

# ***Mater intestata: la herencia de la madre desde la etapa arcaica al Gobierno de Marco Aurelio***

Aurora LÓPEZ GÜETO  
*Universidad de Sevilla*

## **I. INTRODUCCIÓN**

En los últimos siglos de la República se abre un proceso de emancipación femenina que perdurará hasta la crisis del Imperio. En la esfera familiar, la libre elección de marido, la posibilidad de presentar la iniciativa en el divorcio una vez superado el antiguo repudio y, sobre todo, la generalización del matrimonio *sine manu* que permitía a la mujer casada conservar lazos familiares y jurídicos con sus hijos y los demás parientes de sangre, son manifestaciones evidentes de la nueva concepción del papel femenino. En el ámbito patrimonial y comercial las repercusiones fueron pronto visibles. No obstante, en el Alto Imperio ni el *ius civile* ni el Derecho honorario ofrecían una solución satisfactoria a la sucesión intestada en los *bona materna* y el testamento permanecía como la única herramienta legal para que los hijos sucedieran a sus madres. A continuación analizaremos los principales hitos en la regulación de la herencia intestada de la madre desde los tiempos arcaicos hasta el gobierno de los Antoninos. En la senda iniciada por Adriano con el senadoconsulto Tertuliano, Marco Aurelio insta la promulgación del senadoconsulto Orficiano que otorga a los hijos, al fin, la condición de herederos civiles de su madre.

Desde el punto de vista de los derechos y obligaciones, el desequilibrio entre los cónyuges romanos se manifestaba especialmente en la etapa arcaica en la potestad disciplinaria del marido que la tradición remonta a las *leges regiae*<sup>1</sup>. Hasta los primeros siglos de la República, matrimonio

---

<sup>1</sup> CICERÓN, *De republica*, 4,6; CASIO DIÓN, 2,25,69; PLINIO EL JOVEN, *Epistulae* 6,3,9; 14,8,9 y 14,13,89; VALERIO MÁXIMO, 2,1,5. Entre otros supuestos, el marido podía sancionar a la esposa si realizaba actos que condujeran a la *turbatio sanguinis* o a impedir el fin procreador. M. L.

y *conventio in manu* caminaron de la mano<sup>2</sup>, como fiel reflejo del predominio de los lazos de agnación. No obstante, la finalidad de cada instituto era bien distinta pues el matrimonio atribuía a la mujer el estado de *uxor* mientras que la *manus* la situaba en el grupo agnaticio-familiar del esposo o de su *paterfamilias, loco filiae*<sup>3</sup>. La salida de la mujer hacia su nueva familia suponía habitualmente la pérdida del parentesco agnaticio con su familia de origen. La *ductio in domum mariti* o traslado domiciliario, recogida entre los usos y principios consuetudinarios, era consecuencia directa de la subordinación al *pater*<sup>4</sup>. La sociedad instauró la asunción por la mujer del *praenomen* y del *nomen* gentilicio como señal inequívoca del carácter monogámico de la institución a la vez que se obligaba a la mujer a asumir como propio el domicilio de su esposo<sup>5</sup>.

---

LÓPEZ HUGUET, «Consideraciones generales sobre los conceptos de *patria potestas, filius, pater* y *materfamilias*. Una aproximación al estudio de la familia romana», en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), núm. 4, 2006, pp. 1-29 y ss.; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988, pp. 85 y ss.; R. LÓPEZ ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, Jerez de la Frontera, Cuadernos del Colegio Universitario de Jerez, 1977, p. 421.

<sup>2</sup> M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial*, cit., pp. 19 y ss., pp. 55 y ss., pp. 66 y ss., pp. 175 y ss.; L. PEPPE, «Storie di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale arcaico», en *SDHI*, núm. 63, 1997, pp. 123 y ss.; E. VOLTERRA, «La conception du mariage d'après les juristes romains», en *Scritti Giuridici*, II, Napoli-Paris, 1991-1992, pp. 3 y ss.; «Ancora sulla *manus* e sul matrimonio», en *Scritti Giuridici*, II, Napoli-Paris, 1991-1992, pp. 83 y ss.; «Nuove osservazioni sulla *conventio in manum*», en *Scritti Giuridici*, II, Napoli-Paris, 1991-1992, pp. 199 y ss.; «La "conventio in manum" e il matrimonio romano», en *Scritti Giuridici*, II, Napoli-Paris, 1991-1992, pp. 155 y ss.; «Sulla capacità delle donne a far testamento», en *Scritti Giuridici*, II, Napoli-Paris, 1991-1992, pp. 69 y ss.; «Il preteso tribunale domestico in diritto romano», en *Scritti Giuridici II. Famiglia e Successioni*, Napoli-Paris, 1991-1992, p. 130 y ss.

<sup>3</sup> C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, «Casos de matrimonio *sine manu* en tiempos arcaicos», en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), núm. 10, 2008, pp. 1-18; «*Loco filiae*», en *Estudios de Derecho Romano en homenaje al profesor Francisco Samper*, pp. 43-66. Si bien la mayor parte de la doctrina cree que el matrimonio *sine manu* nace en el siglo II a. C., la diferenciación entre *manus* y matrimonio sería más antigua, debiendo adelantarse la escisión de los conceptos de *manus* y matrimonio a la época de la Ley de las XII Tablas. Tradicionalmente, para calificar un matrimonio como *cum manu* o *sine manu* se recurría a tres elementos básicos: la mención explícita, las facultades que ostentaba el *pater* de la mujer para disolver el matrimonio y la capacidad de divorcio a iniciativa de la *uxor*. La popularización de los matrimonios *sine manu* es bastante más temprana que lo usualmente supuesto por la crítica, pues en tiempos todavía cercanos a la etapa mítica, pero suficientemente históricos como para constituir un testimonio válido, era ampliamente usado. A fines del siglo V a. C. y comienzos del siglo IV a. C. existen testimonios sobre el templo de Apolo y la contribución en la guerra gálica donde intervinieron mujeres con sus bienes. Asimismo, hacia principios del siglo III a. C. fueron multadas un alto número de mujeres por adulterio. La Ley de las XII Tablas previó el matrimonio sin el rito de la *conventio in manum*, regulando el *usus* así como la posible interrupción de ese proceso por medio de la *usurpatio trinocitii, tabula* 6,5, Gai. 1,11. Se ha discutido en torno a la antigüedad de esta norma, que pudo ser una costumbre recogida por el texto decemviral o una innovación de la ley que abría algo más la familia a esquemas menos rígidos. Curiosamente, la mujer liberta que fue liberada por su patrona tenía una ventajosa situación pues la patrona no podía ejercer la tutela y ni era considerada su heredera forzosa ni podía obligarla a contemplarla en su testamento.

