; cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

8. Es igualmente llamado á la sucesion legítima el ascendiente que emancipa á su hijo ó á su hija, á su nieto ó á su nieta con reserva de fiducia. Lo que por nuestra constitucion se halla modificado en el sentido de que la emancipacion de los hijos se juzga siempre hecha con reserva de fiducia; mientras que entre los antiguos no tenia esto lugar sino en tanto que el ascendiente, habiendo especialmente estipulado esta reserva, hiciese la última manumision.

Segun la ley de las Doce Tablas y el derecho civil riguroso, ¿cuál era la clase hereditaria de los ascendientes en la sucesion de su descendiente? ¿Se hallaban comprendidos en el orden de los agnados? ¿Qué grado en él ocupaban? Debe entenderse que no hablamos ni de los ascendientes por la línea materna, ni de las mismas ascendientes, ya sea la madre, ya la abuela ú otras, pues no formaban parte de la familia civil; hablamos sólo de los ascendientes paternos. Respecto de éstos, es preciso distinguir dos ca-

sos : 1.º, aquel en que su ascendiente difunto se hallase todavía en el momento de su muerte bajo la patria potestad ; y 2.º, aquel en que hubiese salido de ella en vida de los ascendientes, por emancipacion ó de cualquier otro modo.

En el primer caso, hallándose todavía el difunto bajo la patria potestad, y siendo hijo de familia, no podía obtener ninguna herencia segun la ley de las Doce Tablas. Á su muerte, aquel de los ascendientes que fuese jefe de la familia recobraba, como cosa correspondiente á él, todos los bienes que el hijo de familia, que habia muerto ántes, podía en vida haber tenido á su disposicion. Mas como el hijo de familia no podía hacerse jefe, y por consiguiente, capaz de dejar una herencia, sino por muerte de todos sus ascendientes paternos, pues mientras quedase uno pasaba sucesivamente bajo la potestad de uno á otro, se sigue de aquí que nunca podía haber cuestion de ascendientes en la sucesion legítima de un hijo de familia, á ménos que no hubiese salido de su potestad en vida suya por efecto de una emancipacion, ó de cualquiera pequeña disminucion de cabeza, lo que forma el segundo caso que habrémos de examinar.

En este segundo caso, habiendo salido ya el hijo de la patria potestad, ningun vínculo de familia civil lo ligaba ya á sus ascendientes, quienes, por consiguiente, no podian tener ningun derecho legítimo á su herencia.

Así, ya sea en el primer caso, porque el hijo de familia difunto no podía tener ninguna herencia, ya en el segundo caso, porque el hijo salido de la familia no estaba ya ligado civilmente á sus ascendientes, nunca, segun la ley de las Doce Tablas, podía haber cuestion de ascendientes en la sucesion legítima.

Veamos las modificaciones que fueron introducidas respecto de estos dos casos en el derecho riguroso, y en primer lugar en cuanto á los hijos de familia sometidos á la patria potestad.

La introduccion de los peculios les permitió una herencia testamentaria ; primero, del peculio castrense, y despues, del peculio cuasi-castrense. Pero esta modificacion no se extendió al principio á la sucesion intestada, porque sabemos que si el hijo de familia moria sin haber hecho testamento, el jefe ascendiente se apoderaba de todos los peculios, no por derecho hereditario, sino por derecho de patria potestad, y con preferencia á todos, áun á los hijos del difunto, segun el derecho escrito (t. I, página 537).

No habia todavía sucesion *ab intestato* para los hijos de familia.

Este género de sucesion no se introdujo respecto de ellos sino con posterioridad por medio de las constituciones imperiales, y de un modo absolutamente excepcional, es decir, sólo para los bienes que hubiese podido obtener el hijo de familia, ya de su madre, ya en general de su línea materna, por donacion, legado ó de otro modo. Veamos por las constituciones, primero de Teodosio y Valentiniano (1), despues de Leon y Antemio (2), y en fin, de Justiniano (3), que respecto de este género de bienes, el orden de sucesion *ab intestato* del hijo de familia se fijó del modo siguiente : 1.º, sus hijos varones ó hembras, nietos ó nietas, y así sucesivamente ; 2.º, sus hermanos ó hermanas, de uno mismo ó de diverso matrimonio ; 3.º, su padre ú otros ascendientes segun su grado. En este caso, es de tal modo cierto que los ascendientes se presentan en virtud de un derecho de sucesion que les es concedido, y no por derecho de patria potestad, que si el abuelo, jefe de familia, y el padre del difunto viven ambos, el padre sucederá en los bienes maternos, como el más próximo ascendiente, y el abuelo, aunque tenga la patria potestad, sólo disfruta del usufructo á que dicha potestad le da derecho (4).

