

vil, la familia del patrono, familia de origen ingénuo. Esta última era la *gens* de la otra y de todas sus ramificaciones; porque ella, por medio de la manumisión, la había, por decirlo así, engendrado; y le había dado con la libertad existencia civil y nombre: no tenía ya sobre ninguno de sus individuos derecho de patronato, pero sí tenía derecho de gentilidad. Así, respecto de las razas de libertinos, la *familia* es cosa distinta de la *gens*: la *familia* es la descendencia legítima del libertino, en todas sus ramas, por descendencia de varones, siendo los agnados los individuos de esta descendencia; la *gens* es la descendencia por varones, la familia legítima del patrono; y los *gentiles* son los individuos de esta familia. — Para ellos, la tutela y la herencia legítima pertenecen desde luego á sus agnados; es decir, á los individuos de su familia; y á falta de éstos, pasan aquéllas á sus gentiles, esto es, á los individuos de su *gens*. — En cuanto al libertino, tienen el patrono y su familia facultad de suceder por *derecho de patronato*; y en cuanto á los hijos del libertino y á todos sus descendientes, facultad de suceder por *derecho de gentilidad*. No se hallará en toda la legislación romana otro derecho para hacer que suceda el patrono ó sus hijos á los hijos del libertino, muertos sin posteridad y sin agnados (1).

En suma, los *gentiles* eran, pues, los individuos de la familia de los patricios patronos ó de la familia manumitente, de origen puramente ingénuo y libre de toda clientela, primero con relacion

(1) Esto es lo que no me parece que han presentado con bastante claridad los que han escrito sobre la materia, y principalmente mi sabio compañero y amigo MR. LAFERRIÈRE, en los artículos con que ha enriquecido la *Revista bretona de Derecho y Jurisprudencia* (Noviembre y Diciembre, 1841; Enero y Febrero, 1842) con este título: *Constitucion de la familia romana y de la gens, segun la ley de las Doce Tablas*. He leído estos artículos con grande interes y utilidad; pero si he comprendido la mayor objecion que se hace contra mis ideas acerca de la gentilidad, dicha objecion se funda en que el patrono y sus descendientes sucederian por continuacion del derecho de patronato, no sólo al libertino, sino á los descendientes de éste, muertos sin herederos suyos. Confieso que no conozco cosa semejante en la legislación romana. El libertino, pero sólo el libertino, está sometido al derecho de patronato: en cuanto á sus descendientes, son ingénuos, libres por consiguiente de este derecho; lo que se refiere al llamamiento del patron ó de sus hijos á los derechos de tutela ó de sucesion, está siempre limitado á la persona del libertino: no conozco ningun texto, ningun monumento, ni la ley de las Doce Tablas, ni ningun otro que se extienda á más. Sólo la *gentilidad*, segun yo la comprendo, puede producir este efecto. — Léjos de que mi sistema destruyese el orden de sucesion establecido por las Doce Tablas, se halla enteramente conforme con ésta. Respecto de un individuo de la familia de los clientes, ó respecto de un descendiente de libertino, el orden es el siguiente: 1.º Sus herederos suyos. 2.º Sus agnados (porque hay agnados, es ingénuo; no le conciernen las reglas relativas á la sucesion del libertino). 3.º Sus gentiles (es decir, los individuos civiles de la familia, de que procede la suya, ya por clientela, ya por primitiva manumision).

de unos á otros: lo que entre ellos se confunde con la cualidad de agnados, y ademas con relacion á los individuos de la familia de los clientes, ó de la familia manumitida, y de todas sus ramificaciones.

