

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**LAS EXPECTATIVAS HEREDITARIAS DE LOS HIJOS DE LA
LIBERTA Y DE LA INGENUA EMANCIPADA**

**THE HEREDITARY EXPECTATIONS OF THE CHILDREN
OF THE *LIBERTA* AND THE *INGENUA EMANCIPATA***

Aurora López Güeto

Profesora Doctora de Derecho Romano
Universidad de Sevilla

I. Los requisitos de la *mater intestata* para la aplicación del senadoconsulto Orficiano.

El senadoconsulto Orficiano procede de una *oratio* de Marco Aurelio y Cómodo del año 178 d. C. y toma su nombre de uno de los dos cónsules del año, *Ser. Scipio Orfitus*, tal y como se desprende de D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*) y de *Tituli ex corpore Ulpiani* 26, 7. Según la reconstrucción de RANCHINUS¹, el texto del senadoconsulto Orficiano habría dispuesto lo siguiente:

Quod Scipio Orfitus, et Vetius Rufus consules verba fecerunt de filiorum successionibus in maternis bonis, aliisque rebus quae imperator Caesar divi Antonius filius Marcus Aurelius Antoninus, et Lucius Aurelius Commodus illius filius Augusti Maximique principes oratione sua complexi sunt. De ea re quid fieri placeat, de ea re ita censuerunt. Id sine in manum conventionem matris intestatae hereditas ad liberos pertineat, tametsi in aliena potestate sint. Ut filiae simul cum filiis succedant matri, et liberi vulgo quasiti cum legitimis. Utque ii omnes omnibus consanguineis et agnatis ipsius matris praeferantur. Si nemo filiorum eorumve quibus simul legitima

¹ E. VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano (1966) 553 ss. Gulilmus Ranchinus escribió el *Tractatus de successione ab intestato* (Lugduni, 1594). Fue reproducido bajo el nombre falso de Jo. Weineus en el año 1603 y reeditado a mediados del siglo XVIII por MEERMAN, autor del *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*.

hereditas defertur volet ad se eam hereditatem pertinere ius antiquum erit. Quae iudicata, transacta, finitave sunt rata maneant.

La mujer fallecida que tuvo en consideración la norma de Marco Aurelio compartía muchas características con la madre llamada a heredar a sus hijos en base al senadoconsulto Tertuliano, esto es, la ciudadana romana *sui iuris* nacida libre y casada en justas nupcias. El valor del senadoconsulto Orficiano²

² Los autores, por orden cronológico, que han investigado sobre el senadoconsulto Orficiano (la mayoría de las veces en paralelo al senadoconsulto Tertuliano son: A. MOSCATELLI, “*I Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano*”, en *Archivio Giuridico* XL (1888) 193-240; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi, Firenze, 1930, 188 ss.; G. LAVAGGI, “*La successione della liberta e il Sc. Orfiziano*”, en *SDHI*. 12 (1946) 175 ss.; C. SANFILIPPO, “*Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano*”, en *Festschrift Schulz I, H. Böhlaus Nachfolger*, Weimar, 1951, 367 ss.; E. VOLTERRA, *Il senatoconsulto Orfiziano cit.*, 553 ss.; M. MEINHART, “*D. 38, 17, 1, 6, Ein Zeugnis für humana interpretatio*”, en *TR*. 33 (1965) 230 ss.; *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlaus Nachf, Grätz-Wien-Koln, 1967; P. VOICI, *Diritto ereditario romano I, Introduzione, Parte generale*, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967, pp. 689 ss.; P. VOICI, “*I senatusconsulti Tertulliano e Orfiziano*”, recensión a M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlaus Nachf, Grätz-Wien-Koln, 1967, en *SDHI*. 34 (1968) 397- 404; R. QUADRATO, “*I senatusconsulti Tertulliano e Orfiziano*”, recensión a M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das*

radicaba en el reconocimiento a los hijos de expectativas sucesorias en los *bona materna*³, una masa patrimonial que se componía de bienes generados por razón del matrimonio, como la dote recuperada por disolución del vínculo conyugal, pero también de los bienes extradotales o de los recibidos por donaciones, herencias y legados recibidos de parientes o de extraños. Asimismo, en los bienes maternos se incluían los rendimientos derivados del ejercicio de actividades económicas. La intención última del senadoconsulto Orficiano habría sido impedir la salida de esos bienes en detrimento de los hijos hacia otras ramas de la familia agnaticia de la fallecida o, incluso, que se beneficiara a personas ajenas a la fallecida tras las nupcias del viudo.

La principal fuente de conocimiento del senadoconsulto Orficiano se obtiene de pasajes del comentario de Ulpiano *ad*

klassische römische Erbrecht, Hermann Böhlau Nachf, Grätz-Wien-Köln, 1967, en *Labeo* 15 (1969) 362-377; E. VARELA, "Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos", en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 4 (2005) 1-24; J. B. FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, *El ius ad crescendi en la sucesión intestada romana*, Universidad de Alicante, 2009, 585 ss.; U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Böhlau, 2015, 72-80; A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, 309 ss.

³ M. FUENTESECA, *Bona materna*, en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, IX Convegno internazionale*, Peruggia, 1993, 1483-1500.

*Sabinum*⁴ recogidos en D. 38, 17, 1 pr.-8⁵ y D. 38, 17, 1, 9-11⁶.

Por otro lado, encontramos referencias a esta norma en *Tituli ex*

⁴ También resultan de interés los siguientes pasajes: D. 38, 16, 1 pr.-11 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 49, 15, 15 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), D. 38, 17, 10 (Pomponio, 2 *senatus consultorum*); D. 38, 17, 6 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*) y D. 50, 16, 230 (Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*); D. 38, 17, 3 (Modestino, 8 *regularum*) y D. 38, 17, 4 (Modestino, 9 *regularum*). El emperador Justiniano lo aborda en *Instituciones*, 3, 4 *De senatus consulto Orfitiano*. Las fuentes no jurídicas acerca de las repercusiones de este senadoconsulto brillan por su ausencia. Sin embargo, los siguientes textos nos han sido de utilidad para cuestiones tangenciales como los testamentos femeninos inoficiosos, la relación materno filial o la consideración de la familia y del matrimonio en época de los Antoninos: Casio Dión, *Historiae romanae*: 72, 17; Cicerón, *ad Atticum*: 7, 18a, 2; 11, 16, 5; 12, 18 a; 12, 28, 3; 13, 42, 1; 23, 3; 30, 1; Cicerón *De legibus*: 2, 19, 48; 2, 20, 49; Cicerón, *Pro Caecina*: 11-14; *Pro Cluentio*: 14; Flacco: 34; Festo, *De verborum significatu* (Lindsay): 356; Gelio, *Noctes Atticae*: 1, 17; 4, 3, 1; 4, 3, 2; 5, 19, 9; 5, 19, 10; 12, 1, 8; 17, 6, 1; Juvenal, *Saturae*: 6, 595, 7; Livio, *Ab urbe condita*: 2, 1, 10; 6, 34; 1, 35, 6; 34, 2, 11; 38, 57, 7; 39, 9, 1; 41, 29. Sobre la vida y pensamiento de los emperadores Antoninos, Frontón, *Epistulae Ad Antoninum*: 1, 5, 4; *Historia Augusta, Vita Marcus Aurelius Philosophus*: 7, 1; 9, 7; 10, 11; 11, 8; Marco Aurelio, *Meditaciones*: 1, 8, 3; 1, 9, 2; 1, 13, 3; 1, 14, 1; 1, 16, 20; 2, 5; 2, 11, 3; 3, 5, 2; 3, 10; 4, 19; 4, 25; 4, 32; 4, 33; 7, 10; 7, 70; 8, 25; 8, 31; 9, 3, 1; 9, 3, 2; 9, 30; 9, 11, 12; 10, 34; 11, 18, 16. Sobre la inoficiosidad del testamento femenino, Apuleyo, *De magia*: 71, 2; 91; 93; Plinio el Joven, *Epistulae*: 1, 14; 2, 15; 4, 2; 4, 10, 3; 5, 1, 9; 5, 1, 10; 5, 7, 2; 6, 32-33; 7, 11, 5; 7, 24, 8; 8, 16, 1; 8, 18, 4; Polibio, 31, 28, 7-9; Séneca el Filósofo, *Ad Helviam*, 16, 3; Séneca el Rétor, *Controversiae*: 1, 3; 1, 7; 2, 3, 12; 2, 4; 9, 5, 15; Valerio Máximo, *Facta et dicta memorabilia*: 5, 4, 7; 5, 7; 7, 7, 4; 7, 8, 2.

corpore Ulpiani 26, 1-7 y 29, 2-3. Parece que Ulpiano aplicaba un esquema metodológico similar al del estudio del senadoconsulto Tertuliano⁷: comenzaba con la denominación y detallada descripción de las condiciones de la persona fallecida, continuaba con el análisis de las exigencias impuestas a las personas llamadas a suceder y finalizaba aportando una solución a las situaciones de concurrencia entre parientes. En ocasiones, se necesitaba aplicar la regulación del *ius antiquum*⁸

⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Ex. officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889, Volumen II, reimpr., Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000, *Ad senatusconsultum Orfitianum*, 1045, 2515.