Todo esto, introducido especialmente en consideracion á los vínculos del matrimonio y al origen materno de los bienes, habia quedado absolutamente extraño á los peculios castrenses y cuasi-castrenses. El jefe de familia, en caso de fallecer el hijo sin testamento, tomaba siempre dichos peculios por derecho de patria potestad. Pero una disposicion de Justiniano, que hemos visto poco há (5), quiso que estos peculios no pasasen á aquél sino en el caso en que el hijo difunto no hubiese dejado ni hijos ni hermanos ni hermanas. Así Justiniano abrió, con relación á los peculios castrenses y cuasi-castrenses del hijo de familia, una especie de sucesion *ab intestato*, cuyo orden estaba arreglado del modo siguiente : 1.º, los hijos ; 2.º, los hermanos y hermanas. Á falta de éstos, tomaba los bienes el jefe de familia *jure communi*, segun expresion de Justiniano. No cabe la menor duda en que esta expre-

(1) Cod. 6. 61. 3.

(2) Ibid. 4.

(3) Ib. 59. 11.

(4) Cod. 6. 61. 3.

(5) Inst. 2. 12. *princ.*

sion significa que los tomaba por derecho de peculio, y no de sucesion. En primer lugar, la paráfrasis de Teófilo lo dice terminantemente: *Jure communi, id est tanquam peculium paganum*. En efecto, el derecho comun era aquí el derecho de peculio, y no el orden sucesivo y absolutamente excepcional establecido con respecto á los bienes maternos. Por otra parte, los motivos particulares que habian dictado las disposiciones de los emperadores acerca de los bienes maternos, no existian ya aquí. En fin, es evidente, segun resulta de la comparacion de los textos, que aquí el derecho se atribuye á aquel de los ascendientes que se halla revestido de la patria potestad, y que si, por ejemplo, el abuelo y el padre del difunto viven ambos, el primero, jefe de familia, es el que, á falta de hijos ó de hermanos ó hermanas del difunto, toma los bienes castrenses y cuasi-castrenses; mientras que el padre tomaria por sucesion los bienes maternos, porque en este caso su union inmediata con la madre y con la línea materna, de donde procedian dichos bienes, habia modificado el orden sucesorio establecido en su favor, con perjuicio de los derechos de patria potestad del jefe (1).

Tal era la posicion de los ascendientes en la sucesion de los hijos de familia.

En cuanto á los hijos que habian sido de la familia, viviendo sus ascendientes paternos, por efecto de una disminucion pequeña de cabeza, desde muy luégo se imaginó una primera modificacion en el derecho riguroso. Hemos visto (t. I, p. 158) que el ascendiente que emancipaba á su hijo de familia por medio de las emancipaciones hechas con reserva de fiducia (*contracta fiducia*), se reservaba para sí los derechos de tutela y sucesion asociados al patronato (t. I, p. 160). En este caso el ascendiente emancipador, pero sólo él entre todos los ascendientes, llegaba á la sucesion de aquel descendiente, inmediatamente despues de los herederos suyos. Formaba en cierto modo el orden de los agnados, porque habiendo sido emancipado el hijo, no tenía otros. Segun lo que ya hemos visto acerca de este punto del derecho de Justiniano, y segun lo que el texto aquí repite, sabemos que en todos los casos y de cualquier manera que la emancipacion hubiese sido hecha, el ascendiente emancipador tenía siempre los derechos de tutela y de

(1) Mi sabio colega, Mr. Ducaurroy, en sus *Institutas explicadas* profesa una opinion contraria.

sucesion, que habria tenido en otro tiempo por la reserva de fiducia. Sin embargo, Justiniano modificó estos derechos en cuanto al orden sucesorio. Así, el ascendiente emancipador, en calidad de patrono, llegaba el primero, é inmediatamente despues el orden de los herederos suyos con preferencia á todos los demas. Pero Justiniano establece aquí para la herencia del emancipado el mismo orden sucesivo que existia para la herencia de los peculios: 1.º, los hijos; 2.º, los hermanos y hermanas, y 3.º, el ascendiente emancipador ó emancipante (1).

De la sucesion de los gentiles (2).

Queriendo Ciceron dar á conocer todo lo que debe contener una definicion para que sea completa, cita por ejemplo la de los gentiles.

« Los gentiles, dice, son aquellos que tienen el mismo nombre comun entre sí; no es esto bastante: que son de origen ingenuo; no es suficiente todavía: de los cuales ninguno de sus abuelos ha estado en servidumbre; ahora falta todavía alguna cosa: que no han sufrido disminucion de cabeza; seguramente que no es menester más. En efecto, no sé que el pontífice Scévola haya añadido nada á esta definicion » (3).

Y sin embargo, á pesar de esta perfecta definicion, no ha habido cosa que más haya quedado en la oscuridad que el saber lo que eran los gentiles.

« Si (*ad*) gnatus NESCIT (*nec sit*) gentiles familiam HERES HANC (*heredes habento*) » (4).