Esto supuesto, se hace más comprensible la definicion del pontífice Scévola y de Ciceron, siendo clara su exactitud: puede decirse completa, y cada uno de sus términos se halla comprobado. — «*Los gentiles son aquellos que tienen entre sí el mismo nombre comun*»; en efecto, es el nombre de la familia del patrono que ha pasado á la familia de los clientes ó del libertino, y que en ellas resulta comun. Pero esto no basta, porque si nos parásemos aquí, la definicion se aplicaria igualmente á los agnados que tienen tambien entre sí comunidad de nombre. «*Que son de origen ingénuo*»: véase una nueva circunstancia que especifica mejor y que marca al momento la distincion ó separacion de los agnados, pues no es necesario, para ser agnado, haber nacido de padres ingénuos: no son ménos agnados entre sí los hijos legítimos de un libertino. Todavía no es esto bastante, pues es preciso «*que ninguno de sus abuelos haya estado en servidumbre*»; porque si subiendo hácia sus abuelos se hallase uno solo que hubiese sido cliente ó esclavo, no sería ésta una familia de *gentiles*, sino una descendencia de clientes ó libertinos, que tomara su existencia civil y su nombre de una familia de patrono ó de una familia manumitente, que sería su *gens*. Ciceron, en fin, añade como último carácter: «*que no hayan sido disminuidos de cabeza*», porque todo individuo que por una disminucion de cabeza ha salido de la familia, de la genealogía superior, ha perdido toda participacion en los derechos de esta familia, y por consiguiente no está ya en el número de los gentiles de la familia subordinada.

La misma definicion de Festo, aunque ménos completa, se halla comprobada: «*Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur*»; la calificacion de *gentil* se aplica á dos circunstancias: ya á la comunidad de origen para los individuos de la *gens* entre sí, ya á la comunidad de nombre para estos individuos con relacion á la descendencia del cliente ó del libertino.

En fin, para que el conocimiento sea completo, si todavía no lo es, Ciceron nos muestra un proceso llevado ante el colegio de centumviros, que se funda precisamente en el derecho de *gentilidad*,

y en el que vemos que dos familias se disputan la *sucesion de un hijo de libertino* (1).

Por todo lo que precede se ve, pues, que el título y los derechos de *gentil* pertenecian exclusivamente á los individuos de la familia patricia del patrono ó de la familia manumitente, raza originaria é ingénuo en su tronco con relacion á los de la familia de los clientes, ó de la familia manumitida; raza civilmente derivada de la otra cliente ó esclava en su principio: pero sin que aquel título ni aquellos derechos fuesen recíprocos con relacion á los demas. Se ve tambien por esto mismo que el título de *gentil* era un título honorífico, pues indicaba en los que lo tenian que pertenecian á una raza primitiva, con su genealogía propia y siempre ingénuo, y sin deber su generacion civil á ninguna otra familia, y subiendo siempre de abuelos en abuelos hasta el tronco más distante, hasta personas libres por nacimiento y exentas de toda clientela.

El derecho de gentilidad desapareció con el tiempo: Ciceron habla ya de él como de una cosa rara en su época. En tiempo de Gayo ya no existia: «*Et cum admonuerimus, dice este juriconsulto, totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare*» (2). Y Ulpiano dice despues de éste: «*Nec gentilitia jura in usu sunt*» (3). Esta desaparicion sucesiva y al fin total, fácilmente se explica. En cuanto á lo que concierne á la clientela, subordinacion de los plebeyos á

