

SENADO CONSULTO TERTULIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Análisis histórico*. 3. *El contenido del senadoconsulto Tertuliano*. 4. *Los problemas interpretativos en edad antoniana*.

1. INTRODUCCIÓN

En varios textos¹ encontramos referencias indirectas a una disposición del senado del 133 d. C. emanada bajo el imperio de Adriano y denominada por la jurisprudencia clásica como senado consulto Tertuliano porque uno de los cónsules de tal año en que se promulgó (y probablemente autor de la iniciativa al senado) había sido *Q. Flavius Tertullus*.² La decisión sena-

¹ El título XVII del libro XXXVIII del Digesto denominado *ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum* incluye textos sobre el Tertuliano de Pomponio, *libro secundo senatus consultorum* en D. 38.17.10 pr.-1; Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.8; Paulo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.5 e 7 y Ulpiano, *libro duodecimo ad Sabinum* en D. 38.17.2 pr.-47. Además de este título del Digesto existen otros pasajes de Paulo en D. 32.28 y D. 50.16.231 y una referencia indirecta está en C. 6.58.14 pr.-1 y en el mismo comentario de Ulpiano *ad Sabinum* en D. 49.15.16 y *libro septuagesimo quinto ad edictum* en D. 44.2.11.pr. El título LVI del libro VI del Código de Justiniano intitulado *ad senatus consultum Tertullianum* incluye constituciones imperiales de Diocleciano y Maximiano hasta Justiniano, pero, ya que la finalidad de la presente investigación es la de presentar una visión de la disposición en el periodo adrianeo no serán analizadas tales constituciones, contrariamente al título III del libro III de las Instituciones donde se presenta una panorámica histórica de la problemática. Además del *Corpus iuris civilis*, el título IX del libro IV de las *Pauli Sententiae* trata del senadoconsulto, así como *Ulp.* 26.8.

² Q. Flavio Tertulo era un cónsul *suffectus* con *Q. Iunius Rusticus*: sobre este argumento *CIL* XVI, *Diplomata Militaria, Berolini*, 1936, n. 76, 71; W. Liebenam, *Fasti Consulares Imperii romani*, Bonn, 1909, 21; F. Münzer, s.v. *Tertullus* en *PWRE*, V-A-1, 845 ss; *Prosopographia Imperii romani consilio et auctoritate Academiae Litterarum Borussicae*, 3, *Berolini et Lipsiae*, 1943, 174. En nuestra obra Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum* nella lettura di Ulpiano, Bari, 2008, 31 ss. observamos que en las fuentes jurídicas no encontramos la denominación de senadoconsulto 'Juvenciano' cuando se hacía mención a la disposición del senado del 129 d.C. aunque el cónsul en carga había sido Juvencio Celso a diferencia del senadoconsulto Tertuliano. Probablemente la razón no es una casualidad, mientras en el primer caso el príncipe

torial es de gran importancia para el derecho hereditario ya que modificó el orden de prelación que la ley de las XII Tablas establecía en la sucesión *ab intestato*, considerando por primera vez la madre como heredera legítima del hijo. Tal situación no pasó inobservada por la doctrina romanística porque en los manuales institucionales, así como en los estudios de derecho hereditario romano, se profundiza el argumento relacionándolo con el posterior senadoconsulto Orficiano de edad de Marco Aurelio, que había regulado el caso contrario (el hijo como heredero legítimo de la madre). La finalidad de la presente investigación será limitada a estudiar el contenido del Tertuliano y a profundizar los primeros problemas interpretativos encontrados en la jurisprudencia antonina.

2. ANÁLISIS HISTÓRICO

Para determinar las razones que dieron lugar al senadoconsulto debemos iniciar del texto de *Inst.* 3.3 pr.-1, porque en tal se encuentran recordados los datos históricos anteriores al periodo adrianeo que no pueden pasarse en alto:

*Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur et praeponerat masculorum progeniem et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione unde cognati accomodata vocabant. 1. Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.*³

La ley de las XII tablas establecía un derecho tan severo que prefería la línea masculina y excluía aquellos que se encontraban unidos por los parientes de sexo femenino, hasta el punto que no concedía el derecho de adquirir recíprocamente la herencia entre la madre y el hijo o la hija. Los pretores llamaban a la sucesión a

había presentado una *oratio* contenida en un *libellus* que los cónsules habían ilustrado en senado, en el segundo caso la iniciativa había sido del mismo cónsul *Q. Flavius Tertullus*.