Véase, tal como ha llegado hasta nosotros, el fragmento alterado del texto de las Doce Tablas, que llamaba á la herencia, á falta de agnados, á los gentiles. Pero ¿quiénes eran los gentiles?

Gayo, en su Instituta, despues de haber expuesto la herencia de los agnados, llega á la de los gentiles. « Si nullus agnatus sit,

(1) Cod. 6. 56. 2. const. Diocl. y Maxim. interpolada por Justiniano.

(2) Véase acerca de la institucion de los gentiles lo que de ellos hemos ya dicho en la *Hist. del Der.*, p. 109, y en la *General*, p. 42.

(3) Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt: non est satis; qui ab ingenuis ortundi sunt: ne id quidem satis est; quorum majorum nemo servitutem servivit: ab est etiam nunc, qui capite non sunt deminuti. Hoc fortase satis est. Nihil enim video Scævolum pontificem ad hanc definitionem addidisse. (CICER. TOP. 6.)

(4) Fragmento tomado de Ulpiano, *Legum mosalarum et roman. Collatio*, 16, 4.

eadem lex Duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat.» Podría creerse que iba á dar aquí algunas explicaciones, pero añade: «*Qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus*» (1); pues en este primer comentario no se encuentra nada acerca de los gentiles; una hoja entera que falta en el manuscrito, despues de la exposicion de la tutela de los agnados, contenia probablemente la de los gentiles, y la explicacion á que Gayo se refiere (2), explicacion que ha quedado ignorada.

Más de una conjetura se ha aventurado acerca de este misterio de la asociacion civil de los romanos.

Segun unos, la *gens* se componia de las familias entre las cuales la comunidad de nombre revela un origen comun, pero tan apartado, que se ha perdido el origen, no siendo posible descubrir entre los individuos de estas familias verdaderos vínculos civiles de agnacion. Esta opinion es sin disputa la más superficial, y más parece opinion de literato que de jurisconsulto. En efecto, no se trata de vínculos procedentes de un vago supuesto, tomado del simple hecho de tener un mismo nombre (3). Se trata de verdaderos vínculos de derecho civil, que daban lugar á la tutela y á la herencia legítima; que deben, por consiguiente, contarse civilmente por grados, y que se pierden, como nos lo enseña la definicion de Ciceron, por la pequeña disminucion de cabeza, es decir, por efecto de la misma pérdida de la agnacion, en todo individuo que sale de su familia.

Segun las conjeturas de Niebuhr, la *gens* ha sido primitivamente una agregacion política de diversas familias patricias, extrañas unas á otras en cuanto á los vínculos de sangre y de la patria potestad; pero unidas políticamente en una especie de asociacion civil, en una division territorial de la ciudad, particular á cada una de ellas; formando de este modo una especie de unidad política, en un cuartel comun, con un nombre comun, con un culto privado y sacrificios comunes (*sacra gentilitia*), y una participacion comun, es decir, tomada conjuntamente, como en un solo cuerpo, en las funciones políticas de la ciudad. El número de estas *gentes* está limitado y fijado para la misma constitucion. Son

(1) Gay. 3. 17.

(2) Gay. 1. 164.

(3) Como por chiste, dice Ciceron, hablando del rey Servio Tulio á causa de la simple semejanza de nombre: *regnante meo gentili*.

precisamente las tres tribus y las curias, de que nos habla la historia romana, que contienen dentro de sí esta division. Cada tribu se compone de diez curias, y cada curia de diez *gentes*; por manera que hay en todo cien *gentes* en cada tribu, y trescientas en toda la ciudad. Los comicios por curias (*comitia curiata*) son aquellos en que se hallan convocadas, en las treinta curias que componen, aquellas agregaciones, aquellas *gentes* patricias, que votan en ellos cada una como una sola unidad, dándose el voto, no por individuo, sino por *gens* (1). Tal es la hipótesis del ingenioso historiador, que investiga en la vida de las naciones ejemplos de instituciones semejantes, y que señala en la antigua Atica, lo mismo que en la Italia y en la Alemania de la Edad Media, poblaciones divididas en este modo de especies de *gentes*, tribus ó asociaciones políticas de familias diversas.—Los derechos de tutela y de herencia legítimas se hallan comprendidos desde luego en cada familia, segun los grados de la agnacion; y en defecto de ésta pasan á las *gentes*, es decir, á los individuos de la asociacion política, segun los grados de la gentilidad.—Esta asociacion por *gentes* es esencialmente propia de la casta patricia (2); sólo los patricios forman las primitivas *gentes*; sólo ellos eran al principio los verdaderos ciudadanos; sólo ellos votan en aquellos *comitia curiata*, en que el voto se recogia por cada *gens*; los plebeyos no tenian ningun voto que dar, pues no componian ninguna asociacion política, ninguna *gens*. «*Vos solos gentem habere!*» Tal era el cargo que más tarde hicieron sus oradores á los patricios (3).—Sin embargo, segun Niebuhr, los emancipados y los clientes de los patricios, unidos en cierto modo al patrono, formaban siempre con él parte de la *gens* á la que éste pertenecia; eran tambien los *gentiles* individuos diversos de esta *gens* y participaban de los derechos de la gentilidad (4). No se depositaba en el lugar de la sepultura comun sino

(1) M. Niebuhr ve la asercion expresa de este hecho en este pasaje de Aulio Gellio: «*Cum ex generibus hominum suffragium feratur, comitia curiata esse.*» (Aul. Gel. XV. 27.) *Genus* se toma aquí por *gens*.