(1) Queriendo mostrar Ciceron cuán indispensable es al orador el conocimiento de la legislación, dice: «*Quid, qua de re inter Marcellos et Claudios patricios, centumviri judicatum? Cum Marcelli liberti filio STIRPE, Claudii, patricii ejusdem nominis, hereditatem GENTE, ad se redituros se dicerent: nonne in ea causa fuit oratoribus de toto STIRPIS ac GENTILITATIS jure dicendum?*» (Cicer., *De Orat.* 1. § 39, edición de Gruter.) Así vemos aquí dos familias con el mismo nombre (ejusdem nominis): la tina patricia y primitiva, la de los Claudios; la otra plebeya, y probablemente derivada de la primera, la de los Claudios-Marcelos. Los Marcelos pretenden suceder por derecho de estirpe (*stirpe*) al hijo de un libertino de su línea (*liberti filio*), ramificacion que con relacion á ellos no puede ofrecer duda, pues tratándose del mismo hijo de un libertino este vínculo es inmediato y reciente. Pero los Claudios, patricios, familia primitiva, pretenden que formando ellos mismos la genealogía de los Marcelos, y por consiguiente de todas sus ramificaciones, les corresponde por derecho de *gentilidad* la sucesion de este hijo de libertino de los Marcelos. — Así no es posible ninguna duda, ya se trate de la sucesion de un hijo de libertino, ya halle su aplicacion el derecho de *gentilidad* á estas especies de sucesiones; y sin embargo, los descendientes de libertinos no son *gentiles*, segun la misma definicion de Ciceron, que exige que ninguno de sus abuelos haya estado nunca en servidumbre. Luego es uno *gentil* respecto de ellos, sin que ellos sean *gentiles* respecto de los demas. En fin, el efecto de la superposicion y cruzamiento de las manumisiones: para la *gens*, genealogía, primitiva y pura, de todas las familias derivadas, y para la *stirps*, familia derivada ella misma, pero que á su vez ha hecho manumisiones: ¿todo esto no aparece evidente en este ejemplo? — *Agnatio, Gens, Stirps, Cognatio*, estos cuatro términos del derecho civil romano ¿no se distinguen bien ahora, y en su orden jurídico?

(2) Gay. 3. 17.

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

los patricios, esta antigua relacion quiritaria desapareció, y con ella una gran parte de la gentilidad. En cuanto á lo que concierne á las manumisiones, multiplicándose al infinito la sucesion 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 manumision 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 generacion en generacion: en fin, ocurriendo todas estas cosas en una progresion ascendente, segun el curso que seguian la multiplicacion de las manumisiones y el aumento de la poblacion, resultó de aquí que inevitablemente debieron perderse los vestigios de los derechos de gentilidad. Esta renovacion de la poblacion, 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 habian formado el núcleo ingénuo generador, á las cuales estaba exclusivamente reservada la cualidad de *gentil*. Por una parte, estas familias han venido á ser con el tiempo cada dia ménos numerosas, sobre todo comparativamente con la poblacion comun; y por otra, han perdido las huellas de aquellas en las cuales habia 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 interes 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 populares, mientras que se ha perdido la idea de la institucion, 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 dominacion de *gentil, gentilhomme, gentiluomo, gentilhomme, 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).

(1) *Gentil* dice mucho más que *ingénuo*: el *ingénuo* ha nacido libre, pero nada indica que su

## TITULUS III.

DE SENATUS-CONSULTO TERTULIANO.

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

Ningun derecho de sucesion civil y recíproca existia entre la madre y sus hijos. Éstos no sucedian 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 sucedia á sus hijos por ningun título civil. La única excepcion que habia 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. I, p. 146. Sólo entonces era agnada de sus hijos, considerada con relacion á ellos como en grado de hermana consanguínea, y en este grado existian recíprocamente entre ellos los derechos de agnacion: «*Præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint*» (1). Fuera de este caso, el rigor de la ley civil los dejaba sin derechos; sólo eran llamados en el tercer órden imaginado por el pretor, el de los cognados. De aquél procedieron dos senado-consultos que corregian el rigor del derecho: 1.º, el senado-consulta Tertuliano, relativo á la sucesion de los hijos por la madre; 2.º, el senado consulta Orfitiniano, 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 li-

## TITULO III.

DEL SENADO-CONSULTO TERTULIANO.

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

1. Mas en adelante se templó este rigor del derecho, y el divino Claudio fué el primero que definió á una

berorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

madre la herencia legitima 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-consulta 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-consulta 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 órden del jefe á que se hallase sometida.

*Divi Hadriani temporibus*. No al mismo Adriano, sino á su hijo adoptivo Antonino Pío, se designa aquí con su nombre de adopcion. Bajo su imperio (año 911 de R. y 158 de J. C.) se expidió el senado-consulta Tertuliano.