<sup>4</sup> G. FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2003, pp. 59 y ss., y 74 y ss.

<sup>5</sup> C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Loco filiae*, cit., pp. 43-66; E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, Feltrinelli, 2003, traducción al castellano de M. I. NÚÑEZ PAZ, *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*, Madrid, Cátedra, 1977, pp. 65-72; M. L. LÓPEZ HUGUET, cit., pp. 5 y ss. Si la mujer estaba casada *sine manu* el *pater familias* podía por la *ductio* arrebatarla del domicilio conyugal, incluso contra su voluntad. A su vez, la

De lo anterior se infiere que en la mayoría de los supuestos la sucesión *mortis causa* de la mujer casada sometida a la *manus* era irrelevante para el Derecho puesto que los bienes que usaba una mujer *alieni iuris* no eran sino el peculio otorgado por el marido o el *paterfamilias* de este, como antes de casarse hiciera su propio *pater*, quedando a su libre albedrío la retirada del mismo y regresando al patrimonio del otorgante en caso de fallecimiento de la mujer.

Puesto que la dote normalmente había sido constituida por el padre o por un familiar, caso de ser recuperada por viudedad o divorcio<sup>6</sup> sería reintegrada a aquellos. Del mismo modo, las donaciones o herencias con las que hubieran sido beneficiadas las mujeres sometidas a la *manus* quedaron absorbidas en el patrimonio de quien la ejerciera. Realmente, los hijos de estas mujeres no las sucedían porque no había bienes en los que suceder.

La *conventio in manum* se mostraba ya en claro retroceso a finales del siglo III a. C. sustituida por el *usus*<sup>7</sup> (a salvo de su interrupción por el *trinoctium*<sup>8</sup>, la ausencia de tres noches consecutivas del domicilio del esposo). La sociedad admitía que una mujer casada optara por seguir manteniendo lazos con su familia originaria, circunstancia a veces muy conveniente para los maridos interesados por diversos motivos sociales, económicos y jurídicos en que la esposa alcanzara la herencia paterna. La mujer elegía, pues, a qué familia vincularse, un indicio de un cambio de mentalidad<sup>9</sup> que culmina en los últimos siglos de la República con un

---

*ductio* ejercitada por el marido que ostentaba la *manus* sobre la esposa la reconducía a casa y la sustraía de la influencia de quienes suscitaban discordia en la familia. En época republicana se mantiene la asunción del domicilio del esposo según los *mores maiorum* aunque ya la *conventio in manum* se presenta claramente como realidad diferenciada tanto en su constitución como en su disolución: D. 7,8,4,1 (Ulpiano, 17 *ad Sabinum*): «*Mulieri autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare Quintus Mucius primus admisit, ne per matrimonium carendum foret, cum uti vult domo. nam ei contrarium quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum*». El marido podía establecer el domicilio conyugal en un lugar distinto de su *domus* familiar, incluso en la casa cuyo uso le había sido legado a su mujer. También podía ser el sitio donde la mujer tenía su *origo* lo que no se puede interpretar en el sentido de que el marido siguiera el domicilio de la esposa.

<sup>6</sup> Menos habitual era el supuesto de la mujer viuda o divorciada que hubiera sido *sui iuris* y constituido su propia dote aunque se hubiese entregado en matrimonio acompañado de la *conventio in manum*.

<sup>7</sup> R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 10 y ss., y 99 y ss.; E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno*, traducción al castellano de A. POCIÑA, *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*, Madrid, A. A. Ediciones Clásicas, 1991, pp. 200 y ss.; *Pasado próximo*, cit., pp. 63 y ss., y 77 y ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho Romano*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1958, pp. 141 y ss.; M. L. LÓPEZ HUGUET, cit., pp. 5 y ss.; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, Giuffrè, pp. 3-4, 9, 70 y ss., 83 y 97 y ss. entre otras; V. VIPARELLI, «*Donne avvocate a Roma, Valerio Massimo 8, 3*», en *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 5843-5849.

<sup>8</sup> R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., pp. 108, 198 y 206; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Diritto di successione*, Milano, Giuffrè, reimpresión 1974, 1930, p. 57; G. FRANCIOSI, cit., pp. 137 y 141; E. VOLTERRA, *La conception du mariage*, cit., p. 30.

<sup>9</sup> M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial*, cit., pp. 83 y ss., refiere una forma de repudio en la cual la mujer estaba presente y era destinataria pasiva de la voluntad del marido.

cierto proceso de emancipación femenina que durará hasta la crisis del Imperio<sup>10</sup>. Desde luego las clases dirigentes temieron que la salida de la mujer del ámbito doméstico<sup>11</sup> y su acceso a la cultura y a ciertos oficios antes reservados a los hombres (obstetricia, hostelería, minas, naves) hiciera aumentar el número de divorcios, las nuevas nupcias e incluso las prácticas abortivas<sup>12</sup>.