³ Aceptamos la tesis de M. Meinhart, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung* en *ZSS*, 83, 1966, 100 ss. de la dificultad de considerar como había hecho C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* en *Opere di C. Ferrini*, 2, Milano, 1929= *BIDR*, 13, 1900, 101 ss., que el presente texto habría tenido como origen una obra de Gayo porque la terminología usada no es de tal jurista. Nosotros creemos que fueron los mismos compiladores a escribir este texto incluyendo la decisión de Claudio, porque simplemente la conocían y no porque hubiera sido citada por Gayo.

aquellas personas únicamente como cognados próximos concediéndoles la *bonorum possessio unde cognati*. Pero después estos obstáculos del derecho fueron corregidos. El divino Claudio fue ciertamente el primero que concedió a una madre, como confortación por la pérdida de los hijos la herencia legítima de ellos.

El presente texto recuerda una famosa norma de la ley de las XII Tablas enunciada en esta forma: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto* (si murió sin testamento y no tiene herederos *suus*, la herencia corresponderá al próximo agnado, si no tiene un agnado corresponderá a los gentiles),⁴ en donde claramente se observa que únicamente el criterio de la agnación tenía importancia en materia hereditaria excluyendo el simple vínculo de sangre. La madre habría podido ser sucesora de los hijos únicamente si hubiera tenido con ellos un vínculo agnaticio, situación que se habría verificado si ella hubiera entrado dentro de la familia del marido por *conventio in manum*.⁵ Como es notorio, a partir del periodo republicano, el pretor había resuelto el problema de la sucesión de los cognados concediéndoles la *bonorum possessio*; por este motivo, si hubiera faltado entre la madre y el hijo un vínculo agnaticio (situación por la que no habría podido ser considerada heredera civil), habría podido de todos modos obtener la herencia del hijo según el sistema pretorio en el caso en que el mismo hijo no hubiera tenido herederos *sui* o agnados.

No obstante la madre podía obtener la *bonorum possessio* no habría podido ser considerada heredera del hijo porque, como recuerda Gayo, 3.32, el pretor no podía concederle tal título (*...praetor heredes facere non potest*), ya que esta era la tarea de la ley, de la constitución del príncipe o

⁴ *Tabula* 5.4-5 en *FIRA*, 1, Florentia, 1968, 38. Gayo, 3.1 (texto perdido pero reconstruido en base a la *Collatio* 16.2.1): *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent. 3.9: Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos. 3.17: Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Ulp. 26.1: ...Id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. 1 a: ...SI AGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM HABENTO... Ver también *Inst.* 3.1.1 e 3.2 pr.*

⁵ GAYO 3.24: *...adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius competat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint (...ciertamente a tal punto que entre la madre y el hijo o la hija, no compete tampoco el derecho de recibir recíprocamente la herencia, excepto que si por la *conventio in manum* subsistiera entre ellos los derechos de consanguinidad). Aceptamos la tesis de Voci, *Diritto ereditario romano*, 1, cit., 75 ss. que en edad decenviral "la donna è eguale agli uomini in ciò che può ricevere. Non è eguale agli uomini in ciò che può dare". Contrariamente L. Monaco, *Hereditas e Mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 3 ss.*

de un senadoconsulto (...*per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem*), por ello, el senadoconsulto Tertuliano reconoció tal derecho a la madre.