Este senado-consulta 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 concedido 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 decia 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 aún otras semejantes, las cuestiones debatidas por los jurisconsultos en esta materia tan importante, pues se referia á uno de los primeros gra-

padre ó alguno de sus abuelos no haya sido cliente ó esclavo: el *gentii* corresponde á una familia completa y perpétuamente libre hasta él.

(1) Gay. 3. 24.

dos de sucesion (1). Sin embargo, algunas mujeres que no tenían ni habían nunca tenido, con arreglo á la ley, el *jus liberorum*, por no haber llegado á tener el número determinado, podían obtener aquél del Emperador (2). Así, la sola voluntad del Príncipe podía, por medio de un rescripto individual, alterar el orden de una sucesion.

*Non etiam avia.* El senado-consulta no se extendía á la abuela; teniendo cada madre el *jus liberorum*, podía 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, aviæ suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus et proavus, matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filia excluderat 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.*

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, cogna-

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

(2) Paul. Sent. ib.

dos 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, basta 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 podría 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 preferible 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 sí 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; pero sí entre la madre y

los agnados, pues áun 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 el 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 tenía 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 hermenos consanguíneos, siempre que no habia herederos suyos ni hijos llamados en el número de éstos, llegaban al frente de los agnados, y excluian á la madre.

3.º El padre, siempre que se hallaba en la posicion que hemos expuesto más arriba, 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 tenía 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 ese punto, de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, se halla concebida en estos términos: « Quotiens de emancipati filii filiarve successione tractatur: filis ex his genitis defferatur intacta pro solido successio, neque ulla defuncti defunteve patri matrive concedatur intesta successiois hereditas. » (Cod. 6. 57. 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 seguía 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 puerperiam et periculum et saepe 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 vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

4. Pero nos, en una constitucion inserta en nuestro Código, considerando los vínculos 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 hayan tenido tres ó cuatro hijos, ó sólo el que la muerte acaba de arrebatárselas; y de esta manera serán llamadas á la sucesion legítima de sus hijos.

(1) Dig. 38. 17. 5. § 2. f. Paul.

(2) Dig. 1b. 2. §§ 9. 14. 20 y 22. f. Ulp.

*Constitutione quam in Codice posuimus.* Es la constitucion 2 del título 59, lib. 8 del Código de Justiniano. Sin embargo, la constitucion 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 constitucion 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 via 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 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 ejas hereditas.

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

*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, aun 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.

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 la 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

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

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

hermanos y hermanas : si hay hermanos solos ó hermanas 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 repellentur.

*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 las 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 impedírsele 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 jurisconsultos 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.

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

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.

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

(1) Dig. 38. 17. 2. § 43. f. Ulp.

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 filia legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et *preferuntur consanguineis et agnatis defuncta matris*.

## TÍTULO IV.

DEL SENADO-CONSULTO ORFITIANO.

Por el contrario, la admision de los hijos á los bienes de su madre intestada ha sido establecida por el senado-consulta Orfitiano, expedido bajo el consulado de Orfito y de Rufo, en tiempo del divino Marco Aurelio. La herencia legítima se defiere así tanto al hijo cuanto á la hija, aun sometida al poder de otro, con preferencia á los consanguíneos y á los agnados de la madre difunta.

*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).

*Preferuntur 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, no lo eran sino á falta de hijos.

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 procedencia 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.

(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.

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

*Constitutionibus principalibus.* La primera constitucion en que hallamos el derecho de sucesion del senado-consulto 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 Tertulliano et Orphitiano senatus-consultis deferuntur, *capitis deminutione non perimi*, propter illam regulam quæ novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege Duodecim Tabularum deferuntur.

*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 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 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.

1. Pero como este senado-consulto 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.

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 arrebata las herencias legitimas nuevamente introducidas, sino sólo las de las Doce Tablas.

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

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

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 legitimo sólo existia entre el padre y los hijos que se hallaban bajo su potestad : la legitimacion en derecho romano no se referia 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 aun 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 *ab intestato* (1).