⁶ *Ibidem*, 1045, 2516.

⁷ Y. GONZÁLEZ ROLDAN, *Il diritto ereditario in età adrianea*, Bari, 2014, 198 ss. El senadoconsulto Tertuliano es promulgado en torno al año 138 d. C. a iniciativa del Emperador Adriano y reconoció a la madre como heredera legítima de sus hijos fallecidos sin testamento.

⁸ B. LORETI-LORINI, "Il potere legislativo del Senato romano", en *Studi Bonfanti* IV, Milano, 1930, 394 ss.; M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum cit.* 18. No obstante, ciertos fragmentos de Ulpiano se sitúan al margen de su propio esquema, como sucede en el cierre del primer capítulo del título 17, con un nuevo pasaje del senadoconsulto Orficiano que resulta instructivo para el debate sobre cuestiones sucesorias: D. 38, 17, 1, 12 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*): *Quod ait Senatus: "quae iudicata transacta, finitave sunt, rata maneant", ita intellegendum est, ut "iudicata" accipere debeamus ab eo cui iudicandi ius fuit, "transacta" scilicet bona fide, ut valeat transactio, "finita", vel consensu vel longo silentio sopita.* El texto equivale a una cláusula de cierre o disposición transitoria. Las fuentes no son concluyentes sobre cuántas veces ha aparecido una formulación similar y tanto Ulpiano como Paulo no se han

en cuanto al orden de llamamientos. Precisamente en materia de concurrencia (o competición) entre familiares interesados en heredar, a diferencia de lo ocurrido con el senadoconsulto Tertuliano y su compleja resolución, D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) estableció un orden de llamamientos para suceder a la madre intestada muy bien tasado y que no debería dejar dudas sobre el predominio de la posición de los hijos de la fallecida.

No obstante, este texto ha acabado por ser considerado el más conflictivo de los referidos a la regulación del senadoconsulto Orficiano y, en consecuencia, el que más interés ha suscitado en la doctrina. Lo anterior responde a dos motivos: en primer lugar, las sospechas vertidas por los estudiosos que utilizan el método interpolacionista (en especial sobre sus frases finales) poniendo en duda no ya que se correspondiera con la originaria redacción de la norma, sino, incluso, negando la autoría ulpiana. Por otra parte, el pasaje abre numerosos interrogantes no sólo acerca del sistema de concurrencias entre parientes, sino de cuestiones dogmáticas tales como el derecho de acrecimiento, la sucesión en la delación o el tratamiento igualitario de la sucesión intestada de las libertas⁹ y de las ingenuas emancipadas con el del resto de las madres romanas.

referido en sus explicaciones a esa cláusula que habría, sin duda, facilitado la solución de numerosas controversias.

⁹ P. VOICI, *Diritto ereditario romano I cit.* 689 ss.; 729 ss.

Lo que resulta incontestable a la luz de las fuentes es que, al igual que ocurriera con el senadoconsulto Tertuliano, para aplicar las reglas del senadoconsulto Orficiano se marcaron desde su redacción unos requisitos imprescindibles en cuanto al *status familiae* de la fallecida y de sus hijos. La mujer fallecida debía ser *sui iuris*, haber estado casada en régimen de matrimonio libre y, finalmente, conservar el parentesco cognaticio con sus hijos. Procedamos a comentar brevemente estas exigencias:

1. Acerca del *status familiae* de la fallecida podían existir dudas sobre si era una persona *sui iuris* o *alieni iuris* si su padre permanecía cautivo desde hacía largo tiempo sin tener constancia ni de su liberación ni de su muerte. Si se asumía el fallecimiento del cautivo, la mujer sería considerada *sui iuris* y sus hijos podrían heredarla. Por el contrario, si regresaba el cautivo la herencia de su hija le correspondería antes que a sus nietos. Así las cosas, la falta de certeza podía mantener la herencia de la madre intestada en suspenso indefinidamente, lo que, caso de caso de fallecer también los hijos llamados a heredarla, nietos del cautivo, conduciría los *bona materna* a las manos de los agnados. Todo ello porque el senadoconsulto Orficiano sólo permitía llamar a la primera generación de descendientes de la difunta. Es conveniente reflexionar sobre el siguiente extremo: las mujeres romanas daban a luz muy jóvenes y madres e hijos prácticamente pertenecían a una

misma generación, muriendo en fechas próximas. En ese caso, aunque hubiera nietos¹⁰ vivos, el senadoconsulto Orficiano podría no ser de aplicación y, en base al *ius vetus*, heredar los agnados o, incluso, la madre de la *fallecida ex Tertulliano*.

En los tiempos en que vio la luz el senadoconsulto Orficiano este caso debió de ser bastante más habitual de lo que parece, pues Ulpiano le dedica más de una reflexión. Parece que se optó por aplazar el acceso a la herencia de los hijos de la *mater intestata* pero consintiendo que, si durante esa suspensión los herederos fallecían, los nietos de aquélla llegaran a hacerse con los bienes¹¹. El mismo Ulpiano abogaba por una

¹⁰ D. 38, 16, 14 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*); D. 49, 15, 12, 3 (Trifonino, 2 *disputationum*).

¹¹ Si bien para muchos autores el texto es obra de los compiladores, MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum cit.*, 89 ss. se resiste a negar la autoría de Ulpiano, acudiendo a C. 6, 55, 9 *Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Constantiano pp. Galliarum* [a. 389]. En la constitución se permitía la inclusión del nieto en los llamados a la herencia de la abuela materna. Así que, al menos desde el año 389 d. C. se produjo para los nietos el mismo efecto que para los descendientes de los *sui* o para los *adgnati*, y si la situación de pendencia duraba más que la vida de los descendientes de primer grado se producía la delación a la segunda generación. Más adelante, Justiniano aclararía la situación en la siguiente constitución: C. 6, 57, 6 *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. A. Iuliano pp. Quidam ancillae suae per fideicommissum libertatem reliquit, eo autem, a quo libertas relicta est, moram in libertate praestanda faciente peperit ancilla. et esse quidem ingenuum puerum vel puellam, qui post moram nati sunt, omnes veteris iuris auctores consentiunt, dubitabatur autem inter eos, si matri morienti potest*

intervención del pretor que socorriera a los hijos en D. 38, 17, 1, 1 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y había tratado casos de cautiverio relacionados con la sucesión intestada entre parientes, como en D. 38, 16, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) y D. 38, 16, 2 pr. (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*), situaciones en las que la solución adoptada fue la concesión de una *bonorum possessio provisoria* a favor de los descendientes, un ejemplo de transmisión de la delación¹².

2. El segundo requisito que debía cumplir la mujer fallecida para la aplicación a su herencia intestada del senadoconsulto Orficiano lo encontramos en *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 7 que incorpora la mención al matrimonio de la mujer *sui iuris*¹³. Es bastante probable que, a pesar de lo expuesto en D. 38, 17, 1, 2 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)¹⁴, Marco Aurelio no hiciera mención

succedere. 1. Huiusmodi itaque dubitationem eorum decidentes ulterius eam procedere non patimur, sed sancimus eandem matris progeniem heredem ab intestato posse ei existere, salvo iure legitimo ex auctoritate senatus consulti Orfitiani proli seroando et tam matre ex senatus consulto Tertulliano quam prole ex Orfitiano senatus consulto invicem ad suas hereditates venientibus. D. k. Oct. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. [a. 530].

¹² J. M. RIBAS ALBA, "La *transmissio* de la delación en Derecho Romano clásico", en *BIDR.* (1994) 289-307.

¹³ En D. 38, 17, 4 (Modestino, 9 *regularum*) se refiere al matrimonio de la fallecida, aunque, en este caso, permitiendo la sucesión a hijos nacidos de diferentes matrimonios.

¹⁴ A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos cit.* 309 ss. Marco Aurelio había endurecido las normas del matrimonio y aspiraba a un modelo de familia

expresa a los hijos extramatrimoniales. Lo anterior no obsta a que, con el paso del tiempo, los *spurii* acabaran siendo igualados por los juristas y diversas disposiciones imperiales a los *iusti procreati*.

3. Por último, la exigencia de la conservación ininterrumpida del parentesco cognaticio de la madre con sus hijos¹⁵ se correspondía con el modelo de relación materno filial más frecuente, es decir, que la madre estuviera en libertad al dar a luz. Parece difícil que Ulpiano, ante la pérdida temporal de la libertad (y de la ciudadanía) de la madre o del hijo se planteara una hipotética reanudación de la relación jurídica familiar entre

tradicional emparentado con el espíritu de las leyes augusteas de la familia. Aunque dirigiera el senadoconsulto Orficiano a favorecer con la sucesión en los *bona materna* a los hijos legítimos, los prudentes, tiempo después, no discriminaron entre hijos *legitimi* o *vulgo quaesiti*. Muy posiblemente, los compiladores pensaron que la mención al carácter legítimo de los hijos era superflua y optaron por suprimirla.