En *Inst.* 3.3.1 se afirma que antes del senadoconsulto Tertuliano el emperador Claudio (41-54 d.C.) había concedido por primera vez a una madre la herencia legítima de los hijos como consolución por la pérdida de ellos.⁶ Probablemente, los hijos no tenían *sui heredes* y la madre habría sido preferida a los agnados. En este modo habría obtenido un privilegio⁷ del príncipe que le otorgaba el título de heredera civil, no aplicándose la disposición de las XII tablas que establecía un orden de prelación diferente.

La normativa que favorecía a los agnados necesitaba de una intervención de la autoridad de carácter general que pudiera modificar el orden de sucesión establecido y permitiera a la madre ser considerada heredera legítima del hijo. Como veremos enseguida fue el senado a introducir este nuevo régimen a favor de la madre pero en modo limitado.⁸

⁶ En Suet., *Claud.* 19 son recordados cuatro hijos (...*civi vacationem legis Papaie Poppaeae, Latino ius Quiritium, feminis ius IIII liberorum; quae constituta hodieque servantur*).

⁷ En este sentido C. F. Glück, *Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern römischen Rechts*, Erlangen, 1822, 240 y Meinhart, *Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung*, cit., 109. Por lo que se refiere al término *privilegium* ver R. Orestano, *Ius singulare e privilegium in diritto romano en Annali Macerata*, 11, 1937, 106 ss.= *Scritti*, 1, Napoli, 1998, 412 ss. F. M. De Robertis, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali en Annali Bari*, 4, 1941, 102 ss.= *Scritti varii di Diritto Romano*, 2, Bari, 1987, 229 ss.

⁸ M. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, 25-ss. piensa que fue Adriano y su consejo imperial a resolver el problema, si hubiera sido así el procedimiento se habría desarrollado en este modo: una madre habría solicitado a Adriano (así como había sucedido a Claudio) la posibilidad de ser considerada heredera legítima del hijo. El emperador, respetando la autoridad del senado, le habría dirigido una propuesta en una *oratio* que habría explicado el cónsul *Q. Flavius Tertullus* para después decidir como había sucedido en el caso del Juvenciano (sobre este aspecto ver mi libro GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 36-ss.) pero lamentablemente tal posición, que habríamos podido aceptar, es indemostrable, porque en las fuentes jurídicas no existe ningún recuerdo a la *oratio principis* que dió origen a la decisión del senado, además, mientras que en otros senadoconsultos de edad adrianea la intervención imperial podría ser constatada con los términos *quod auctore divo Hadriano factum est* (Gayo, 1. 30, 77, 92, 2.143), *ex auctoritate Hadriani* (Gayo, 1.47, 2.57, 112), *divo Hadriano auctore* (Gayo 1.81), *ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est* (Gayo, 2.285), *a senatu auctore Hadriano* (Ulp. 24.28), *senatus consultum auctore divo Hadriano* (C. 3.31.1 pr.) en el caso del senadoconsulto Tertuliano las fuentes no usan una terminología en tal sentido; la citación de Adriano en *Inst.* 3.3.2: *quod divi Hadriani temporibus factum est* tiene como finalidad únicamente la de indicar el periodo histórico en que se hizo.

3. EL CONTENIDO DEL SENADOCONSULTO TERTULIANO

El texto del senadoconsulto Tertuliano no se encuentra transcrito en los pasajes que llegaron a la compilación del libro décimo segundo *ad Sabinum* de Ulpiano en D. 38.17.2 pr.-47, a diferencia, por ejemplo, del comentario hecho en el libro décimo quinto *ad edictum* sobre el Juvenciano en D. 5.3.20.6. Considerando que el jurista severiano al tratar de la disposición habría efectuado una interpretación a sus palabras (*aptanda est igitur nobis singulis verbis senatus consulti congruens interpretatio*), se puede imaginar que probablemente el mismo método fue utilizado en el Tertuliano, si bien, como veremos dentro de poco, no tenía una copia de los actos correspondientes a aquella sesión del senado, sino únicamente el libro quintonovésimo de los Digestos de Juliano, en donde el jurista adrianeo analizaba el senadoconsulto. En el inicio del pasaje Ulpiano afirma:

Sive ingenua sit mater sive libertina, habebit Tertullianum commodum.
La madre ingenua así como la liberta tendrán el beneficio del senadoconsulto Tertuliano.