Junto a la capacidad natural y a la capacidad jurídica recíproca el Derecho clásico cifraba como requisito esencial del matrimonio la existencia de un consentimiento inicial que debía mantenerse durante la vida del matrimonio<sup>13</sup>, la  *affectio maritalis*, exteriorizado a la sociedad,  *honor matrimonii*. El mero consentimiento no podía desligarse con carácter absoluto de la convivencia<sup>14</sup>, un particular que tendría influencia en la exigencia de la restitución de dote<sup>15</sup> o en el cambio de jurisdicción<sup>16</sup>. En el Alto Imperio, se mantuvieron como efectos del matrimonio la asunción por la esposa del rango social y del domicilio de su marido que también se aplicaban a la viuda salvo que contrajera nuevo matrimonio, D. 50,1,22,1 (Paulo, 1 *sententiarum*). En el siglo II d. C. no se permitía al *paterfamilias* arrebatarse a la hija de la casa del marido, Paulo, *Sententiae* 5,6,15, norma que reproducirá Marco Aurelio y que se muestra plenamente coherente con su posición respecto al matrimonio y la relación de

---

Podía aplicarse tanto contra la esposa *sui iuris*, propietaria de las cosas que usaba como contra la mujer *alieni iuris*. Desde un punto de vista patrimonial, tras el divorcio no se procedía a la disolución de los bienes matrimoniales ni a la restitución de la dote ni a la *actio rei uxoriae*, sino que la mujer se llevaba consigo las *res nec mancipi* que tenía para su uso personal pues carecían de interés para el marido.

<sup>10</sup> A. CASTRESANA, *Estudio preliminar, traducción y notas de De agri cultura, de Marco Porcio Catón, Clásicos del pensamiento*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 80 y ss.

<sup>11</sup> Casio Dión, 2,25,7; Gelio, 4,3,1-2; 17,21,44, sobre el divorcio de *Spurio Carvilio Ruga* en el año 230 a. C. El motivo fue el cese efectivo de la *affectio maritalis* oculto bajo el pretexto de la esterilidad de la mujer; lo que permitiría al marido eludir la nota censoria aunque no la repulsa de la opinión pública. Valerio Máximo, 2,1,4. M. I. NÚÑEZ PAZ, «Algunas consideraciones en torno al *repudium* y *divortium*», en *BIDR*, núm. 30, 1988, pp. 713-724, define el *repudium* como un acto de manifestación de voluntad contrario a la continuación de la relación conyugal. El término *divortium* hacía referencia al efecto del repudio consistente en la cesación del vínculo entre los esposos. En el Derecho postclásico ambos términos varían su significado al entenderse por *repudium* la declaración de voluntad unilateral de uno de los cónyuges de romper la unión matrimonial y por *divortium* la manifestación de los cónyuges de disolver de común acuerdo el vínculo conyugal. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico, cit.*, pp. 152-153. Solo en el último siglo de la República, el divorcio será permitido a la mujer y sin que la causa fuese necesariamente justificada. CICERÓN, *Ad familiam*, 8,7,2.

<sup>12</sup> A. CASTRESANA, *Estudio preliminar, cit.*, pp. 93-94. Los ritos de Baco o la *Bona Dea* son señalados como sedes del ejercicio encubierto del desenfreno sexual, la magia y el uso de pociones y medicamentos.

<sup>13</sup> M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial, cit.*, pp. 55 y ss.

<sup>14</sup> M. I. LÓPEZ HUGUET, *cit.*, p. 20, se refiere a D. 24,1,66 pr. (Escévola, 9 *digestorum*) sobre las donaciones previas al traslado.

<sup>15</sup> D. 5,1,65 (Ulpiano, 34 *ad edictum*). El proceso interpuesto ante el juez competente, incluso después de los esponsales pero con anterioridad al matrimonio, no sigue el *forum viri* sino que debe terminar donde comenzó. La sentencia podría ser ejecutada contra la mujer aunque hubiese cambiado de *forum* por el matrimonio, D. 2,1,19 (Ulpiano, 6 *fideicommissum*).

<sup>16</sup> M. I. LÓPEZ HUGUET, *cit.*, p. 25. El matrimonio del cautivo no podía considerarse subsistente aunque la mujer permaneciera en casa de este como domicilio del matrimonio: D. 49,15,12,4 (Trifonino, 4 *disputationum*).

los cónyuges<sup>17</sup>. De hecho, la regulación jurídica del domicilio de la *uxor* constituyó la expresión de la moral y de los usos sociales de la época. La adjudicación del domicilio del marido tenía relevancia en los *munera* y en la jurisdicción a la que quedaban sometidas, lo que lleva a algunos autores a considerar la existencia de un *domicilio legal* u *obligatorio*. Curiosamente, la regulación domiciliaria era solo aplicable a la mujer casada en justas nupcias e irrelevante para la mera concubina o la mujer que estaba unida a un hombre por vínculos no legítimos<sup>18</sup>.

Así las cosas, la posición de subordinación de la *uxor* al marido se fue atenuando en el marco de un lento proceso de adquisición de nuevos derechos por las mujeres que coincide con el debilitamiento de los vínculos agnaticios y de las potestades paternas. Todo ello no significa que el matrimonio romano llegara a ser una unión paritaria: ni la concesión augustea del *ius liberorum*, ni la limitación de los poderes maritales sobre la dote, ni la posibilidad de acusar por el delito de adulterio a los maridos rescataría a las mujeres de su posición de desventaja<sup>19</sup>. Pero desde el siglo I a. C. se permitía a las mujeres comprar fundos, arrendarlos, disfrutar de usufructos, gestionar la fortuna de sus hijos y llevar un registro de transacciones. Elegían con quien casarse y redactaban su testamento aunque no podían ser instituidas herederas si la fortuna del fallecido superaba los cien mil ases, ni recibir legados por la mitad de la herencia, hacer donaciones al marido o recibir las, enajenar fundos o participar en subastas públicas<sup>20</sup>. Oportunamente, en el orden fiscal se mantenía la equiparación entre hombres y mujeres.

En el Principado la intromisión de Augusto<sup>21</sup> en la regulación del matrimonio articula un sistema de premios y recompensas legales que

<sup>17</sup> C. 5,17,5, «*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Schyroni. Dissidentis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem, divus Marcus, pater noster, religiosissimus imperator, constituit, nisi magna et iusta causa interveniente hoc pater fecerit. 1. Invitam autem ad maritum redire nulla iuris praecepit constituit. 2. Emancipatae vero filiae pater divortium in arbitrio suo non habet. D. v k. Sept. Nicomediae CC. cons. [a. 294]*».