IV. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus addeant, reliquis qui adierint, accrescit illorum portio ; et licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.

4. Si entre muchos herederos legítimos, algunos han repudiado la herencia, ó no han podido hacer 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 acrecion 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 acrecion para todos los herederos legítimos. Como este derecho es comun á los herederos tes-

(1) Cod. 6. 57. 5.

tamentarios, á todos los herederos *ab intestato*, 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. I, p. 561), comparando el derecho de sustitucion con el derecho de acrecion, á saber, que el derecho de acrecion es forzoso; que tiene lugar de pleno derecho como consecuencia inevitable de la primera adiccion, y que por consiguiente se arregla, ya respecto de las condiciones de capacidad, ya respecto de la adquisicion, por la época de dicha adiccion. Vemos aquí un ejemplo: Una vez que uno de los herederos ha hecho adiccion, 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 acrecion.

## TITULUS V.

## DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

La ley de las Doce Tablas no reconocia 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 existia ninguno de estos órdenes, la sucesion quedaba en desherencia ó cadauca, 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 pertenecen 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.

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.

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 prætercio ordine vocantur. *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, si ve sororis; non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione quam facile est ex ipsius constitutio-

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, según las Doce Tablas; 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

(1) Gay. 3. 32.

(2) Ib.

(3) Ib.

nis verbis colligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis.

*Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis.* Hemos expuesto ántes 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 órden pretoriano de los cognados.

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

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

Segun las alteraciones introducidas por Justiniano acerca de los efectos de la adopcion, 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 quasitos* nullum habere agnatum manifestum est; cum agnatio a patre, cognatio a matre sit; hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione 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 bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

*Vulgo quasitos.* Siendo su filiacion cierta con relacion á la madre, y, por consiguiente, tambien con relacion á todos los parientes

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.

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.

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

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

tes maternos, son llamados, no sólo á la sucesion materna por el senado-consulta Orfitiano, sino tambien á la sucesion, unos de otros, como nos lo dice aquí el texto (1) (*sibi*), y áun á la de los parientes maternos (2), segun la proximidad de su grado (*proximitatis nomine*), en el órden 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 tambien 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 sucesion 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 nateve.*

5. Aquí es necesario advertir que por derecho de agnacion, ya sea que se trate de la ley de las Doce Tablas, ya del edicto pretoriano relativo á la posesion de bienes en favor de los herederos legítimos, se admite á cualquiera á la herencia, aunque *se halle en el décimo grado*. Pero en el órden de proximidad, no promete el pretor la posesion de bienes hasta el *sexto grado* de cognacion; y *en el sétimo, á los hijos de su primo hermano ó prima hermana.*

*Etsi decimo gradu sit.* Expresion que es sólo enunciativa y no limitativa; porque los agnados, segun lo que ya hemos visto ántes, son llamados hasta el infinito (3).

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

*Et ex septimo, a sobrino sobrinaque nati nateve.* Los primos hermanos, es decir, hijos de hermanos ó hermanas, se llamaban generalmente en latin *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 latin *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 relacion al otro, serian hijos de sobrino segundo (*a sobri-*

(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.

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

no *sobrinave nati*); 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 progengerantur; et convenienter patru, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior cognatio a primu gradu incipit, at ea quæ ex transverso numeratur, a secundo.

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

En cuanto á la computacion de los grados, nos bastará decir que se verifica en el derecho romano lo mismo que en el derecho frances. En la línea directa, ya ascendente, ya descendente, se cuentan tantos grados como generaciones. En la línea colateral la regla es la misma; sólo es preciso observar que como aquí hay dos líneas colocadas lateralmente, es decir, una al lado de la otra, las generaciones se cuentan en cada línea, y la suma indica el número de grados. En ninguno de estos casos, es decir, ya en línea directa, ya en línea colateral, debe contarse el tronco: sirve éste de punto de partida, desde el cual parten las generaciones que se han de computar hasta los parientes que se trata de comparar, inclusivamente.