¹⁵ MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum cit.* 139. No existe constancia de una discriminación en el texto del senadoconsulto Orficiano entre *filius* y *filia* como llamados a suceder. 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. Nada impide considerar que fueran llamadas en fecha más cercana a la promulgación del senadoconsulto Orficiano, pues Gayo utilizaba el término *liber* para denominar a los herederos como comprensivo de ambos textos. Una vez más, el legislador habría dejado esta labor a la *interpretatio*, que habría respondido favorablemente, sin ser la cuestión del sexo de los hijos relevante ni conflictiva.

ambos. No obstante, al igual que en ciertos casos muy excepcionales se recomponía el parentesco agnaticio entre padre e hijo y la consiguiente patria potestad, pudo extenderse esta solución a la cognación. Por analogía, pero con ciertas precauciones, Ulpiano parece admitir que mediante rescripto imperial se otorgara a los hijos el derecho a heredar a sus madres, aun sin cumplirse el requisito esencial del parentesco cognaticio. Digamos que la excepción suponía la atribución de la ingenuidad al hijo con carácter retroactivo por la preocupación que provocaba el caso de la *cautiva et redempta*, por otra parte, bastante excepcional.

Estos fueron los requisitos exigidos en cuanto a la condición de la mujer fallecida. Pero también se impusieron condiciones a los llamados a heredar¹⁶. Las numerosas consultas recibidas por los juristas tras la promulgación de una norma especialmente escueta e intencionadamente abierta, al estilo del senadoconsulto Tertuliano, les impuso una aproximación a los supuestos desde una lógica estructurada en dos fases. Primero, se dilucidaría si los llamados a suceder cumplían los requisitos que acabamos de exponer. En caso afirmativo, los hijos eran considerados herederos civiles y, si

¹⁶M. MEINHART, "D. 50, 16, 231: ein Beitrag zur lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenes Kindes", en ZSS. 82 (1966) 188 ss. ; D. 38, 17, 1, 6, Ein Zeugnis für *humana interpretatio cit.* 230 ss. ; *Die senatusconsulta Tertullianum et Orfitinaum cit.* 139 ss.; LÓPEZ GÜETO, *op. cit.* 394 ss.

estaba interesados en acudir a la regulación pretoria, se les reconocería en la segunda clase, *unde legitimi*. Ha de tenerse en cuenta que, superada la primera criba, en cuanto *extranei* los hijos deberían aceptar o rechazar la herencia de su madre. Pero aún debía superarse un escollo más para que los *bona materna* acabaran en manos de los hijos si estaban sometidos a la potestad de un *paterfamilias*.

D. 38, 17, 9 (Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Orphitianum*):

Sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat.

La doctrina coincide en que una de las más valiosas aportaciones del senadoconsulto Orficiano fue la no discriminación en el acceso a la herencia materna de los hijos *alieni iuris*. Ahora bien, el padre debía prestarles un previo y válido *iussum* y los bienes pasaban a ser titularidad del hijo de la fallecida. En una segunda fase, bien porque los hijos no cumplían con los requisitos legales o bien porque renunciaban a sus aspiraciones *ex Orphitiano*, como recoge D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, *13 ad Sabinum*), los juristas acudían al *ius vetus*, es decir, se llamaba a suceder a los agnados de la mujer fallecida. Aunque la cuestión de la sucesión en la delación se revela muy

problemática en la regulación del senadoconsulto Tertuliano, queda bastante mejor resuelta en el senadoconsulto Orficiano.

En definitiva, la mujer fallecida intestada cuya herencia quiso regular el emperador Marco Aurelio debía haber fallecido siendo *sui iuris* y dejando hijos nacidos de legítimo matrimonio. Pero, ¿en esa definición se encontraban incluidas, sin exigencias adicionales, las mujeres ingenuas emancipadas? ¿Y las libertas? ¿Cómo se conjugaban para las primeras las expectativas hereditarias de sus hijos, meros cognados, con las del padre natural que la hubiera emancipado (o el *extraneus manumissor* que conservaba su tutela)? ¿Y los intereses del patrono (o patrona) de la liberta?

En tiempos de Justiniano, la herencia de todas estas mujeres se regía con normalidad por las disposiciones del senadoconsulto Orficiano, pero nos corresponde relatar la evolución jurídica de la regulación de su herencia para alcanzar una interpretación de lo dispuesto en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), el único pasaje que hace referencia al patrono de la fallecida. Acudiendo a diversas constituciones imperiales del Bajo Imperio, puede tratarse de ubicar en el tiempo el momento de la equiparación de las expectativas de los hijos de las libertas a las de los hijos de las ingenuas. La intención de los compiladores de obviar las diferencias entre libertas e ingenuas desvirtúan continuamente el tratamiento ulpiano de los

senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Salvo que introduzcamos en esta ecuación la posibilidad de que la liberta o la ingenua emancipadas gozaran del beneficio del *ius liberorum*¹⁷, que actuaría como elemento facilitador del acceso privilegiado de sus hijos a la herencia, postergando a los patronos concurrentes y al *parens manumissor*. Comenzaremos nuestro análisis por el fallecimiento de la liberta sin testamento que dejaba hijos al morir.

¹⁷ A. STEINWATER *s. v. ius liberorum*", en *PWRE*. X, 2 (Stuttgart, 1897) 1282; B. KÜBLER, "Über das *ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten", en *ZSS*. 30 (1909) 154 ss.; "Über das *Ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mütter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten (Fortsetzung und Schluß)", en *ZSS*. 31 (1910) 176 ss.; S. SOLAZZI, "*Ius liberorum* e alfabetismo", en *RIL*. 51 (1918) 586 ss.; A. BERGER, voz: "*Ius liberorum*", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society Philadelphia, 1953, 530; F. SAMPER, *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo derecho romano occidental*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972; M. ZABLOCKA, "*Il ius trium liberorum* nel diritto romano", en *BIDR*. 91 (1988) 361 ss.; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 4ª edición, Padova, CEDAM, 1996, 16 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, *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, 2004, 769-777.

II. Las expectativas de los hijos de la liberta frente al patrono y su familia tras la promulgación del senadoconsulto Orficiano¹⁸.

1. El *ius civile* y la regulación de la herencia de las libertas.

La Ley de las XII Tablas consagraba el predominio de los derechos del patrono en la sucesión intestada de los libertos, posición que se fue ampliando por obra de la jurisprudencia a los agnados e incluso a los gentiles del patrono. El edicto pretorio incluía en el orden *unde legitimi* a los patronos y a sus parientes agnados para la solicitud de la *bonorum possessio sine tabulis* en los bienes de sus antiguos esclavos varones. La *capitis*

¹⁸ASTOLFI, *op. cit.* 229 ss.; P. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, “*Bonorum possessio dimidiaie partis ab intestato ex edicto: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto*”, en *Estudios de Derecho romano en memoria de B. M^a Reimundo Yanes*, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2000, 169 ss.; FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, *op. cit.* 585 ss.; LA PIRA, *op. cit.*, 182 ss.; LAVAGGI, *op. cit.* 157 ss.; F. SAMPER, “*De bonis libertorum*, sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto”, en *AHDE*. 41 (1971) 149 ss.; G. TURIEL DE CASTERO, “La sucesión intestada en Derecho Romano”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano del Derecho Romano*, Orense, 1998, 75 ss.; VARELA, *op. cit.* 5 ss.; P. VOICI, *Diritto ereditario romano II, Parte speciale*, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963, p. 25; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 146-178; BABUSIAUX, *op. cit.* 61-70.

deminutio del patrono, del liberto o de los parientes del primero suponía la pérdida del derecho sucesorio. D. 38, 16, 3 pr. (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*). En cuanto a la sucesión forzosa, el edicto reconocía también al patrono la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* en caso de preterición o por una designación insuficiente¹⁹.

La sucesión se configuraba por cabezas, no por estirpes, y no se aplicaba la *successio graduum* a favor de los descendientes del patrono si éste repudiaba la herencia²⁰. En caso de pluralidad de patronos, fallecido uno de ellos no se producía el llamamiento a los hijos del fallecido sino el acrecimiento a favor del patrono superviviente que heredaba en la totalidad²¹. Nada se dice especialmente en el texto decemviral sobre la herencia intestada de la liberta, pero resulta muy ilustrativo ahondar en dos circunstancias que demuestran las diferencias de tratamiento de la sucesión intestada respecto a su homónimo varón.

Por principio, la liberta, al igual que la ingenua, carecía de *sui heredes*, mientras que el liberto podía ser *paterfamilias*. En consecuencia, la liberta no tenía parientes agnaticios (salvo que contrajera matrimonio acompañado de *conventio in manum*, en cuyo caso su herencia carecía de interés al integrarse su

¹⁹ F. SAMPER, *De bonis libertorum cit.* 157 ss.

²⁰ LA PIRA, *op. cit.* 188 ss.

²¹ VARELA, *op. cit.* 5 ss.

patrimonio en el del marido o el *paterfamilias* de éste). Por el contrario, el liberto tenía como agnados a sus propios descendientes *in potestate* o, caso de ser arrogado, ganaba como propios a los familiares del *adrogans*. La suma de estas dos circunstancias alejaron a los hijos de las libertas del régimen sucesorio civil intestado recogido en la Ley de las XII Tablas²², a la vez que el testamento les era accesible contando con la autorización del patrono, su tutor.