(2) Así *patricia gens* es una circunlocucion frecuentemente usada para designar á los patricios: «*Plebs dicitur in qua gentes civium patricia non insunt.*» (Aul. Gel. X. 20.)—«*Jus non erant nisi ex patriciis gentibus fieri consules.*» (Aul. Gel. XVII. 21.)—*Vir patriciae gentis.* (Tito Livio. III. 33, y VI. 11.)

(3) Tito Livio, X. 8. Vamos en breve á reproducir este pasaje, que nos suministrará alguna luz.

(4) Véase Niebuhr, *Hist. rom.*, 1, 2, p. 23 y 28 de la trad.—Pero sin derecho de votar en las curias, p. 39 y sig.

á aquellos que tenían parte en la *gens* y en su *sacra* (1); el sepulcro de los Escipiones recogió muchos emancipados.—Fuera de esto, es preciso reconocer en la vida del pueblo romano un gran número de *gentes* plebeyas, de quienes la historia nos habla con frecuencia y de un modo positivo (2). Según Niebuhr eran *gentes* secundarias (de la clase media, de la clase comun, de la municipalidad, según su expresión), cuya agregación no es reconocida como *gens*, según la constitución política; pero que no deja de existir teniendo sus individuos los derechos de la gentilidad. Pero entonces ¿cuál es la especie de vínculo que los une? ¿En qué se diferencia de la agnación? ¿Cómo se forma esta especie de asociación, con un hombre comun, compuesta de familias diversas por su origen, asociación que no proviene de la constitución ni de la organización política, y que produce, sin embargo, una gentilidad de derecho civil? Aquí es donde flaquea el sistema conjetural de Niebuhr; no halla aplicación, ni deja por respuesta á estas preguntas sino vaguedad é incertidumbre.—En fin, ¿en qué corresponde todo este sistema á la definición tan perfecta que Ciceron pretende haber dado de los gentiles, y á la que el pontífice Scévola nada tenía que añadir? ¿Cómo se comprobará el sistema por la definición, ó la definición por el sistema? Niebuhr sale del paso diciendo que la definición de Ciceron es acomodada á las instituciones de su tiempo, sin que el orador se haya ocupado en explicar el sentido de la palabra en su origen? (3).

Tal es, y tan claramente cuanto me ha sido posible analizar en pocas palabras, la teoría del ilustre historiador de Roma, teoría que por lo demás se liga estrechamente á la totalidad de su sistema histórico; mas todas las conjeturas no pueden en nuestro concepto considerarse como verdades. Confesando nuestra ignorancia ó nuestra incertidumbre respecto de aquellos puntos de la cuestión que han quedado en la oscuridad, y principalmente acerca de los que se refieren á una época primitiva muy remota, hay, sin embargo, algunos respecto de los cuales creemos oportuno manifes-

(1) «*Jam tanta est religio sepulcrorum, ut extra sacra et gentem inferri fas neget esse; idque apud majores nostras Torquatus in gente Popilia judicavit.*» (CICERON. *De legib.* II, 22, 55.)

(2) Así precisamente la *gens Papilla*, de que habla Ciceron en el pasaje que acabo de citar, es una *gens plebea*; del mismo modo la *gens Ælia*, de que habla FESTO, ó la palabra *gens Ælia*, y tantos otros.

(3) Niebuhr, *Hist. rom.* V. t. 2. (p. 13 de la traducción), nota 18.—Y para toda esta teoría de Niebuhr, t. 2 de su *Hist. rom.* (p. 1 y sig. de la trad.)

tar nuestro convencimiento y emitir asertos que consideramos como seguros, y que se separan bajo más de un aspecto de las conjeturas de Niebuhr.