## TÍTULO VI.

## DE LOS GRADOS DE COGNACION.

Aquí es necesario exponer cómo se cuentan los grados de cognacion. Con este objeto decimos primero que la cognacion se cuenta, la una ascendiendo, la otra descendiendo, y otra transversalmente, ó como también se dice, lateralmente. La cognacion 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.

En fin, en cuanto á la denominacion de los diversos grados de cognacion, la lengua de los romanos es mucho más rica que la nuestra: tenían en muchos casos, para indicar la naturaleza de la cognacion, ya con relacion al grado, ya con relacion al origen paterno ó materno, expresiones de que nosotros carecemos. Esta pobreza de nuestra lengua se conocerá en la traduccion de los párrafos siguientes, que contienen, para los diversos grados hasta el sexto, la aplicacion de los principios que acabamos de establecer.

I. Primo gradu est supra pater, mater; infra filius, filia.

1. En el primer grado se hallan en la línea ascendente el padre y la madre; y descendente, el hijo y la hija.

II. Secundo supra avus, avia; infra nepos, neptis; ex transverso frater, soror.

2. En el segundo, en línea ascendente, el abuelo y la abuela; en la descendente, el nieto y la nieta; y en la colateral, el hermano y la hermana.

III. Tertio supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia; et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui πατρός vocatur. Avunculus est frater matris, qui apud Græcos proprie μητρός; et promiscue θείο; dicitur. Amita est patris soror; matertera vero, matris soror: utraque θεία, vel, apud quosdam, τηθεία; appellatur.

3. En el tercero, en línea ascendente, el bisabuelo y la bisabuela; en la descendente, el biznieto y la biznieta, y en la colateral, el hijo y la hija del hermano ó de la hermana; y por consiguiente los *patruus*, *amita*, *avunculus*, *matertera*. El *patruus* es el hermano del padre llamado en griego πατρός. El *avunculus* el hermano de la madre, llamado especialmente en griego μητρός, y ambos en general θείο;. La *amita* es la hermana del padre; la *matertera* la hermana de la madre, llamadas una y otra θεία, ó en ciertos dialectos τηθεία.

IV. Quarto gradu, supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque nepos, neptis; et convenienter patruus magnus, amita magna, id est, aviæ frater et soror; consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex fratribus aut sororibus progengerantur. Sed quidem recte consobrinus eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progengeratur, quasi consobrinus; eos vero qui ex duobus fratribus progengerantur, proprie fra-

4. En el cuarto, en línea ascendente, el abuelo tercero y la abuela tercera; en la descendente, el nieto ó nieta tercera; y en la colateral, el nieto ó nieta del hermano ó de la hermana, y por consiguiente, el gran tío ó la gran tía paternas, es decir, el hermano y la hermana del abuelo; y maternos, es decir, el hermano y la hermana de la abuela, el primo y la prima, es decir, aquellos ó aquellas que han sido habidos de hermanos ó hermanas. Mas, rigurosamente hablando, y según los jurisconsultos, la denominacion de *consobrinus* se aplica especialmente á los que han

tres patruales vocari; si autem ex duobus fratribus filia nascuntur, sorores patruales appellari; at eos qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici: amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

V. Quinto supra atavus, atavia: infra adnepos, adneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis; et convenienter proapatruus, promita, id est, proavi frater et soror. Item fratris patruelis, consobrini, consobrinae, amitini, amitinae filius, filia *proprior sobrino, proprius sobrina*: hi sunt patrum magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

*Proprior sobrino, proprius sobrina*, es decir, más próximo en un grado que el *sobrinus*, es el primo hermano ó la prima hermana de mi padre ó de mi madre: están conmigo en el quinto grado; su hijo ó su hija, mi primo segundo (*sobrini*), estarán conmigo en el sexto, un grado más.

