

www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

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

La principal fuente de conocimiento del senadoconsulta Orficiano se obtiene de pasajes del comentario de Ulpiano *ad Sabinum*⁴ recogidos en D. 38, 17, 1 pr.-8⁵ y D. 38, 17, 1, 9-11⁶.

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 senadoconsulta 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;

igualitario de la sucesión intestada de las libertas⁹ y de las ingenuas emancipadas con el del resto de las madres romanas.

Lo que resulta incontestable a la luz de las fuentes es que, al igual que ocurriría 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

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

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 provisorio* 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

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 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. conss. [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.

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 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

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.

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.

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 permitírsele 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*

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/dipstidir/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 *pr*³².

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.

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.

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.

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.

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.*

*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*, 4^a edizione, 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.