Es indudable que los romanos han asociado á la palabra *gens* la idea de un origen, de un principio de generación comun, natural ó civil. Esta idea se nos presenta por todas partes. Nos la revelan la filología de la palabra y sus muchas afiliadas (1). La hallamos expresamente enunciada en el texto, que nos da acerca de los *gentiles* una definición seguramente ménos completa que la de Ciceron, aunque también muy posterior: «*Gentiles dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur; ut ait Cincius: Gentiles mihi sunt qui meo nomine appellantur*» (2). La hallamos en Varron, que comparando la filiación de las palabras con la de los hombres, considera á los gentiles Æmilianos como oriundos de un Æmilio, su padre comun (3); y en Ulpiano, cuando da la definición de la familia (4). Por último, se encuentra también empleada en un sentido que puede considerarse como su límite superior, en aquellos hermosos pasajes del *Tratado de las leyes*, de Ciceron, en los que creeríamos oír la voz del cristianismo proclamando la fraternidad de los hombres y la caridad universal cuando el filósofo pagano revela la idea del hombre criado á imagen y semejanza de Dios, no en su cuerpo, elemento material, sino en su espíritu, emanación de la Divinidad, y que recibe por ley primitiva y general, y como fundamento de todas las virtudes y de todo derecho, el amor de sus semejantes (5). «*Cumque alia quibus cohærent homines e mortali genere sumpserunt, quæ fragilia essent et caduca, animum esse ingeneratum a Deo: ex quo vere vel AGNATIO nobis cum cælestibus, vel GENUS vel STIRPS appellari potest*»; y más adelante: «*Est igitur homini cum Deo similitudo; quod cum ita sit quæ tandem potest esse proprior certiorve COGNATIO*» (6).

(1) Véase la numerosa familia de estas palabras: *generare, gignere*, engendrar; *generascere*, ser engendrado; *generator, genitor*; *generatio, generis, genealogia*; *genitatis, genitivus*; *gener*, yerno; *genus*, et *gens* aplicado á las naciones; *gens romana, gens togata*; ó á toda la especie humana, *humana gens*, como salida de un mismo origen.

(2) Festo, en la palabra *Gentilis*.

(3) «*U ab Æmilio homines orti, Æmilii ac Gentiles.*» VARRON, *De ling. latin.* VII, 2.

(4) «*Omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familie appellabantur, qui ex eadem domo et GENTE proditi sunt.*» Dig. 50. 16. *De verbor. signif.*, 195. § 2. f. Ulp.

(5) «*Unam esse hominum inter ipsos vivendi parem communemque rationem: deinde omnes inter se naturali quadam indulgentia et benevolentia, tum etiam societati juris contineri.*»... «*Nam hæc (omnes virtutes) nascuntur quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum juris est.*» CICERON, *De legib.*, lib. 1.

(6) CICERON, *De legib.*, lib. 1.

Así, véase al hombre que porque ha sido criado por Dios á su imágen y semejanza, se halla unido á él por los vínculos de una *agnacion*, de una *gentilidad* y de una *cognacion*, las más ciertas de todas (1). Véanse los tres nombres del idioma y derecho civil de los romanos, *agnatio*, *gens*, *cognatio*, empleados, y precisamente en su órden jurídico, para expresar la idea de este origen y de este parentesco celestiales (2). Aquí se descubre un rayo de luz.

En efecto, hay que distinguir tres grandes términos en los vínculos de agregacion civil ó natural que se conocian entre los romanos.

La familia (*familia*), á la que corresponden la *agnacion* (*agnatio*) y el título de *agnados*;

La *gens* (en cierto modo generacion, genealogía), á la que corresponden la *gentilidad* y el título de *gentiles*;

En fin, la *cognacion* (*cognatio*), á la que corresponde el título de *cognados*.

La familia comprende á todos los ciudadanos, sean patricios ó plebeyos, ingenuos ó libertinos. Sabemos que se hallaba fundada sobre una base absolutamente civil, cual era la potestad paterna; que el vínculo que formaba la *agnacion* entre sus individuos era el poder paterno ó marital, que los unia ó que los uniria á todos bajo un jefe comun, si el jefe más distante de la familia viviese todavía (*Generalizacion del der. rom.*, p. 30 y sig.).

La *gens* no tiene lugar para todos los ciudadanos; para comprender bien esta relacion del derecho quiritarario es indispensable, á nuestro juicio, formar idea de la clientela y de la manumision. La *gens* tiene sólo lugar para aquellos que son de origen perpétuamente ingenuo, de los cuales ninguno de sus abuelos haya estado nunca en servidumbre ó en cualquiera clientela, y que, por consiguiente, se forman de sí mismos de generacion en generacion su propia genealogía (*gens*). En cuanto á las familias en la actualidad ingenuas, pero de las cuales alguno de sus mayores, por re-

(1) « *Ut homines Deorum agnatione et gente teneantur* », dice todavía Ciceron con más laconismo en el mismo pasaje.