<sup>18</sup> Por rescripto de los *Divi Fratres* recogido por D. 50,1,38 (Papirio Justo, 2 de *constitutionibus*) se prescribió que las mujeres que se dieran en matrimonio no legítimo debían desempeñar los *munera* allí donde eran oriundas y no donde los desempeñaban sus maridos. Mientras tanto, la mujer prometida en matrimonio conservaba su primitivo domicilio, D. 50,1,32 (Modestino, 1 *differentiarum*): «*Ea, quae de sponsa est, ante contractas nuptias suum non mutat domicilium*».

<sup>19</sup> El marido había perdido el derecho a matar a la esposa adúltera pero seguía obligado a repudiarla para no ser él mismo acusado de crimen de lenocinio y gozaba de la facultad de prohibirle contraer un nuevo matrimonio. R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 4.<sup>a</sup> ed., Padova, CEDAM, 1996, pp. 133-164. La *lex Iulia de maritandis ordinibus* prohibía a los ingenuos desposarse con una mujer *in adulterio deprehensa*. R. BAUMAN, *Women and Politics in Ancient Rome*, London, Routledge, 1994, pp. 41 y ss.; P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 263 y ss.; E. CANTARELLA, *La calamidad*, cit., pp. 132 y ss., y 189 y ss.; A. D. MANFREDINI, «El matrimonio degli anziani e la legge Giulia e Papia», en *BIDR*, núm. 100 (1997, publicado 2003), pp. 233-288; L. PEPPE, *Posizione giuridica*, cit., pp. 97 y ss. Los juristas consideraron que, en Derecho, las mujeres eran en muchos aspectos inferiores a los hombres: D. 3,1,1 (Ulpiano, 6 *ad edictum*); T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, 3.<sup>a</sup> ed., Napoli, Jovene Editore, 2010, pp. 50 y ss.; S. SOLAZZI, «Sui divieti matrimoniali delle leggi augustee», *Memoria letta all'Accademia di scienze morali e politiche della Società Reale di Napoli*, Napoli, 6-98.

<sup>20</sup> R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., pp. 39-51. La *lex Oppia* del año 215 a. C. derogada en el año 195 a. C. les prohibió ponerse joyas en exceso o vestidos coloridos

(Véase nota 21 en página siguiente)

favorece a mujeres que abandonan los placeres mundanos y adoptan el papel tradicional de la mujer-modelo. Se persigue frenar el descenso de la natalidad de las clases altas y recuperar la pureza de la vieja aristocracia. La mujer casta, honesta y prudente, cuyo objetivo es el matrimonio y el cuidado de los hijos vuelve ser idealizada tras la promulgación de las leyes sobre la familia<sup>22</sup>. Se reprimen la libertad sexual, el divorcio y el adulterio. Los delitos sexuales, castigados durante siglos por el tribunal doméstico<sup>23</sup> pasan a ser juzgados por tribunales especiales a denuncia de cualquier ciudadano<sup>24</sup>.

La sucesión intestada de la madre romana en los siglos que transcurren desde la publicación de la Ley de las XII Tablas hasta el gobierno de los Antoninos presenta como rasgo común la prevalencia de las expectativas de los agnados<sup>25</sup> en absoluta coherencia con una visión del matrimonio como realidad que otorgaba un carácter social y cívico a la unión conyugal a la vez que se consolidaba la pertenencia de los esposos a familias distintas y la consiguiente separación de sus patrimonios. Tan solo la existencia de la *manus* del marido o del *paterfamilias* de este<sup>26</sup> otorgaba el carácter de agnados a madres e hijos y únicamente como agnados serían llamados a sucederse recíprocamente. Puede decirse que la extensión del matrimonio libre, el acceso al divorcio y el ejercicio de determinadas ac-

---

dos y la *lex Voconia* del año 169 a. C. que pudiesen recibir una herencia de un ciudadano romano censado en la primera clase y, en general, patrimonios superiores a 100.000 ases. R. A. BAUMAN, *Women and Politics*, cit., pp. 33 y ss.; E. CANTARELLA, *La calamidad*, cit., pp. 237 y ss.; *Pasado próximo*, cit., pp. 107 y ss.; C. HERRMANN, «Le role judiciaire et politique des femmes sous la République romaine», en *Revue d'études Latines*, Bruxelles-Berchem, 1964, pp. 52 y ss.; J. EVAN GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire. A sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, London/New York, Routledge, 2002, pp. 16 y ss., pp. 81 y ss., pp. 102 y ss., pp. 136 y ss., pp. 187 y ss., y pp. 236 y ss.; L. PEPPE, *Posizione giuridica*, cit., pp. 42 y ss., y 52 y ss.

<sup>21</sup> R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., pp. 1-15; E. CANTARELLA, *La calamidad*, cit., p. 210; A. D. MANFREDINI, *Il matrimonio degli anziani*, cit., pp. 233-288; T. SPAGNUOLO VIGORITA, cit., pp. 15-17; F. SAMPER, *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo derecho romano occidental*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, pp. 15 y ss.; S. SOLAZZI, «*Ius liberorum* e alfabetismo», en *RIL*, núm. 51, 1918, pp. 586 y ss.; *Sui divieti matrimoniali*, cit., pp. 81 y ss.; 1955, pp. 81 y ss.; pp. 16-56; pp. 77 y ss.; J. C. TELLO LÁZARO, «La concesión discrecional del *ius trium liberorum* por el príncipe y su reflejo en Marcial», en R. LÓPEZ ROSA y F. DEL PINO TOSCANO (coords.), *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 769-777; V. VIPARELLI, cit., pp. 5843 y ss.

<sup>22</sup> R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, cit., pp. 370; J. F. GARDNER, «Women: the position of women and equality in Ancient Rome», en S. KATZ (ed.), *The Oxford international Encyclopedia of Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 117-120; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial*, cit., pp. 25 y ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, cit., pp. 15-17, 21-32 y 50 y ss.