Por lo que se refiere al edicto pretorio, de nuevo y expresamente hallamos una importante diferencia en cuanto al fallecimiento de la liberta. A diferencia de lo establecido para los hijos de los libertos varones, sus descendientes no eran considerados *liberi* y se les confinaba al tercer orden de llamamientos para la solicitud de la *bonorum possessio sine tabulis* (posiblemente también en la *bonorum possessio contra tabulas*)²³. Así que se llamaba al patrono y a su descendencia agnada masculina (excluidas las descendientes femeninas *Voconiana ratione*) desde la clase *unde legitimi*.

Tituli ex corpore Ulpiani, 29, 1-3:

Civis Romani liberti hereditatem lex Duodecim Tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit: ideoque sive testamento facto decedat, licet suus heres ei non sit, seu intestato, et suus heres ei sit, quamquam non naturalis, sed uxor puta, quae in

²² *Tabulae* 5, 4 y 5, 5.

²³ SAMPER, *De bonis libertorum cit.* 207-214.

manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil praestat. Sed ex edicto praetoris, seu testato libertus moriatur, ut aut nihil aut minus quam partem dimidiam bonorum patrono relinquat, contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio illi datur, nisi libertus aliquem ex naturalibus liberis successorem sibi relinquat; sive intestato decedat, et uxorem forte in manu vel adoptivum filium relinquat, aequae partis mediae bonorum possessio contra suos heredes patrono datur. 2. In bonis libertae patronus nihil iuris ex edicto datur. Itaque seu intestata moriatur liberta, semper ad eum hereditas pertinet, licet liberi sint libertae, quoniam non sunt sui heredes matri, obstitit patrono

En definitiva, la tutela de libertos de uno y otro sexo correspondía desde la Ley de las XII Tablas a los patronos y a sus hijos (la tutela legítima, Gai. 1, 165).

Gayo nos ofrece diversas menciones a la herencia de las libertas en sus Instituciones, preocupado en numerosos textos de delimitar quiénes eran sus sucesores, sobre todo, tras la promulgación de la *lex Papia Poppaea*.

Gai. 3, 44-47:

44. Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate testamentum facere, prospexit, ut pro numero liberorum, quos liberta mortis tempore habuerit, uirilis pars patrono debeat; ergo ex bonis eius, quae [. . . . vv. 2 1/2 legi nequeunt] hereditas ad patronum pertinet. 45. Quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni, item de nepote ex filio et de pronepote ex nepote filio nato prognato. 46. Filia uero patroni et

neptis ex filio et proneptis ex nepote filio nato prognata olim quidem habebant idem ius, quod lege XII tabularum patrono datum est; praetor autem non nisi uirilis sexus patronorum liberos uocat; filia uero ut contra tabulas testamenti liberti aut ab intestato contra filium adoptiuum uel uxorem nurumue, quae in manu fuerit, bonorum possessionem petat, trium liberorum iure lege Papia consequitur; aliter hoc ius non habet. 47. Sed ut ex bonis libertae testatae quattuor liberos habentis uirilis pars ei debeatur, ne liberorum quidem iure consequitur, ut quidam putant; sed tamen intestata liberta mortua uerba legis Papiae faciunt, ut ei uirilis pars debeatur; si uero testamento facto mortua sit liberta, tale ius ei datur, quale datum est contra tabulas testamenti liberti, id est, quale et uirilis sexus patronorum liberi contra tabulas testamenti liberti habent, quamuis parum diligenter ea pars legis scripta sit.

La obtención del *ius liberorum* con el que las premiara Augusto en la *lex Papia Poppaea*²⁴ por haber dado a luz, al menos, a cuatro hijos, les acercaba a la herencia materna, al permitirle a la liberta redactar un testamento que reflejara su voluntad real de favorecerlos, lejos de las presiones del patrono²⁵. Ahora bien, para compensar al patrono, debía

²⁴ ASTOLFI, *op. cit.* 16 ss. sobre las innovaciones de la *lex Papia*. Tras la referencia a las disposiciones sobre la liberta en la ley augustea, y las menciones gayanas a su sucesión intestada, tan sólo hallamos textos sobre la sucesión de las mujeres latinas.

²⁵ Gai, 49. *Patronae olim ante legem Papiam hoc solum ius habebant in bonis libertorum, quod etiam patronis ex lege XII tabularum datum est. nec enim ut*

instituirle en una cuota viril. Recuerda Gayo que dicha limitación sólo se aplicaba al liberto si no testaba a favor de sus hijos, en otro claro signo de discriminación de la liberta. En cuanto al testamento de las libertas sin *ius liberorum*, dado que permanecían bajo la tutela del patrono, podemos intuir que sus bienes quedaban, salvo manifestaciones de generosidad del patrono, la órbita del antiguo dueño y su familia.

El tratamiento de Ulpiano de estas cuestiones es el siguiente:

Tituli ex corpore Ulpiani 29, 3:

Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor ius liberorum iure tutela patronorum liberavit: et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, ut pro numero liberorum libertae superstitem virilis pars patrono debeat.

Tituli ex corpore Ulpiani 29, 6-7:

Patronae in bonis libertorum illud ius tantum habebant, quod lex Duodecim Tabularum introduxit; sed postea lex Papia patronae ingenuae duobus liberis honoratae, libertinae tribus, id ius dedit, quod

contra tabulas testamenti ingrati liberti uel ab intestato contra filium adoptiuum uel uxorem nurumue bonorum possessionem partis dimidiae peterent, praetor similiter ut de patrono liberisque eius curabat. 50. Sed lex Papia duobus liberis honoratae ingenuae patronae, libertinae tribus eadem fere iura dedit, quae ex edicto praetoris patroni habent; trium uero liberorum iure honoratae ingenuae patronae ea iura dedit, quae per eandem legem patrono data sunt; libertinae autem patronae non idem iuris praestitit.

patronus habet ex edicto. 7. Item ingenuae trium liberorum iure honoratae eadem lex id ius dedit, quod ipsi patrono tribuit.

De lo anterior podemos deducir que la *lex Papia Poppaea* no influyó en las reglas de la sucesión intestada de las libertas, gozaran o no del *ius liberorum*, de forma que el patrono sería su único heredero *abintestato*. En la sucesión pretoria, el antiguo dueño accedería en la *bonorum possessio* desde la clase *unde legitimi*, siguiendo los hijos de la liberta postergados a la clase *unde cognati*. Sin embargo, la ley augustea intervino de forma tangencial en el ya de por sí enrevesado sistema de la sucesión de los libertos y sus repercusiones se hicieron notar a favor de las descendientes del patrono que hubieran obtenido el beneficio del *ius liberorum*, recompensadas por Augusto al permitirles conseguir una cuota viril por medio de la *bonorum possessio sine tabulis*, al igual que se venía otorgando a los agnados varones.

Recapitulando: la liberta fallecida sin testamento podía haber quedado ligada a) a un patrono b) a su descendencia masculina c) a su descendencia femenina y d) a una patrona. En cuanto a la primera (a) y segunda de las situaciones (b) las expectativas sucesorias en base al *ius civile* del patrono o de sus descendientes varones se ceñían a lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas. Se llamaba al patrono como *proximus adgnatus* desplazando a los hijos de la liberta que eran meros cognados,

ya fueran legítimos o *vulgo concepti*²⁶. Pero, en la tercera de las situaciones, es decir, si el patrono tuviera hijas, el *ius liberorum* les hacía optar a la herencia de la liberta. Por otro lado, si la liberta fallecida era sobrevivida por su patrona, la Ley de las XII Tablas llamaba a la antigua dueña como agnada próxima, excluyendo a los hijos de la liberta en cuanto meros cognados²⁷ y el edicto pretorio incluía a la patrona en el orden *unde legitimi*. La interpretación jurisprudencial tardo-republicana acabó por

²⁶ D. CHERRY, "Intestacy and the Roman poor", en *Tijdschrift* 64 (1996) 155-172; J. CROOK, "Women in Roman Succession", en Rawson, *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, Ithaca Cornell University (1986) 58-82; J EVAN GRUBBS, "Illegitimacy and inheritance disputes in the Late Roman (2014) Empire", en *Inheritance, law and Religions in the Ancient and Medieval Worlds*, B. CASEAU and S. HUEBNER (eds.), Centre de recherche d'histoire et civilisation de Byzance, Monographies, 46, Paris 2014.; "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 University Press, Oxford, 2005, 93-128; TH. MCGINN, "Roman Children and the law", en *The Oxford handbook of childhood and education in the classical world*, J. E. Grubbs y T. Parkins, (Eds.), Oxford University Press, Oxford 2013, 346-348; M. NOVAK, "Ways of describing illegitimate children vs. their legal situation", en *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 193 (2015) 207-218; B. RAWSON, "Spurii and Roman Views of Illegitimacy", en *Antichthon* 23 (1989) 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, 25-27; 30-39; 45-56; F. SCHULZ, "Roman registers of birth and birth certificates", en *JRS.* (1942) pp. 78-91.