(2) Ciceron emplea cuatro términos en lugar de tres, y los emplea precisamente en el órden legal de herencia, y por consiguiente del vínculo jurídico: *agnatio*, *gens*, *stirps*, *cognatio*. Para mayor claridad hago abstraccion del tercero, *stirps*, que ocupa ménos la atencion, y que por otra parte es un accesorio de la *gens*; pero todo esto se liga entre sí, y yo creo descubrir el lazo que lo une. El sistema que voy á explicar da á conocer perfectamente este lazo, no sólo entre los tres términos, sino aún entre los cuatro.

moto que sea, ha sido, ya cliente de un patricio, ya esclavo, no tienen una genealogía propia; deben su vida y su generacion civil á la raza de patronato ó de manumision, de la que han tomado nombre; y los *sacra*, que es verdaderamente en la ciudad su centro generador, su *gens*. Así los individuos de una familia de origen perpétuamente ingenuo son á un mismo tiempo entre sí *agnados* y *gentiles*; son ademá los *gentiles* individuos de todas las familias de clientes ó de todas las familias derivadas, que su *gens* ha producido por manumision en una época cualquiera y á quien ella ha dado su nombre y sus *sacra*. Estos últimos tienen *gentiles*; pero ellos no lo son de nadie. Llevan el nombre, y participan de los *sacra* de la *gens* á que se hallan unidos ó de que proceden; puede ser permitido depositarlos en la sepultura de esta *gens*; mas no tienen ciertamente ni la cualidad de *gentiles*, ni los derechos de herencia ni de tutela propios de dicha cualidad (1).

En cuanto á la *cognacion*, lo mismo que la familia, tiene lugar para todos los ciudadanos sin distincion. Sabemos que los romanos entendian por *cognacion* el vínculo que hay entre personas que se hallan unidas naturalmente por una misma sangre, ó que la ley reputa tales (*Generalizacion del der. romano*, p. 41).

Todo individuo de la familia es por esto solo individuo de la *cognacion*; es tambien por esto solo individuo de la *gentilidad*, si la hay, es decir, si se trata de una familia de origen constantemente ingenuo. En otros términos, todos los *agnados* son *cognados* entre sí; y si se trata de una familia de origen perpétuamente ingenuo, todos los *agnados* son á un tiempo *agnados*, *gentiles* y *cognados* entre sí (2); y ademá son los *gentiles* de todos los individuos de las familias derivadas de su *gens*. — Por el contrario, todo individuo segregado de la familia deja de ser *agnado*; deja de ser igual-

(1) Se ve que no concedemos, como Niebuhr, el título ni los derechos de *gentiles* á los manumitidos ni á los descendientes. La definicion de Ciceron, de la que nunca se separa nuestro sistema, repugna absolutamente esta idea. Por lo demas, no hablamos sólo, como Niebuhr, de los manumitidos directamente ligados al patrono por los derechos del patronato, más enérgicos que los de la *gentilidad*, sino de toda la descendencia de los manumitidos, porque aunque sea ingenuo, sólo debe su existencia civil á la *gens*, de donde su autor comun ha salido por manumision.

(2) Esto es lo que ha inducido á error á los que han creido que la familia y la *gens* eran una misma cosa. En este número debe contarse al ilustre Vico, que seguramente no descubrió el carácter especial y civil de esta institucion. (V. los pasajes en que se habla de ella; *De constantia philologie*, t. 3, p. 279 y 198 de la edicion de Milan, 1835. — *De uno univ. jur. princip. et fin.*, lib. 1. §§ CIV y CLXI, t. 3, p. 58 y 107). No hay aquí otro fenómeno que el que se halla en este principio perfectamente conocido. « Todos los *agnados* son *cognados*; pero la reciproca no es verdadera. »

mente gentil si se trata de una familia de gentiles (*qui capite non sunt deminuti*, dice la definicion de Ciceron); pero no deja por esto de ser cognado con respecto á aquellos á quienes se halla ligado por los vínculos de la sangre, porque la agnacion y la gentilidad son vínculos civiles, mientras que la cognacion es un vínculo puramente natural (1).

Esto supuesto, veamos lo que comprende la *gens* en las diversas agnaciones que la componen ó que de ella dependen:

1.º Desde luego, y sobre todas estas agnaciones, familia ó agnacion de origen perpétuamente ingénuo; libre en todo tiempo de toda clientela y de toda servidumbre; centro generador que lleva en sí mismo su propia genealogía, que forma la de los demas y que da á todos su nombre y sus *sacra*. Ésta es la *gens*; sus individuos son á la vez agnados, gentiles y cognados, y ademas son los gentiles de todos los individuos de las diversas agnaciones unidas por clientela á la suya y derivadas por manumision de la misma, habiendo tomado su nombre y sus *sacra*.

2.º En un lugar inferior á esta *gens*, como procedente de ella, y habiendo recibido de la misma la existencia civil con su nombre y sus *sacra*, todas las familias ó agnaciones actualmente ingénuas, pero que provienen en una época cualquiera de una manumision verificada por la *gens*. Los individuos de estas diversas familias ó agnaciones son entre sí, cada uno en su respectiva familia, agnados y cognados; pero todos tienen por *gentiles* á los individuos de la *gens*, principio generador de donde civilmente proceden (2).