<sup>23</sup> E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., pp. 130 y ss.; M. J. BRAVO BOSCH, «El *iudicium domesticum*», en *Revista General Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), núm. 17, 2011, pp. 1-18.

<sup>24</sup> SUETONIO, *Tiberio*, 34 y 35. Tiberio sigue los mismos principios, resultando paradigmático el caso de las mujeres de la alta sociedad que se inscribieron en el censo de prostitutas para escapar de las sanciones en que incurrían las matronas.

<sup>25</sup> Ciertamente encontramos algunos ejemplos de figuras femeninas implicadas en los asuntos y en la vida política de sus maridos o que desarrollaron «oficios viriles» como la abogacía, V. VIPARELLI, cit., pp. 5843-5849.

<sup>26</sup> L. MONACO, *Hereditas et mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, Jovene Editore, 2000, pp. 107 y ss.

tividades generadoras de rendimientos económicos no hallaron su reflejo en el campo de la sucesión *mortis causa*.

## II. LA HERENCIA DE LA MUJER CASADA EN RÉGIMEN DE MATRIMONIO *SINE MANU* CON HIJOS LEGÍTIMOS. LA VIUDA O LA MUJER DIVORCIADA

La mujer romana casada *sine manu*, ya fuera *sui iuris* o permaneciera *in potestate*, nunca tuvo *sui heredes*. El parentesco de sangre con sus descendientes apenas revistió consecuencias jurídicas y los *adgnati* la sucedían en ausencia de testamento.

La mujer *sui iuris* viuda o divorciada cualquiera que hubiera sido su posición respecto al marido quedaba sometida a la tutela, en la mayoría de los casos de los agnados, lo que limitaba la gestión de sus bienes en vida o la libre elección de herederos al redactar testamento. Pero no solo para el *ius civile* los agnados ocupaban una posición ventajosa como herederos de las mujeres, sino que el Derecho pretorio los incluía en la clase de los *legitimi* haciendo verdaderamente difícil el acceso de los hijos a la herencia materna desde el tercer orden de llamamientos. Sin embargo, no debe despreciarse el papel de la reforma pretoria en materia de sucesión intestada pues en ocasiones los *bona materna* acabaron en manos de los hijos o de los nietos de las fallecidas ya fuera por falta de interés de los agnados en sucederlas o por su negligencia en el cumplimiento de los plazos para solicitar la posesión de la herencia.

Ante este panorama, el texto del senadoconsulto Orficiano debió dirigirse principalmente a la sucesión de la mujer romana nacida libre y que hubiese estado casada en justas nupcias, extremos todos ellos que concitarían un amplio consenso social hacia la norma. El comentario de Ulpiano *ad Sabinum* no alude al matrimonio de la mujer fallecida como requisito para entrar en la órbita del senadoconsulto Orficiano. Sí lo expresa Modestino en D. 38,17,4 (Modestino, 9 *regularum*) aunque de forma tangencial, cuando alude al llamamiento de los hijos nacidos de diferentes matrimonios. Asimismo, el requisito del matrimonio legítimo de la fallecida se encuentra recogido en *Tituli ex corpore Ulpiani* 26,7.

Para aplicar las reglas del senadoconsulto Orficiano se marcaban dos hitos imprescindibles en cuanto al *status familiae* de la fallecida y de sus hijos: primero, que la mujer fuera *sui iuris* al producirse el deceso. En segundo lugar, que existiera relación de cognación entre madre e hijo. En cuanto a la primera exigencia debieron plantearse diversas situaciones en las que no se podía conocer si el *paterfamilias* de la mujer fallecida vivía. Así, en el caso del cautivo un eventual regreso tras el fallecimiento de su hija en potestad habría conducido a la pérdida definitiva de derechos sucesorios *abintestato* para los hijos de aquella, nietos del cautivo. El problema se planteaba ante la prolongación del cautiverio si falleciera también el heredero de la hija del prisionero, puesto que los *bona materna*

podrían acabar en manos de los agnados de la fallecida. Para estas situaciones, D. 38,17,1,1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) ofrece como solución una *bonorum possessio provisorio* que entregara provisionalmente la herencia a los descendientes de la fallecida, en un claro supuesto de transmisión de la delación<sup>27</sup>.

Por otra parte, la conservación ininterrumpida del parentesco cognaticio con los hijos se correspondía con el modelo de relación materno filial más frecuente, es decir, que el hijo naciera ingenuo al haber sido concebido y alumbrado por una mujer libre. Aun así, los juristas debieron plantearse algunos casos excepcionales en los que la ingenuidad se adjudicaba con carácter retroactivo, siendo una muestra de esa preocupación el caso de la *cautiva et redempta* y de su hijo<sup>28</sup>. En efecto, la mujer en cautiverio podía dar a luz a un hijo concebido en libertad o en ausencia de esta, regresando ambos a Roma antes de fallecer. Ulpiano mostraba ciertos escrúpulos a la hora de admitir entre la madre que fue esclava y su hijo nacido en cautiverio una reanudación automática de la relación jurídica familiar activada con el regreso. La respuesta a favor de la recuperación del parentesco era demasiado avanzada para su tiempo y las referencias en D. 38,17,1,3 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) plantean dudas acerca de su clasicismo.

Por nuestra parte, consideramos que, al igual que se recomponía en casos muy excepcionales el parentesco agnaticio entre padre e hijo y la consiguiente patria potestad, pudo extenderse al tiempo de Ulpiano una solución análoga para la cognación, que no habría sido contemplada en la letra del senadoconsulto Orficiano. Siempre tomando ciertas precauciones, como hace Ulpiano con la referencia al rescripto imperial, se otorgaría a los hijos el derecho a heredar a sus madres, aun sin cumplirse el requisito esencial del parentesco cognaticio.