²⁷ Gai. 3, 51.

perjudicar su llamamiento, *Voconiana ratione*²⁸, al no ser consanguínea de la liberta²⁹. De nuevo la *lex Papia Poppaea* interviene para aliviar esta rigurosidad al tomar en consideración que la antigua dueña estuviera o no en posesión del *ius liberorum*:

Gai. 3, 51-53:

51. *Quod autem ad libertinarum bona pertinet, si quidem intestatae decesserint, nihil noui patronae liberis honoratae lex Papia praestat; itaque si neque ipsa patrona neque liberta kapite deminuta sit, ex lege XII tabularum ad eam hereditas pertinet, et excluduntur libertae liberi; quod iuris est, etiam si liberis honorata non sit patrona; numquam enim, sicut supra diximus, feminae suum heredem habere possunt. si uero uel huius uel illius kapitis deminutio interueniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia legitimo iure kapitis deminutione perempto euenit, ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur.* 52. *Cum autem testamento facto moritur liberta, ea quidem patrona, quae liberis honorata non est, nihil iuris habet contra libertae testamentum; ei uero, quae liberis honorata sit, hoc ius tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.* 53. *Eadem lex patronae filio liberis honorato . . . patroni iura dedit; sed in huius persona etiam unius filii filiaeue ius sufficit.*

Lo que es innegable es que la herencia de ingenuos y libertos se venía regulando, históricamente, por separado. Al

²⁸ M. BALLESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni sulla «lex Voconia»*, LED Edizioni Universitarie, Milano, 2008.

²⁹ SAMPER, *De bonis libertorum cit.*, 176. La *lex Papia* no les concedería derechos nuevos pero, por interés demográfico, fueron beneficiadas en la herencia de los varones libertos si tenían el *ius liberorum*, al igual que se hiciera con las descendientes del patrono. Además, extendió sus beneficios a los descendientes de la patrona que al menos tuvieran un hijo.

menos en el caso de los varones, el *ius civile* tuvo especial interés en proteger las expectativas hereditarias de sus hijos, si acaso, distinguiendo entre los hijos naturales y los adoptivos (distinción irrelevante para las libertas, que no podían adoptar). Pasarían siglos hasta que el derecho optara por la misma solución cuando concurrían al fallecimiento intestado de una mujer liberta sus hijos, todos ellos naturales y de igual condición, y su antiguo dueño.

2. El *ius novum* y la herencia de la liberta intestada.

D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) afirma taxativamente que la mujer fallecida cuya herencia regula el senadoconsulto Orficiano podía haber nacido ingenua o alcanzar la libertad por manumisión.

D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*):

Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto Orphitiano.

Pero, si acudimos a los escasos textos que se refieren a la sucesión de las libertas intestadas, no hallamos mención alguna a las reglas del senadoconsulto Orficiano. Recordemos que los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano fueron normas de mínimos que contemplaban las situaciones familiares más habituales en su época tratando de innovar y dar cabida al parentesco de sangre sin derribar los principios tradicionales del derecho sucesorio. Parece difícil que el legislador tuviera en

mente (y menos que las nombrara expresamente) a las libertas, cuya situación social y jurídica distaba de ser igual a la de las ingenuas. Por tanto, la taxativa afirmación de D. 38, 17, 1 pr. (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) puede no corresponder sino al interés de los compiladores por superar las diferencias de tratamiento entre ingenuas y libertas.

Sin embargo, lo anterior no es incompatible con que, incluso en fechas próximas a la promulgación del senadoconsulto Orficiano, los juristas vinieran abogando por la equiparación en circunstancias excepcionales. Porque, ¿cuál era la finalidad última de Marco Aurelio al instar al Senado el reconocimiento de los hijos como herederos civiles de sus madres sino evitar que el patrimonio de las mujeres llegara a manos de los agnados al fallecer una mujer *sui iuris* cuyos hijos eran libres y ciudadanos romanos? Atendiendo a esta razón, inspirada en principios como la *aequitas*, la *humanitas* e incluso la *pietas*, pudo buscarse alguna vía que beneficiara a los hijos de la fallecida fuera cual fuera, dentro de unos límites de moralidad, su situación personal³⁰.

³⁰ A. PALMA, *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Giappichelli, Torino, 1992; G. PURPURA, "Brevi riflessioni sull'*humanitas*", in *AUPA* 53 (2009) 287 ss., www.unipa.it/dipstdir/portale.

Es cierto que la liberta, por regla general, carecía de agnados, y, como el patrono seguía ejerciendo sobre ella la tutela si no alcanzaba el *ius liberorum*, era, de una u otra forma, su heredero natural. Pero, la cuestión principal a discernir es si el senadoconsulto Orficiano, o, al menos, su interpretación, permitió anteponer a los hijos de la liberta al patrono y a sus agnados en ausencia de testamento, para lo que manejaremos, fundamentalmente, tres pasajes: D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*)³¹, *Tituli ex corpore Ulpiani*, 26, 7 e Instituciones, 3, 4 pr³².

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.

³¹ En el *Epitome Ulpiani*, ya en el siglo IV d. C. hallamos referencias a estas cuestiones ciñéndose al esquema gayano y prescindiendo de las reformas introducidas por el senadoconsulto Orficiano.

³² Gayo no pudo conocer los efectos del senadoconsulto Orficiano en este asunto en la época en que redactó sus Instituciones. Pero podemos hacernos una idea del estado de la cuestión al menos hasta Diocleciano. Las mejoras a favor de los hijos cognados de la liberta no pudieron situarlos en posición de ventaja sobre los patronos en el caso de existencia de *sui heredes* del liberto varón.

Este texto menciona la radical equiparación de ingenuas y libertas y el llamamiento de sus hijos con exclusión de los patronos de la liberta. Desde una óptica metodológica, rompería, sin aparente necesidad el esquema tradicional del Digesto que optaba por separar las cuestiones sobre la herencia de los nacidos libres y la herencia de los libertos, un método al que no sería ajeno el estudio de Ulpiano *ad Sabinum*³³. Además, diversas fuentes nos ilustran acerca del tratamiento legal de la *ingenua* y la liberta en el siglo II d. C. que aún distaba de ser paritario, por lo que nos parece más razonable que el legislador dejara a la interpretación de los prudentes las posibles disputas por la herencia de la liberta fallecida intestada. El texto parece contradecirse con la confusa mención en la frase final, “*itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio, patrono defertur*”, que sugiere la concurrencia de los patronos con los hijos de la liberta fallecida³⁴, lo que ha sido objeto de un encendido debate doctrinal³⁵.

³³ D. 38, 16, 3 (Ulpiano, 14 *ad Sabinum*).

³⁴ MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orfitianum cit.* 69 ss.

³⁵ *Íbidem*, pp. 83 ss.; Th. SCHIRMER, *Handbuch des römischen Erbrechts 1. Teil Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthalten*, Leipzig, 1863, 186.

Es momento de referirnos a otro texto atribuido a Ulpiano que podría permitir aplicar las disposiciones del senadoconsulto a la herencia de la liberta fallecida:

Tituli ex corpore Ulpiani, 26, 7:

Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventionem matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis³⁶.

¿Puede considerarse la mención a los *reliquis agnatis*, una referencia al patrono y descendientes agnados? Al fin y al cabo, el patrono tenía con ella una relación similar al parentesco agnaticio y, en la práctica, los hijos de la liberta debían esperar a ser favorecidos en el testamento pues la herencia intestada civil y pretoria les dejaba postergados.

Finalmente, debemos atender a lo dispuesto por Justiniano en las Instituciones:

Instituciones, 3, 4 pr:

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus consulto Orphitiano effectum est, quod latum est Orphito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris.

³⁶ Gai. 3, 43 y 3, 51.

1. *Sed cum ex hoc senatus consulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur.* 2. *Sciendum autem est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferantur.* 3. *Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus consulto admitti.* 4. *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint adcrecit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

En cuanto a la posición de los hijos de la liberta tras la publicación del senadoconsulto Orficiano, la doctrina ha barajado tres posibles soluciones. La primera de ellas, la exclusión radical del patrono o de la patrona por los hijos de la liberta, de forma taxativa. Así, MEINHART recurre al siguiente pasaje:

D. 38, 17, 6, 1 (Paulo, libro singulari ad senatus consultum Orphitiano):

Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum propter haec verba "si nemo filiorum volet hereditatem suscipere", quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint,

paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.

Paulo se limitaba a confirmar que, si el hijo de la fallecida no tenía interés en adir la herencia pero luego se arrepentía de tal decisión, tendría un año de plazo desde la muerte de la fallecida para adirla antes que un consanguíneo o un agnado³⁷. MEINHART³⁸, por tanto, firme partidaria de la prevalencia de los hijos sobre el patrono, se opone a un hipotético llamamiento conjunto que mostraría una doble desviación del espíritu de ambos senadoconsultos. El patrono no sólo se beneficiaría en cuanto concurrente con los hijos, sino también por el derecho de acrecimiento a la cuota del repudiante.

La segunda posición es la defendida por LAVAGGI³⁹, para quien la frase *eorumve... defertur* sería clásica pero quizá

³⁷ *Ibidem* 85.

³⁸ QUADRATO, *op. cit.*, 362-377. En su recensión a MEINHART (1967), coincide en que no tiene fundamento una llamada conjunta del hijo y del patrono como pretende LAVAGGI para lo que interpreta D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) junto con *Basilicae* 45, 1, 27, 9 e Instituciones 3, 4, 1.