El término analizado por Ulpiano era el de madre (*mater*), que en la disposición senatorial resultaba seguramente fundamental porque regu- laba la sucesión de la misma. Probablemente, el texto fue resumido por los compiladores, porque falta la mención del *ius liberorum* que existía en el senadoconsulto, pero que no era vigente en edad justiniana.⁹ La distinción entre ingenua y liberta hecha por el jurista, tenía la finalidad de explicar la diferencia existente entre ellas, así mientras la ingenua habría tenido la necesidad de tres hijos para encontrarse en el supuesto del senadoconsulto, la liberta de cuatro. Probablemente el contenido completo del pasaje era más parecido al que se encuentra en *Ulp.* 26.8:

⁹ Como puede demostrar la constitución de Justiniano del 528 en C.8.58 (59).2: *Illam iniuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae praeteritis fiebat temporibus, pro iustitiae ratione amputamus et legitima iura, quae ex Tertulliano senatus consulto ei praestantur, omnimodo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua vel libertina quattuor minime pepererit.* (Aquella injuria que en tiempos pasados se cometía en contra de la madre del difunto o de la difunta por motivo de justicia la eliminamos y ordenamos que de todos modos tenga ella los legítimos derechos que se le conceden por el senadoconsulto Tertuliano, aunque siendo ingenua no hubiere dado a luz tres hijos o cuatro si era liberta). Sobre este punto se vea G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 278.

Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano...

La herencia del hijo muerto intestado no pertenece a la madre según la ley de las XII Tablas, pero si tiene el *ius liberorum*, la ingenua después de los tres hijos, la liberta de cuatro, se convierte en heredera legítima en base al senadoconsulto Tertuliano.

Si nuestra suposición fuera correcta, la explicación de Ulpiano habría sido menos esencial: el jurista habría iniciado con una breve mención a la ley de las XII Tablas, en lo que respecta a la sucesión *ab intestato*, siguiendo hasta tal aspecto el pensamiento de Sabino (se debe recordar que el texto se encuentra en su comentario hecho a la obra de este jurista), para después introducir el cambio llevado a cabo gracias al Tertuliano; así, después de haber tratado al inicio del texto del *ius liberorum* habría explicado el término *filius* en D. 38.17.2.1:

Filius autem vel filiam accipere debemus, sive iuste sint procreati vel vulgo quaesiti. idque in vulgo quaesitis et Iulianus libro quinquagesimo nono digestorum¹⁰ scripsit.

Pero debemos considerar hijo o hija, si hayan sido procreados legítimamente o si la mujer los hubiera tenido de padre desconocido. Y esto escribió también Juliano, en el libro quintogésimonoveno de sus digestos en referencia a los nacidos sin que exista la posibilidad de determinar el padre.

Si no hubieramos tomado en consideración *Ulp.* 26.8, la relación entre D. 38.17.2 pr. y 1 habría sido incomprensible, porque la oposición 'pero' (*autem*), que sirve a unir los dos pasajes debería suponer que al inicio existía una referencia al hijo, término que no se encuentra en el texto.¹¹ Seguramente el senadoconsulto lo citaba porque se trataba de su herencia cuando hubiera muerto sin testamento, pero en D. 38.17.2.1 Ulpiano afir-

¹⁰ Tal obra trata de las leyes y de los senadoconsultos ente los que se encuentra el senadoconsulto Tertuliano. Cfr. Lenel, *Paltingenesia Iuris Civilis*, I, cit. 464 ss. No parece aceptable la afirmación de E. Volterra, s.v: *senatus consulta*, cit. 1074 que el *Sc. Tertullianum* resulte desconocido a Juliano, porque como veremos inmediatamente, la obra del jurista adrianeo había sido la fuente de la que Ulpiano habría tratado su comentario.