Abundando en el parentesco de cognación entre madre e hijo, especialmente conflictivo resultaría el caso del *exsectus*<sup>29</sup>, nacido tras la cesárea *post mortem*. Madre e hijo no habían coexistido y el nacido no era considerado persona. Tan dramática situación se solventaría mediante la ficticia asimilación de la extracción del hijo al parto natural.

Una vez salvados estos dos requisitos que acabamos de exponer, se planteaba una nueva cuestión: ¿podían suceder civilmente a la madre los hijos sometidos a la patria potestad de su padre, de su abuelo o incluso de un extraño? De hecho, lo habitual era que la mujer dejara hijos en esta

<sup>27</sup> J. M. RIBAS ALBA, «La *transmissio* de la delación en Derecho romano clásico», en *BIDR*, 1994, pp. 289-307.

<sup>28</sup> M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Grätz-Wien-Koln, Hermann Böhlau Nachf, 1967. Gai. 1,89 sobre el hijo concebido por esclava.

<sup>29</sup> D. 38,17,1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): «*Sed si matris exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti: nam et institutus secundum tabulas, et ab intestato unde cognati et multo magis unde legitimi bonorum possessionem petere potuit; argumentum est, quod venter in possessionem ex omni parte Edicti mittitur*».



situación dado que las madres nunca ejercieron un poder jurídicamente equiparable a la *patria potestas* (ni siquiera se las permitía ejercer como tutoras). Precisamente una de las más valiosas aportaciones del senadoconsulto Orficiano habría consistido en permitir el acceso a la herencia materna a los hijos *alieni iuris*. No obstante, en cuanto que herederos voluntarios, su *paterfamilias* debía prestarles un previo y válido *iussum*, tal y como indica D. 38,17,9 (Gayo, *libro singulari ad senatusconsultum Orphitianum*). Los bienes pasaban a ser titularidad del hijo de la fallecida y una *capitis deminutio* de los aspirantes a la herencia carecía de relevancia.

Entre los hijos de la mujer fallecida se repartía la herencia a partes iguales, pues se habría formado un concurso efectivo de herederos llamados conjuntamente a suceder. Tan solo se retornaba al *ius antiquum* en el supuesto de una falta total de adquisición, pues el derecho de acrecimiento primaba sobre la delación sucesiva.

En otro orden de cosas, no hay constancia en las fuentes de discriminación por el senadoconsulto Orficiano<sup>30</sup> hacia las *filiae* y nada nos impide considerar que las hijas fueran llamadas a suceder a sus madres desde la aplicación temprana de la norma. De hecho, para denominar a los herederos Gayo utilizaba el término *liber* como comprensivo de ambos géneros y es bastante plausible que, una vez más, el legislador dejara a la *interpretatio* el llamamiento a las hijas de la fallecida. La única certeza de que disponemos es que se habría consolidado expresamente por constitución imperial en el año 225 d. C. el derecho de las hijas a la herencia materna:

C. 6,57,1 *Imp. Alexander A. Euangelo. Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatus consulto Orfitiano hereditas pertinet. PP. xv k. Febr. Fusco II et Dextro cons. [a. 225].*

Pero no todos los hijos que cumplieran los requisitos expuestos fueron admitidos como herederos civiles de la madre. El senadoconsulto Orficiano, por una parte, estableció una prohibición dirigida a los luchadores que arrendaban sus servicios y al hijo *rei capitalis damnatus* para heredar a su madre. Sin olvidar que, hasta Código Teodosiano 5,1,4, del año 389 d. C., los ulteriores descendientes de la fallecida, esto es, nietos o bisnietos, no podían sucederla al excluirse el derecho de representación<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> La única certeza de que disponemos es que el derecho de las hijas a la herencia materna se habría consolidado expresamente por constitución imperial en el año 225 d. C.

<sup>31</sup> A diferencia de lo ocurrido en la regulación de esta misma cuestión por el senadoconsulto Tertuliano, el sistema de concurrencias entre parientes que aspiraban a la herencia de la mujer fallecida según las disposiciones del senadoconsulto Orficiano aparece escasamente tratado en las fuentes de las que disponemos. No puede culparse de la ausencia de información a la pérdida de los textos, sino a que el propio senadoconsulto Orficiano se habría preocupado de colmar posibles lagunas de forma tal que apenas quedaría espacio para la duda en cuanto a la prelación en los llamamientos anteponiendo a los hijos de la fallecida a los agnados, pero salvando un posible retorno al *ius antiquum* si ninguno de los hijos finalmente aceptara la herencia. La cuestión de la sucesión en la delación, tan problemática en la regulación del senadoconsulto Tertuliano, queda bastante mejor resuelta en sede de senadoconsulto Orficiano. D. 38,17,1,9

Siendo interés de Marco Aurelio otorgar un destino unitario dentro de la esfera familiar a los patrimonios femeninos<sup>32</sup>, igualmente pudieron aplicarse las normas de la herencia *ex Orphitiano* a mujeres viudas o divorciadas, a quienes precisamente la extinción del matrimonio había permitido alcanzar importantes sumas de dinero.

### III. LAS EXPECTATIVAS HEREDITARIAS DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

La cognación era el parentesco que unía a la mujer casada *sine manu* con sus hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio legítimo. Por tanto, los *spurii* carecían para el *ius civile* de cualquier expectativa hereditaria intestada mientras que el pretor les reconocía la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio unde cognati* una vez que el resto de parientes incluidos en la clase *unde legitimi* hubiesen ejercido su derecho.

D. 38,6,1-2 (Ulpiano, 44 *ad edictum*):

«Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium ante de iudiciis testantium dein sic de successione ab intestato loqui. Sed successione ab intestato in plures partes divisit: fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris».