³⁹ LAVAGGI, *op. cit.* 176 ss. Para apoyar esta tesis, se ve obligado a considerar la palabra *defertur* como distorsionada y sostiene que Justiniano falsificó de manera sustancial y grave el pensamiento de Ulpiano. Para LA PIRA, *op. cit.* 295 ss., sólo se comprende el conjunto entero si la frase *eorumve... defertur* se considera justiniana, aunque lo discute MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orfitianum cit.* 75 pues cree

retocada por los compiladores para que esas palabras alcanzaran un nuevo significado al incluir a los nietos de la mujer fallecida. La norma había desplazado a los agnados, reconocidos nada menos que por la Ley de las XII Tablas, y la jurisprudencia no debió sentirse atada a la hora de resolver casos de la sucesión intestada de la mujer fallecida utilizando lo dispuesto por la *lex Papia* para los testamentos. El problema es que llevaría hasta el último extremo el beneficio a los cognados creando una situación de desigualdad entre los *liberi* del liberto y los hijos cognados de la liberta a favor de éstos últimos, posiblemente un efecto no buscado por el legislador. Por ello, el mismo LAVAGGI menciona un posible concurso en todo caso, es decir, la entrega de una cuota viril al patrono fuera cual fuera el número de hijos de la liberta. Partiendo de la premisa de que no se podía hablar en la herencia de la liberta de la exclusión del patrono, de la patrona o de los *liberi patroni*⁴⁰, trata de sustituir en D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) la palabra de su última frase, *defertur*, por *adcrecit*, lo que justificaría una llamada conjunta y por supuesto, solidaria, de los hijos de la

que se inspiró en los mismos principios que D. 38, 17, 2, 14 (Ulpiano, 13 *ad Sabinum*) un texto que LA PIRA, por cierto, no considera interpolado. SANFILIPPO, *op. cit.* 370 ss. no ve clara las interpolaciones, y trata de buscar razones para justificar su clasicidad.

⁴⁰ MOSCATELLI, *op. cit.* 193-240; SCHIRMER, *op. cit.* 185 ss. Asimismo, respecto a los supuestos de concurrencia, LAVAGGI, *op. cit.* 180.

fallecida y del patrono o manumisor y el derecho de acrecimiento entre ellos en caso de repudio.

Una tercera vía, pese a las críticas de MEINHART⁴¹, ofrece relevancia al *ius liberorum*⁴², y es la opción que nos convence más. Por obra del edicto y de la jurisprudencia, las disposiciones del senadoconsulto Orficiano que habían sido dictadas pensando en la mujer ingenua *sui iuris* fueron pronto aplicadas a las libertas, por el propio impulso que venía tomando la cognación desde la promulgación del senadoconsulto Tertuliano. Los hijos de la liberta, meros cognados, y eternos perjudicados en los llamamientos intestados habrían planteado numerosas consultas y se les

⁴¹ La autora austríaca considera que, si bien los senadoconsultos habían nacido teniendo muy presentes el respeto a las leyes augusteas, era un tanto excesivo utilizar una disposición legal referida al testamento como condición vinculante para el nuevo control de la herencia intestada, algo que no encuentra apoyo en las fuentes. Por tanto, la concesión de la *portio virilis* a favor del patrono de la liberta con *ius liberorum* no debía transponerse a la sucesión intestada. A su parecer, igual que conocemos positivamente que para la aplicación del senadoconsulto Tertuliano la madre del fallecido debía gozar del *ius liberorum*, para el senadoconsulto Orficiano éste beneficio no se exigiría a la mujer ingenua, liquidando una práctica que llevaba más de 160 años desde la *lex Papia*.

⁴² SAMPER, *De bonis libertorum cit.*, 170. Si murieran todos los hijos de la liberta, el patrono recibiría el *as* completo, aunque hubiera ulteriores descendientes de aquéllos y le parece poco probable que una liberta obtuviera el *ius liberorum* sin haber dado a luz, por disposición del Senado o del emperador.

empezaron a reconocer expectativas sucesorias preferentes igual que a los hijos de las mujeres ingenuas. Ahora bien, descartada una radical equiparación a la herencia de las ingenuas en el siglo II d. C., cuando el tratamiento distaba de ser igualitario, bien pudo utilizarse el beneficio del *ius liberorum*, engarzando con su papel preponderante en la *lex Papia* y en el propio senadoconsulto Tertuliano.

La cuota viril del patrono, que, como máximo, ascendía a 1/5 si la liberta que gozaba del *ius liberorum* tenía cuatro hijos⁴³, quedaba eliminada, pues la interpretación del senadoconsulto Orficiano supondría un paso más a favor de los hijos y del reconocimiento de la cognación y del esfuerzo llevado a cabo por la liberta prolífica que, no olvidemos, beneficiaba a la comunidad. Por tanto, la herencia de las libertas madres de familia numerosa se habría entregado a sus cuatro o más hijos, descartando las expectativas de los patronos. Por el contrario, en el caso de no gozar del beneficio, pudieron concurrir hijos y patronos a por sus correspondientes cuotas (1/2, si había un hijo, 1/3 si había dos hijos y 1/4 si había tres hijos).

Con el paso de los siglos, el propio declive del *ius liberorum* debió influir también en la herencia de la liberta, heredándola en todo caso sus hijos. Así pues, la relevancia del *ius liberorum* pudo ser, al menos al poco tiempo de la promulgación del

⁴³ *Ibidem* 165.

senadoconsulta Orficiano, determinante para evitar un concurso ente el patrono y sus descendientes varones y los hijos de la fallecida⁴⁴. Esta explicación permite asumir con naturalidad el texto de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) como una norma decisiva al consolidar las expectativas de los hijos y el triunfo del parentesco de sangre, aunque muestra evidentes signos de manipulación en su tramo final, oscuro y contradictorio.

Para finalizar, puede concluirse que la utilidad de D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*) reside en el llamamiento al patrono (que podríamos extender, como veremos a continuación, al *parens manumissor*, pues como expresa Gayo, 1, 166, se consideraba a la manera de los patronos a quien había manumitido a una persona libre) como cláusula de cierre en el supuesto de que la mujer bien falleciera sin hijos, bien éstos no

⁴⁴ Sobre la relevancia de las expectativas de la patrona tras el senadoconsulta Orficiano, SAMPER describió los siguientes escenarios: 1. La fallecida tenía el beneficio del *ius liberorum*, lo que excluía de su herencia a la patrona en favor de los cuatro (o más) hijos de la liberta. 2. La patrona tenía el beneficio del *ius liberorum*, pero la fallecida no, lo que la hacía compartir la herencia con los hijos de la liberta (menos de cuatro hijos). 3. Ambas mujeres, fallecida y patrona, tenían el beneficio del *ius liberorum*. De nuevo, se beneficiaba a los hijos de la fallecida. 4. Si ninguna tenía el beneficio, la patrona no la heredaba. Y recuerda que, si el liberto había muerto con el *ius liberorum*, su patrona quedaba sin posibilidad de pedir la cuota viril.

llegaran a sucederle por no aceptar la herencia, lo que devolvería la herencia al régimen anterior.

III. El fallecimiento de la ingenua emancipada en el senadoconsulto Orficiano.

El senadoconsulto Orficiano pudo ser concebido para resolver la herencia en los *bona materna* de la forma más equitativa y conforme a la *pietas*. Parece probado que no se hizo mención expresa a la herencia de las madres no casadas o con hijos extramatrimoniales, ni a los descendientes de las libertas. Y, en principio, tampoco se vio la necesidad de contemplar la herencia intestada de la ingenua emancipada que dejara hijos al fallecer y que concurrieran a la herencia en competencia con su abuelo, el padre natural, el *parens manumissor* (e incluso con su abuela, madre de la fallecida beneficiada con el senadoconsulto Tertuliano).

Como vimos en el apartado anterior, el primer requisito para considerar la aplicación de las normas del senadoconsulto Orficiano era la condición de mujer *sui iuris*, que, en la mayoría de los casos, se obtenía al fallecer su *paterfamilias*, pero que podía responder a circunstancias como la *capitis deminutio* de éste o a haber salido de la potestad por emancipación. Acabamos de exponer las expectativas hereditarias del patrono en la herencia intestada de la liberta, ya fuera como heredero civil ya como llamado en la *bonorum possessio sine tabulis* y en la

bonorum possessio contra tabulas desde la clase *unde legitimi*⁴⁵. Ahora bien, ¿qué ocurría con el fallecimiento de la *ingenua emancipada*? ¿Qué expectativas hereditarias tendrían el *parens manumissor* y el *extraneus manumissor*?

Gai. 1, 117:

Omnes igitur liberorum personae, sive masculini, sive feminini sexus si in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem.

La emancipación suponía la liberación de la patria potestad de los descendientes. La Ley de las XII Tablas exigió para los hijos varones tres ventas, mientras que para las mujeres y el resto de descendientes era suficiente con una. Por tanto, el padre daba a su hijo o hija en mancipio a otra persona, quien a su vez la remancipaba al padre. Cuando éste volvía a manumitirles, quedaba en una situación similar al patrono (Gai., 113-114).