3.º Probablemente tambien las familias ó agnaciones que proceden de los clientes y que por los vínculos de clientela se hallan unidas á la *gens* suprema, de la que han recibido el nombre y los *sacra*. Cada uno de los que las componen tiene por agnados á to-

(1) Vico padece indudablemente error cuando cree que la *gentilidad* no la pierde aquel que sale de la familia por adopcion (*De uno univ. jur. princip. et fin.*, lib. 1, § CLXXI, t. 3, p. 109).—Esto se halla en contradiccion con el genio del derecho civil romano y con la terminante definicion de Ciceron.

(2) Estas familias derivadas pueden á su vez hacer manumisiones. Respetto de la descendencia de sus manumitidos, no serán una *gens*, pues la *gens* comun es la familia de origen puro y perpétuamente ingénuo, de la que proceden todas las demas; pero si serán un tronco ó estirpe (*stirps*). Véanse, pues, las cuatro expresiones reconocidas en el derecho civil romano, y colocadas en su orden juridico: *agnatio*, *gens*, *stirps*, *cognatio*, tales como las ofrece Ciceron, hablando de nuestro parentesco celestial. Veremos en breve, en un ejemplo notable que nos suministra, suscitarse una controversia judicial ante el colegio de los centumvros, entre el derecho de suceder por estirpe (*stirpe*) ó por gentilidad (*gente*), y precisamente lo que se disputa es la sucesion de un hijo de manumitido.

dos los individuos de su familia respectiva, y por *gentiles* á todos los de la *gens*. Si emitimos esta última opinion como una cosa probable, no es porque nuestra conviccion sea ménos profunda, sino únicamente porque queda siempre alguna oscuridad acerca del privilegio sagrado de la clientela, privilegio exclusivo del poder patricio que desapareció ántes, mientras que la esclavitud y la manumision han permanecido hasta el fin.

Así, á la manera que la *agnacion* se halla fundada sobre un vínculo comun de poder paterno ó marital, cualquiera que sea la antigüedad á que se refiera dicho poder, del mismo modo la *gentilidad* se funda sobre un vínculo de poder de patronato, tan antiguo como en su existencia sea dicho poder: patronatos, ya de manumitidos, ya de clientes.—La una y la otra, la agnacion lo mismo que la gentilidad, llevan consigo comunidad de nombres y de *sacra*, vínculo civil y religioso; mientras que la *cognacion*, relacion absolutamente de derecho natural, sólo procede de los vínculos de la sangre.—Una y otra se pierden por la segregacion de la familia, mientras que la cognacion natural continúa subsistiendo.

Pero el número de estas familias, en las que puede descubrirse en los términos más remotos el tronco de su genealogía, que pueden probar que han sido perpétuamente ingénuas y que en ningun tiempo ninguno de sus abuelos ha estado en clientela, ó que no ha debido á una manumision la libertad y la existencia civil; este número, repito, es por necesidad limitado. La agnacion y la cognacion tienen lugar para todos los ciudadanos, y la gentilidad sólo para aquellas estirpes privilegiadas. Por eso nos dice Paulo en sus Sentencias: «*Intestatorum hereditas lege XII Tabularum primum suis hereditibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur*» (1). *Aliquando quoque*, á veces solamente. Si en los primitivos tiempos sólo los patricios tuvieron el privilegio de gentilidad, era porque, en efecto, al principio sólo ellos tuvieron á toda la plebe bajo su patronato. Todos los plebeyos en los primitivos tiempos defendian por fuerza como clientes de las familias patricias, sin que hubiese ninguno que pudiese decir que procedia de un origen constantemente libre de todo poder, ninguno que se pudiese llamar *gentil*.—El famoso *vos solos gentem habere* que Publio Decio Mus lanza en su arenga contra los patricios, se refiere precisa-

(1) Paul. Sent. 4. 8. 3.

mente á esta cualidad de ingenuidad primitiva y originaria (1): no se han buscado para patricios hombres bajados del cielo, pero sí completamente ingénuos. — Pero este privilegio, exclusivo en su origen, se ha ido con los demas. En efecto, se introdujeron en la ciudad entre sus numerosos aumentos de poblacion, familias plebeyas, que, no habiendo correspondido nunca á aquellos primitivos tiempos, no habian estado nunca sometidas á la clientela de las familias patricias. Esta potestad de clientela, que sólo los patricios habian tenido, acabó por desaparecer completamente, mientras que el poder dominical y la manumision se hallaban expeditos para todos los ciudadanos. Véase cómo las familias plebeyas que pudieron descubrir un origen independiente y siempre ingénuo, formaron á su vez *gentes* como los patricios, y tuvieron el derecho de gentilidad, no con relacion á una descendencia de clientes, pues nunca la habian tenido, sino al ménos con relacion á todos los individuos de las diversas familias derivadas de la suya por manumision, en una época cualquiera. Véase por qué la historia nos indica tantas *gentes* plebeyas. Esto es incontestable con relacion al tiempo de Ciceron; porque si la gentilidad hubiese todavía sido exclusivamente propia del patriarcado, ¿cómo el pontífice Scévola, y cómo Ciceron, que tan prolijamente se empeña en completar su definicion, que puede servir de modelo, habrian podido presentarla como perfecta, habiendo omitido indicar una condicion tan esencial y tan particular? (2).