D. 38,8,1 pr.-4 (Ulpiano, 46 *ad Edictum*):

«Haec bonorum possessio nudam habet praetoris indulgentiam neque ex iure civili originem habet: nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui iure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos. 1. Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint. Pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio. Haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte edicti datur, cognatorum gradus ex complectitur et ex septimo duas personas sobrino et sobrina natuma et natam. Cognationem facit etiam adoptio: etenim quibus fiet adgnatus hic, qui adoptatus est, iisdem etiam cognatus fiet: nam ubicumque de cognatis agitur, ibi sic accipiemus, ut etiam adoptione cognati facti contineantur. Evenit igitur, ut is qui in adoptionem datus est tam in familia

---

(Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) en coordinación con D. 38,17,6,1 (Paulo, *libro singulari ad senatusconsultum Orphitianum*) establece las siguientes reglas acerca de la sucesión en la delación para aplicar las normas del senadoconsulto Orficiano: 1.º Si ninguno de los hijos de la fallecida quisiera la herencia, se regresaría a la regulación del *ius antiquum*. 2.º Si ninguno de aquellos a los que se defiere la herencia legítima la quisieran, se siguen las normas del *ius antiquum*. 3.º Si al menos uno de los hijos de la fallecida quisiera suceder le correspondería la herencia, y no se aplicaría el *ius antiquum* sino el derecho de acrecimiento en lo que el otro heredero repudiaba. 4.º Si hubiera un hijo de la fallecida y el patrono de esta, si el hijo no quisiera heredar se defiere la herencia al patrono.

<sup>32</sup> Una cuestión discutida en relación a los requisitos exigidos a la mujer fallecida para poder aplicar a su herencia las disposiciones del senadoconsulto Orficiano es la eventual consideración de las mujeres latinas. Parece razonable que la jurisprudencia y la intervención pretoria pudieron admitir como causantes a la mujer ingenua latina con hijos ciudadanos y a la liberta, Paulo, *Sententiae* 4,9,8 y 4,10,3.

*naturalis patris iura cognationis retineat quam in familia adoptiva nanciscetur: sed eorum tantum cognationem in adoptiva familia nanciscetur, quibus fit adgnatus, in naturali autem omnium retinebit».*

A los *fili iusti* se contraponían los hijos ilegítimos<sup>33</sup>, los llamados *vulgo concepti* o *spurii*<sup>34</sup>:

D. 1,5,19 (Celso, 29 *digestorum*):

«*Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur».*

Si la cuestión del sexo de los hijos de la mujer fallecida para sucederla en los *bona materna* no fue relevante ni conflictiva, no puede afirmarse tal cosa de la situación de los *vulgo quaesiti* en un momento histórico de restauración de las costumbres tradicionales. Marco Aurelio había endurecido las normas del matrimonio y aspiraba a un modelo de familia emparentado con el espíritu de las leyes augusteas por lo que debió orientar la herencia *ex Orphitiano* a favorecer a los hijos legítimos. Ocurre, sin embargo, que D. 38,17,1,2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) iguala a los *spurii* con los *iusti procreati* lo que nos hace pensar que los compiladores eliminaran la mención al carácter legítimo de los hijos por considerarla superflua en un momento en el que interpretaciones jurisprudenciales y diversas disposiciones del Bajo Imperio obviaban sistemáticamente las diferencias entre los hijos respecto a la herencia materna.

<sup>33</sup> J. M. BLANCH NOUGUÉS, «La filiación en el pensamiento jurídico romano: *veritati locum superfore*», en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), núm. 2, 2004, pp. 1-41; D. CHERRY, «Intestacy and the Roman poor», en *Tijdschrift*, núm. 64, 1996, pp. 155-172; J. CROOK, «Women in Roman Succession», en RAWSON, *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, Ithaca Cornell University, 1986, pp. 58-82; J. EVANS GRUBBS, «Parent-Child conflict in the Roman Family: The evidence of the code of Justiniani», en M. GEORGE (ed.), *The Roman family in the empire: Rome, Italy and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 93-128; «Illegitimacy and inheritance disputes in the Late Roman (2014) Empire», en B. CASEAU y S. HUEBNER (eds.), *Inheritance, law and Religions in the Ancient and Medieval Worlds*, Paris, Centre de recherche d'histoire et civilisation de Byzance, Monographies, núm. 46, 2014; E. FANTHAM, «*Aemilia Pudentilla* or the wealthy widow's choice», en R. HAWLEY y B. LEVICK (eds.), *Women in Antiquity: New assessments*, London-New York, 1995, pp. 220-232; Th. MCGINN, «Roman Children and the law», en J. E. GRUBBS y T. PARKINS (eds.), *The Oxford handbook of childhood and education in the classical world*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 346-348; M. NOVAK, «Ways of describing illegitimate children vs. their legal situation», en *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, núm. 193, 2015, pp. 207-218; B. RAWSON, «*Spurii* and Roman Views of Illegitimacy», en *Antichthon*, núm. 23, 1989, pp. 10-41; C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Professio liberorum: las declaraciones y los registros de nacimientos en Derecho romano, con especial atención a las fuentes papirológicas*, Madrid, 2002.

<sup>34</sup> A partir de Constantino y por influjo del cristianismo se abren vías para su legitimación *per subsequens matrimonium* o *per oblationem curiae*, y acabarán por beneficiarse en el Bajo Imperio de medidas basadas en la equidad alcanzando derechos particularmente en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. Es conocido el caso de los decuriones, responsables de las contribuciones de los ciudadanos o municipales, legitimados si aceptaban esa función para la que se necesitaba un patrimonio suficiente.

#### IV. LA HERENCIA DE LA INGENUA EMANCIPADA CON HIJOS O DESCENDIENTES ULTERIORES

El caso de la mujer *ingenua* emancipada se asimila, en ocasiones, a la herencia de la liberta dado que la tutela del manumisor y del patrono no resultaron abolidas por la *lex Claudia*.