A veces era una mujer *sui iuris* quien celebraba su propia *coemptio*⁴⁶. La diferencia entre la *coemptio matrimonii causa* y la llamada *coemptio fiduciaria* es que esta segunda se realizaba a un

⁴⁵ *Tituli ex corpore Ulpiani, 29, 2: In bonis libertae patronus nihil iuris ex edicto datur. Itaque seu intestata moriatur liberta, semper ad eum hereditas pertinet, licet liberi sint libertae, quoniam non sunt sui heredes matri, obstit patrono.*

⁴⁶ M. SALAZAR REVUELTA, *Hacia el ius testandi de la mujer: el complejo instrumento de la coemptio testamenti faciendi gratia*, en *Fundamentos del Derecho sucesorio*, M.^a Teresa Duplá Marín -Patricia Panero Oria (Coords), Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Sao Paulo, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2018, 665-682.

extraño, siendo el principal motivo obtener un tutor de su confianza.

Gai., 1.115-115a

Si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisi, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vidicta manumissa incipit eum habere tutorem, (a) quo manumissa est; qui tutor fiduciaris dicitur, sicut inferius apparebit. 115a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibus personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatu remisit (...).

En ambos tipos de *coemptio*, el *ius civile antiquum* mantenía a la mujer *ingenua* emancipada sometida a la tutela del manumisor.

Gai., 1, 175:

Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui ex eo, quod ipse sibi remancipatam filiam neptemue aut proneptem manumisit, legitimam tutelam nactus est. sed huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur; patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit.

Tituli ex corpore Ulpiani, 11, 5:

Qui liberum caput, mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui "fiduciaris tutor" appellatur.

Se trataba de una posición de poder, pues como bien indica Gai. 1, 192, no podían ser obligados a prestar la autoridad para el testamento, ni para enajenar las *res mancipi* o para contraer obligaciones, salvo cuando hubiere algún grave motivo. Todas estas disposiciones se sumaban a las expectativas de los patronos y de los manumisores en la herencia *abintestato*. La única vía para la liberación de esta tutela de mujeres ingenuas era la obtención del *ius liberorum*, Gai. 1, 194.

Por supuesto, el padre natural, manumisor de su hija, mantenía con ella parentesco de cognación, exactamente el mismo parentesco que los hijos de la emancipada. Incluso el *extraneus manumissor* figuraba en la clase *unde cognati* del edicto, aunque detrás de los hijos. Por ello, en el caso de que el manumisor de una ingenua fuera su propio padre, éste era llamado a la herencia civil y a la *bonorum possessio unde cognati*, pero, si el manumisor era un extraño, el pretor consideraba preferentemente a *decem personis*, enumerando, por este orden: *pater, avus, filius, filia, nepos, neptis* de la fallecida⁴⁷ como prioritarios. En ausencia de todos ellos, la *bonorum possessio* llegaba al manumisor como último recurso.

La concurrencia conflictiva se daría si optaban a la herencia de la ingenua emancipada el padre de la fallecida y los hijos de ésta, sus nietos. Leyendo rigurosamente la enumeración anterior, quedaban postergados los hijos, una

⁴⁷ *Instituciones de Justiniano*, 3, 9, 3.

solución que parece análoga a la del patrono y los hijos de la liberta.

En las fuentes el tratamiento recibido por el patrono y el *parens manumissor* es muy semejante y resulta difícil precisar qué cuota de la herencia correspondería al manumisor de una mujer ingenua. La aplicación temprana del senadoconsulto Orficiano mejorada con las respuestas jurisprudenciales pudo haber reconocido a los hijos de las emancipadas un nivel superior de expectativas hereditarias frente a lo regulado por el pretor. LAVAGGI⁴⁸ opina que la norma de Marco Aurelio paliaría de alguna manera el privilegio del manumisor, ofreciendo soluciones diversas a los dos tipos de emancipaciones, es decir, la directamente realizada por el padre y la mediata o realizada por un extraño, aunque de la confianza del primero, la *manummissio ex remanicipatione*. En el caso de las manumisiones directas, el padre debería autorizar el testamento de su hija⁴⁹, y, caso de ver amenazada su posición como era el

⁴⁸ LAVAGGI, *op. cit.* 180.

⁴⁹ *Tituli ex corpore Ulpiani, 11, 25: Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. Tituli ex corpore Ulpiani, 11, 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem Mancipi alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec Mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est.*

primero de las diez personas de las que hablamos antes, podría evitar la redacción del testamento. Es posible que, para evitar un perjuicio a los hijos, se resolviera la situación de concurrencia entre éstos y su abuelo con un concurso de todos ellos. En relación al segundo tipo de manumisiones, hemos de incidir en el carácter de persona de confianza del padre y de la propia emancipada. Su posición era más débil en cuanto *extraneus manumissor* y no tendría especial interés en evitar la sucesión testada que favoreciera a los hijos de la emancipada.

De nuevo, consideramos que es clave la posible concesión de un papel relevante al *ius liberorum*, que permitiría que los hijos fueran antepuestos a su abuelo materno, mejorando su situación en una maniobra que casaría bien con la filosofía del senadoconsulto Orficiano pero no derribaba la fuerte posición del manumisor, cuya tutela no llegaría a ser abolida.

En el Bajo imperio, tres constituciones nos muestran la solución definitiva a la herencia de la ingenua emancipada:

1ª. 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 el Dextro cons. [a. 225].

La concurrencia entre la hija y la madre de la fallecida se resuelve de forma taxativa a favor de la primera, sin hacer mención alguna a más requisitos.

2ª. C. 6, 56, 2. *Imp. Diocletianus et Maxim AA. Et CC. Rhesae.*

In successionem filii vel filiae communis sine liberis et fratribus vel sororibus morientis pater manumissor, quia ei sit vetus ius servatum, matri praefertur. S. vl id. Dec. CC. cons. [a. 294].

La constitución nos traslada una decisión dirigida a *Rhesa*, una mujer cuyo hijo o hija murieron sin hijos ni hermanos, viviendo su *parens manumisor*. El padre manumisor de la fallecida sería el primer llamado, pero la particularidad de la solución imperial es anteponer a la madre de la fallecida sobre el padre manumisor, primando la aplicación del senadoconsulto Tertuliano sobre el orden previsto en el edicto, en el que el padre manumisor figuraba el primero del elenco de diez personas.

Mucho más concreta resulta ser la siguiente constitución:

3ª. Código Teodosiano 5, 1, 3 *Imppp*.

Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Hilarium praefectum urbi.

Quotiens de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit se etiam nulla comittantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus avo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur neque ulla defunctae patrimatrique concedatur intestatae successionis hereditas, cum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum incolumes ac superstites optabili sorte genitoris successio liberorum dat. [a. 383]

Interpretatio: 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.

Se trataba el caso de la hija emancipada fallecida que no gozaba del *ius liberorum* y dejaba al morir a sus hijos y al *parens manumissor*. La respuesta imperial sacrifica sin paliativos la posición del segundo a favor de los hijos de la fallecida. Por tanto, debería admitirse un tratamiento tardío idéntico entre la ingenua emancipada y la liberta, así como que hasta entonces, se había venido produciendo entre el patrono y los hijos de la fallecida emancipada un concurso salvo que existiera el *ius liberorum*⁵⁰.

Esta sobria disposición excluye al padre natural y a la madre de la fallecida. Desde luego la mención expresa a la eliminación de la exigencia del *ius liberorum* para las ingenuas emancipadas es un reconocimiento del valor que se le otorgaba a este beneficio. La duda es si el senadoconsulto Orficiano había dejado de exigir el *ius liberorum* de la fallecida ingenua para que los hijos superaran al *parens manumissor* o si debió esperarse algunas décadas para ello, como parece desprenderse de C. 6, 57, 1.

⁵⁰ LAVAGGI, *op. cit.* pp. 180 ss. analiza este texto en relación a D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano 12 *ad Sabinum*) y su última frase, pues cree que es la muestra definitiva de su manipulación para dar cabida a lo dispuesto en Código Teodosiano 5, 1, 3, y que, en ningún caso, fue obra de Marco Aurelio ni siquiera de Ulpiano

VOCI⁵¹ opina que Código Teodosiano 5, 1, 3 permite datar el momento en que se admitió que la ingenua emancipada fuera heredada exclusivamente por sus hijos, aunque no gozara del *ius liberorum*. También destaca este autor que la constitución se dedicaba a la emancipación fiduciaria⁵², lo que demuestra el papel relevante en esos siglos, incluso hasta la época justiniana. Lo que no ve tan claro es que este texto se pueda extender arbitrariamente a la herencia de la liberta. Desde luego, abundan ya en la etapa postclásica este tipo de disposiciones, que sólo en última instancia llamaba a los manumisores para dos casos: que la mujer falleciera sin hijos o que éstos no llegaran a sucederle.

IV. Conclusiones.

A continuación, expondremos las conclusiones sobre la influencia del senadoconsulto Orficiano en la regulación de la herencia intestada de las libertas y de las ingenuas emancipadas.

1^a. El senadoconsulto, en cuanto norma de mínimos, dejó un amplio espacio a la intervención de los jurisconsultos para dar una solución a los casos más conflictivos que afectaban a situaciones familiares menos tradicionales: la sucesión de la

⁵¹ P. VOCI, *Diritto ereditario romano II cit.* p. 41, nt. 23 y 24.