VI. Sexto gradu supra tritavus, tritavia: infra trinepos, trineptis: ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis; et convenienter abapatruus, abamita, id est, abavi frater et soror; abavunculus, abmatertera, id est, abaviae frater et soror. Item sobrini sobrinaeque, id est, qui quæve ex fratribus vel consobrinis vel amatinis prognerantur.

nacido de dos hermanas, en cierto modo *consobrinus*; en cuanto á los que han nacido de dos hermanos, se les llama hermanos *patruales* (primos), ó si son hembras, hermanas *patruales* (primas); en fin, los que han nacido de hermano y de hermana se llaman *amitini*: los hijos de vuestra *amita* os llaman primo, y vos los llamais *amitini*.

5. En el quinto, en línea ascendente, el cuarto abuelo y la cuarta abuela; en la descendente, el quinto nieto y la quinta nieta; y en la colateral, el biznieto y biznieta del hermano y la hermana, y por consiguiente, el hermano y la hermana del bisabuelo como terceros tíos paternos; y como maternos, el hermano y la hermana de la bisabuela. Lo mismo sucede con el hijo ó la hija de los primos ó primas, habidos de hermanos ó hermanas, ó de hermano y hermana; con aquel ó aquella que preceda en un grado al primo segundo ó á la prima segunda, á saber, el hijo ó la hija del gran tío ó la gran tía paternos ó maternos, es decir, los primos terceros, y también sobrinos terceros.

6. En el sexto grado, en línea ascendente, el quinto abuelo y la quinta abuela; en la descendente, el sexto nieto y la sexta nieta; y en la colateral, los nietos cuartos del hermano y de la hermana, y por consiguiente, los *abapatruus* y *abamita*, es decir, el hermano y hermana del abuelo tercero, y los *abavunculus*, *abmatertera*, es decir, el hermano y la hermana de la abuela tercera. Lo mismo sucede respecto de los primos segundos y primas segundas, nacidos de primos ó primas, que han sido habidos de hermanos ó hermanas, ó de hermano y hermana.

En este sexto grado se suspende la nomenclatura propia de los diversos grados de cognacion. Más allá no hay ya denominacion particular: se indica el parentesco indicando la filiacion de las personas; se dice, por ejemplo: los hijos de un *sobrinus* (*a sobrinove nati natave*).

VII. Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus; quippe semper generata persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

VIII. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

IX. Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum, infigitur, ideo necessarium duximus; post narrationem graduum etiam eos præsentí libro inscribi, quatenus possint et auribus et oculorum inspectione adolescente perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

Aquí, según este párrafo, debia haberse insertado un cuadro de los grados de cognacion. Por consiguiente, en los manuscritos se dejaba al efecto el espacio necesario en blanco. De lo que se ha deducido que este espacio formaba la separacion de un nuevo título, que se supone principiarse en el párrafo siguiente, dándole este epígrafe: *De servili cognatione*. Pero es con equivocacion; el mismo título continúa hasta los §§ 11 y 12 inclusive, que son los últimos del título, y contienen lo recapitulado de lo que precede.

X. Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine *bonorum possessio* promittitur, *non pertinere*, nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nunc plenum et undique confusum fuerat)

7. Bastará haber mostrado hasta aquí la enumeracion de los grados de la cognacion; se ve por esto cómo deben contarse los grados inferiores; cada generacion añade siempre un grado, por manera que es mucho más fácil indicar el grado á que se halle una persona, que designarla por el nombre propio de su grado de cognacion.

8. Los grados de agnacion se cuentan de la misma manera.

9. Pero como la verdad se graba mejor en el ánimo por el testimonio de los ojos que por el del oído, hemos creído necesario, después de enumerar los grados, trazar aquí un cuadro de ellos, á fin de que los jóvenes puedan comprender perfectamente la doctrina, ya por el oído, ya por la vista.

10. Es cierto que la parte del edicto que prometia la *posesion de bienes* á título de parentesco, *no se aplica* á las cognaciones serviles, porque esta cognacion *no se contaba* por ninguna ley antigua. Pero en nuestra constitucion relativa al derecho de patronato, derecho hasta nuestro tiempo tan oscuro, tan lleno de confusion y de nubes, hemos con-