El *parens manumisor* de la *ingenua* podría ser su propio padre o un *extraneus* en la llamada manumisión *fiducia contracta* y sobre estas mujeres se ejercía una relación semejante al patronato. Tenemos noticia de que el Derecho pretorio consideraba a una serie de parientes entre los *legitimi* como antepuestos al *extraneus*:

Instituciones, 3,9,3:

«*Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae. prima quae praeteritis liberis datur vocaturque contra tabulas. secunda quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. et primo loco suis heredibus, et his qui ex edicto praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem quae vocatur unde liberi. secundo legitimis heredibus: tertio decem personis quas extraneo manumissori praeferebat (sunt autem decem personae hae: pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni, item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater, soror, sive consanguinei sive uterini): quarto cognatis proximis: quinto tanquam ex familia: sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus: septimo viro et uxori: octavo cognatis manumissoris».*

Las manumisiones en el seno familiar situaban al padre manumisor que sobreviviera a su hija como el primero de esas diez personas, teniendo en cuenta, además, su posición como tutor de la emancipada que pudo impedirle testar. Por tanto, la única opción que tuvieron los hijos de las *ingenuas* emancipadas para acceder a los *bona materna*, una vez más, debió ser acudir a la *bonorum possessio unde cognati* en cuanto parientes de sangre.

La posición jurídica del padre manumisor de una mujer romana nacida *ingenua* era fortísima y parece descartado que la norma de Marco Aurelio expresamente abordara ese supuesto de concurrencia con los hijos de la fallecida, sus nietos. No podemos obviar que el senadoconsulto Orficiano estaba interesado sobre todo en regular la herencia de mujeres casadas con hijos legítimos pero no debió ocuparse de la herencia de una minoría de romanas.

Numerosos indicios recabados sobre todo de constituciones postclásicas, permiten enunciar que si no la propia letra del senadoconsulto al menos su aplicación temprana habría reconocido a los hijos de las emancipadas un nivel superior de expectativas hereditarias frente a lo regulado por el *ius civile antiquum*. La jurisprudencia pudo inclinar la balanza hacia los hijos de las *ingenuas* emancipadas que hubieran sido madres distinguidas con el *ius liberorum*, lo que no habría ocasionado contesta-

ción social pues la mujer había cumplido sobradamente con el Imperio alumbrando tres o más hijos.

En todo caso, no sería hasta el Bajo Imperio cuando se aborde la cuestión explícitamente posicionando a los descendientes de la ingenua emancipada como herederos civiles primero con las mismas expectativas que los manumisores y, finalmente, desplazándolos<sup>35</sup>. Hasta entonces, la práctica habitual en casos de fallecimiento de mujeres que no alcanzaban el beneficio del *ius liberorum* debió ser el concurso entre los hijos y su abuelo para repartirse los bienes.

## V. LA HERENCIA DE LA MADRE LIBERTA

A diferencia de lo previsto en la apertura de la sucesión civil *abintestato* del liberto varón<sup>36</sup>, la aplicación de la Ley de las XII Tablas consideraba al patrono como primer llamado a suceder a la liberta fallecida sin testamento. Por cierto que la interpretación restrictiva del concepto de agnadas por la extensión de la *lex Voconia* a la herencia legítima excluía a la patrona de la herencia pasando los bienes de las libertas al Fisco.

Ciertamente, por condicionantes de orden social, la adaptación de la sucesión legítima de las libertas fue más lenta que la experimentada por la sucesión de las mujeres ingenuas y, si bien D. 38,17,1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) las equipara nos surgen serias sospechas acerca de la intervención de los compiladores en ese pasaje. Al menos, se echa en falta alguna mención a la obligatoriedad de estar en posesión del *ius liberorum* en la línea de lo exigido por el senadoconsulto Tertuliano.

Partiendo de la base de que el senadoconsulto Orficiano no había hecho mención expresa de la herencia de las libertas, la jurisprudencia fue concluyendo a favor de la aplicación de sus disposiciones en el más que habitual supuesto en el que las sobrevivieran el patrono y sus hijos, lo que justificaría lo expresado en D. 38,17,1,9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)<sup>37</sup>. Aun

<sup>35</sup> Código Teodosiano 5,1,3, «*Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. ad Hilarium praefectum urbi [a. 383]. Filia, quam fiduciam nominavit, hoc est emancipata, si intestata moriatur, et relinquat superstites patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedunt. Hic de iure addendum, quid sit fiducia*».

<sup>36</sup> C. HERRMANN, *cit.*, pp. 80 y ss.; R. LAMBERTINI, *Giustiniano e l'antica esclusione, cit.*, pp. 467 y ss.; L. MONACO, *cit.*, pp. 171 y ss.; F. SAMPER, *Sobre el destino, cit.*; E. VARELA, «La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Salamanca, Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez», 1978, pp. 535-560; «Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos», en *Revista General de Derecho Romano*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), núm. 4, 2005, pp. 1-24. El liberto podía ser un *paterfamilias* y tener *sui heredes*. En ausencia de estos, se llamaba a su patrono o a los *sui heredes*, agnados o incluso gentiles del mismo, *Tituli ex corpore Ulpiani* 29,4.

<sup>37</sup> D. 38,17,1,9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): «*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat, itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. Et si forte sit filius et patronus, repudiante filio, patrono defertur*».

así, debió tratarse de un proceso con avances y retrocesos, atendiendo a cada supuesto, dado que en el siglo II d. C. el tratamiento entre ingenuas y libertas distaba de ser igualitario.

## VI. CONCLUSIÓN

El senadoconsulto Orficiano promulgado en el año 178 d. C. es la primera disposición del *ius civile* que otorga a los hijos la condición de herederos legítimos en la herencia materna. Por supuesto, se vio afectado el *ordo pretorio* de la sucesión intestada, obligado a acoger la relación materno filial en la clase *unde legitimi*. La aplicación del senadoconsulto Orficiano supuso un considerable incremento del número de reclamaciones judiciales y de consultas a los juristas por parte de los diversos parientes implicados, unas veces llamados por el *ius antiquum*, otras veces por el *ius novum*. Desde un punto de vista dogmático, hubo de completarse un importante esfuerzo de asimilación del nuevo sistema de llamamientos y sus mecanismos, pues la senda iniciada por Adriano con la promulgación del senadoconsulto Tertuliano representaba una auténtica revolución, no ya para la sucesión intestada sino para la consideración del parentesco cognaticio como relevante para el *ius civile*.