⁵² Acerca de la *fiducia*, MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orfitianum* cit. p. 265.

liberta, de la mujer ingenua emancipada y de la cautiva liberada.

2ª. En el caso de la liberta, la situación natural habría sido que sus hijos desplazaran al patrono si la fallecida contaba con el *ius liberorum*. Esta solución se acercaba a los dispuesto en el senadoconsulto Tertuliano, otorgando primacía a los hijos de la liberta y de la ingenua emancipada a la vez que se evitaba la ruptura con principios antiguos que sometían a las libertas a una postiza relación de agnación con el patrono y su familia. Las primeras interpretaciones jurisprudenciales, influenciadas por el régimen de las leyes augusteas, pudieron exigir a la liberta el *ius liberorum*, aunque la pérdida de valor del beneficio acabaría por aminorar su influencia.

3ª. El valor del más polémico texto sobre el senadoconsulto Orficiano, D. 38, 17, 1, 9 (Ulpiano, 12 *ad Sabinum*), es la devolución de la herencia al régimen del derecho antiguo en el caso de producirse el rechazo a la herencia por todos los hijos de la liberta. Por el contrario, la renuncia de uno solo de los hijos aplicaría el derecho de acrecimiento en favor de los otros hijos.

4ª. La concurrencia a la herencia materna de los hijos de la ingenua emancipada y el *parens manumissor*, sin ser desde luego la más corriente de las situaciones, se resolvió de forma análoga a la concurrencia del patrono con los hijos de la liberta. Aunque se acabaría por aplicar el senadoconsulto Orficiano en su totalidad, en un primer momento el requisito del *ius liberorum*

sirvió de justificación para premiar a los hijos y excluir al padre manumisor, que poco podría haber hecho por impedir el testamento de la fallecida a favor de sus hijos. Al decaer el papel del *ius liberorum*, las decisiones imperiales abogaron sin ambages por la preferencia de los hijos sobre el *parens manummissor*, su abuelo materno.

5ª. Desde la promulgación del senadoconsulto Orficiano, quedaría como marginal el llamamiento al *extraneus manummissor* de la mujer ingenua, siempre superado por die categorías de cognados.

6ª. Siempre queda por despejar la duda de cómo encajaron las nuevas disposiciones, y, sobre todo, la interpretación de los juristas, con los arraigados derechos de los patronos. Pero, de alguna manera, los juristas trataron de mantener el equilibrio entre las expectativas de los hijos y las del patrono o el manumisor. Su posición legal se equiparaba a la de los hermanos y los agnados de la madre ingenua pues los juristas justinianeos se afanaron por eliminar cualquier rasgo de discriminación a la hora de aplicar el senadoconsulto Orficiano. En todo caso, en el año 531 d. C. queda expresamente postergado el patrono, no sólo por los hijos, sino también por los nietos *ex filio* y *ex filia* de la liberta tal y como dispone C. 6, 4, 10 *Constitutio novam formam iuri patronatus datura exposito prius*

*iure patronatus, quod secundum XII tabulas praetorem Papiamque legem obtinebat, legislationem sic incipit*⁵³.

ÍNDICE DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 4ª edición, Padova, CEDAM, 1996

U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Böhlau, 2015.

M. BALLESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni sulla «lex Voconia»*, LED Edizioni Universitarie, Milano, 2008.

A. BERGER, voz: "Ius liberorum", en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society Philadelphia, 1953, 530.

A. CALZADA, *Algunas observaciones en torno a la bonorum possessio dimidiaie partis*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Orense, 1998, 181-187.

D. CHERRY, "Intestacy and the Roman poor", en *Tijdschrift* 64 (1996) 155-172.

J. CROOK, "Women in Roman Succession", en Rawson, *The Family in Ancient Rome: New Perspectives*, Ithaca Cornell University (1986) 58-82.

⁵³ Igual redacción en *Basilicae*, 49, 1, 28.

P. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, "*Bonorum possessio dimidiaie partis ab intestato ex edicto: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto*", en *Estudios de Derecho romano en memoria de B. M^a Reimundo Yanes*, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2000, 169 ss.

J. EVAN GRUBBS, "Ilegitimacy and inheritance disputes in the Late Roman (2014) Empire", en *Inheritance, law and Religions in the Ancient and Medieval Worlds*, B. CASEAU and S. HUEBNER (eds.), Centre de recherche d'histoire et civilisation de Byzance, Monographies, 46, Paris 2014.

"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 University Press, Oxford, 2005, 93-128.

J. B. FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, *El ius adcrendi en la sucesión intestada romana*, Universidad de Alicante, 2009, 585 ss.

M. FUENTESECA, *Bona materna*, en *Atti dell'Accademia Romanística Constantiniana, IX Convegno internazionale*, Perugia, 1993, 1483-1500.

Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea*, Bari, 2014.

M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, Zweite Auflage, Verlag. C. H. Beck, München, 1971.

M. KASER, *Das römische Privatrecht II*, Zweite Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1974.

B. KÜBLER, "Über das *ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten", en *ZSS.* 30 (1909) 154 ss.

B. KÜBLER, "Über das *Ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mütter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten (Fortsetzung und Schluß), en *ZSS.* 31 (1910) 176 ss.

G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi, Firenze, 1930, 188 ss.

G. LAVAGGI, "La sucesione della liberta e il Sc. Orfiziano", en *SDHI.* 12 (1946) 175 ss.

O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Ex. officina Bernhardi Tauchnitz, Leipzig, 1889, Volumen I y II, reimpr., Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000.

A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017.

B. LORETI-LORINI, "Il potere legislativo del Senato romano", en *Studi Bonfanti* IV, Milano, 1930, 394 ss.

C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996.

TH. MCGINN, "Roman Children and the law", en *The Oxford handbook of childhood and education in the classical world*, J. E. Grubbs y T. Parkins, (Eds.), Oxford University Press, Oxford 2013, 346-348.

A. MOSCATELLI, "I *Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano*", en *Archivo Giuridico XL* (1888), 193-24.

M. MEINHART, "D. 38, 17, 1, 6, Ein Zeugnis für *humana interpretatio*", en *TR. 33* (1965) 230 ss.

"D. 50, 16, 231: ein Beitrag zur lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenes Kindes", en *ZSS. 82* (1966) 188 ss.

Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, Hermann Böhlau Nachf, Grätz-Wien-Koln, 1967, p. 18.

M. NOVAK, "Ways of describing illegitimate children vs. their legal situation", en *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 193 (2015) 207-218.

A. PALMA, *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Giappichelli, Torino, 1992.

G. PURPURA, "Brevi riflessioni sull'*humanitas*", in *AUPA* 53 (2009) 287 ss., www.unipa.it/dipstdir/portale.

R. QUADRATO, "I *senatusconsulti Tertulliano e Orfiziano*", recensión a M. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlau Nachf, Grätz-Wien-Koln, 1967, en *Labeo* 15 (1969) 362-377.

B. RAWSON, "*Spurii* and Roman Views of Illegitimacy", en *Antichthon* 23 (1989) 10-41.

J. M. RIBAS ALBA, “La *transmissio* de la delación en Derecho Romano clásico”, en *BIDR*. (1994) 289-307.

V. SAIZ LÓPEZ, “La relación materno-filial por consanguinidad y su naturaleza jurídica, del derecho romano a la tradición romanística medieval”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, www.ridrom.uclm.es, 11 (2011) 319-366.

M. SALAZAR REVUELTA, “Hacia el *ius testandi* de la mujer: el complejo instrumento de la *coemptio testamenti faciendi gratia*”, en *Fundamentos del Derecho sucesorio*, M.^a Teresa Duplá Marín-Patricia Panero Oria (Coords), Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Sao Paulo, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2018, 665-682.

F. SAMPER, *Sobre el destino del ius liberorum en el tardo derecho romano occidental*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972.

F. SAMPER, “*De bonis libertorum*, sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto”, en *AHDE*. 41 (1971) 149 ss.

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.

C. SANFILIPPO, “Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano”, en *Festschrift Schulz I*, H. Böhlaus Nachfolger, Weimar, 1951, 367 ss.

Th. SCHIRMER, *Handbuch des römischen Erbrechts 1. Teil Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthalten*, Leipzig, 1863, 186.

F. SCHULZ, "Roman registers of birth and birth certificates", en *JRS.* (1942) 78-91.

A. STEINWATER s. v. *ius liberorum*", en *PWRE.* X, 2 (Stuttgart, 1897) 1282.

S. SOLAZZI, "*Ius liberorum* e alfabetismo", en *RIL.* 51 (1918) 586 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, *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, 2004, 769-777.

G. TURIEL DE CASTERO, "La sucesión intestada en Derecho Romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano del Derecho Romano*, Orense, 1998, pp. 75 ss.

E. VARELA, "Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos", en *Revista General de Derecho Romano*, www.iustel.com, 4 (2005) 1-24.

P. VOCI, *Diritto ereditario romano II, Parte speciale*, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963.

P. VOCI, *Diritto ereditario romano I, Introduzione, Parte generale*, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967.

E. VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *Atti*

dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia, Milano (1966) 553
ss.

M. ZABLOCKA, "*Il ius trium liberorum nel diritto romano*", en
BIDR. 91 (1988) 361 ss.