Vamos ahora á tratar de la herencia legítima.

Desde luégo llama á ella el derecho civil á los individuos de la familia, á los agnados (herederos suyos ó simplemente agnados).

(1) «Semper ista audita sunt eadem; penes vos auspicia esse, vos solos gentem habere, vos solos justum imperium et auspiciam domi militiæque: æque adhuc prosperum plebeium ac patricium fuit, prorroque erit. In Romæ unquam fando audistis patricios primo esse factos, non de celo demissos, sed qui patrem cære possent: id est nihil ultra quam ingenuos? Consullem jam patrem cære possum, exclama entónces Decio, avunque jam poterit filius meus!» Tit. Lib. x. 8.

(2) Según Vico, cuando los patricios solos dicen *se gentem habere* es que ellos solos tienen el *connubium*, las nupcias, que distinguen las familias, que marcan los descendientes, que separan los unos de otros á los padres, madres, hermanos y hermanas, é impiden los enlaces incestuosos, que no sirven para propagar las generaciones, sino para confundirlas y destruirlas. En cuanto á la plebe, no tiene *gens*, porque se une á manera de las bestias (*quia agitantur connubia more ferarum*); y cuando pretende obtener á su vez el *connubium*, no es éste el derecho de enlazarse con los patricios (*connubia cum patribus*), pues su ambicion no puede ser tan grande, sino el derecho de contraer uniones reconocidas y sancionadas civilmente, como las de los patricios (*connubia patrum*). — Vico, *Scienza nuova*, lib. 2, cap. 7, t. 4, p. 60 de la edicion italiana de Milan, 1836; — t. 2, p. 127 de la trad. de M. Michelet. — Se ve hasta qué punto la imaginacion ha alejado de la verdad al filósofo napolitano.

— A falta de éstos, á los individuos de la *gens*, los gentiles, si hay gentilidad; y aquí se para. — Sólo el derecho pretoriano llama en tercer lugar á los cognados.

Pero de hecho, sólo por los descendientes de clientes ó manumitidos puede la familia distinguirse útilmente de la *gens*; y por consiguiente, por ellos, despues de los *agnados*, llegan los *gentiles* á los derechos legítimos de tutela y herencia.

En efecto, para los individuos de la *gens*, es decir, de la familia perpétuamente ingénuo, la agnacion y la gentilidad se reunen y confunden: estos individuos son á un tiempo entre sí agnados, gentiles y cognados. Y si son segregados de la familia, dejan á un mismo tiempo de ser agnados y gentiles, quedando sólo como simples cognados. Así respecto de ellos y entre sí la familia y la *gens* se confunden (1).

Mas no sucedia lo mismo respecto de las familias descendientes de un cliente ó de un libertino, por distantes que se hallasen de este primer origen servil. Dejando aparte lo que concierne á la clientela, materia oscura y demasiado antigua, vemos por mucho más tiempo en aplicacion la que procede de la manumision. El manumitido, primer tronco de su familia, habia tomado, al pasar de la esclavitud á la libertad, el nombre del patrono que lo habia manumitido. Por lo que á él respecta, no era ingénuo, no tenía familia anterior ni agnado: era liberto; y á su patrono y á la familia de éste pertenecian, no por derecho de gentilidad, sino *por derecho de patronato*, la tutela de él, y á falta de herederos suyos, la herencia legítima de sus bienes (t. 1, p. 187). Pero en este libertino, si habia contraido justas nupcias, si habia tenido una posteridad legítima, habia tenido principio una nueva familia: todos los individuos de ésta, aunque descendientes de un libertino, eran ingénuos, agnados entre sí, libres de todo derecho de patronato: la serie de ellos formaba una primera aglomeracion, que era para los mismos la familia, el orden de los agnados. Sin embargo, al lado de ella, al lado de esta descendencia legítima del libertino, familia de origen servil, se habia desarrollado otra aglomeracion ci-

(1) Véase por qué Ulpiano, al dar las diferentes acepciones de la palabra familia, ha dicho: «*Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum: nam tunc, vatre familias mortuo, singulis familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerant recte ejusdem familiae spectantur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*» Dig. 50. 16. *De verbor. signif.*, 195, §. 1. Ulpiano.