¹¹ Sobre este punto Meinhard, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit. 28 ss.

ma: *filius autem vel filiam accipere debemus*, haciendo creer que el texto de la disposición incluía también a la hija. La doctrina duda de tal interpretación,¹² pensando que en origen se indicaba únicamente al hijo y sobre este punto estamos totalmente de acuerdo.¹³ La cuestión que se debe resolver es el motivo por el que Ulpiano habría tratado de explicar un término que no se encontraba en la disposición del senado. Según nuestra opinión, la razón es simple: el jurista no tenía frente a sus ojos una copia de los actos relativos a tal reunión del senado archivada en el *Tabularium* del Capitolio, donde, como sabemos, se encontraban todas las resoluciones del senado, sino únicamente el libro quinquagésimo noveno de los Digestos de Juliano, en donde se analizaba el senadoconsulto motivo de estudio.¹⁴

Probablemente Juliano observando que en el Tertuliano existía una citación del *filius*, al comentar la disposición había incluido el término *filia* de acuerdo a una justa interpretación (*iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione 'filii', sicuti filiam familias contineri saepe respondimus...*), como había afirmado en otra parte de sus Digestos, en el libro octogésimoprimeros en D.50.16.201. Ulpiano que claramente aceptaba la posibilidad de incluir el género femenino en el masculino,¹⁵ había interpretado el término *filius* del senadoconsulto aceptando la incorporación de la palabra de Juliano. Por ello la aplicación del Tertuliano a la hija es ple-

¹² Así Meinhard, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 29 ss; R. Quadrato, reseña a la obra anterior en *Labeo*, 15, 1969, 363.

¹³ Así Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.8 y Modestino, *libro sexto differentiarum* en D.38.16.10 citan solo al hijo al mismo modo de *Ulp.* 26.8. También el *Sc. Orfitianum* mencionaba únicamente el hijo como demostró Meinhard, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit. 30.

¹⁴ Si no es así ¿Por qué no transcribió el texto de la disposición como había hecho en D. 5.3.20.6 refiriéndose al Juvenciano? Además que Ulpiano no cita las palabras exactas del senadoconsulto usando su clásico modo de decir como: *ait senatus...* (D. 5.3.20.7, 17; D. 5.3.25.2,3), *ita senatus locutus est...* (D. 5.3.20.12), *licet autem senatus de his locutus sit...* (D. 5.3.20.13).

¹⁵ Por ejemplo *libro primo ad edictum* en D. 50.16.1: *Verbum hoc 'si quis' tam masculos quam feminas complectitur* (con la palabra 'si alguien' se entiende hombres o mujeres); *libro sexagesimo primo ad edictum* en D. 50.16.52: '*Patroni*' appellatione et patrona continentur (la denominación patrono incluye también a la patrona); *libro sexagesimo secundo ad edictum* en D. 50.16.56.1: '*Liberorum*' appellatione continentur non tantum qui sunt in potestate, sed omnes qui sui iuris sunt, sive virilis sive feminini sexus sunt exve feminini sexus descendentes (con el término hijos se entiende que contiene no únicamente aquellos que se encuentran bajo la potestad, sino todos aquellos descendientes que son *sui iuris* del sexo masculino o femenino); *libro trigesimo octavo ad Sabinum* en D. 50.16.172: '*Liberti*' appellatione etiam libertam contineri placuit (se decidió que con el término libertos se incluye el liberto y la liberta); *libro quadagesimo sexto ad edictum* en D. 50.16.195: *Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur* (la expresión de una frase en sexo masculino se extiende de ordinario a ambos sexos).

namente constatable en edad adrianea.¹⁶ El problema del *vulgo quaesitus* será analizado más adelante aunque en la disposición senatorial no había sido nombrado.

Continuando con el análisis del texto de Ulpiano en D.38.17.2.2-4, se presentan casos que recuerdan el derecho de la madre a la herencia legítima del hijo. En el § 2 el jurista afirma que si el hijo o la hija se hubieran convertido en libertos, la madre no habría podido exigir la herencia legítima (*sed si filius vel filia libertini sint effecti, mater legitimam hereditatem vindicare non poterit...*).

En el § 3 el jurista cita casos en que la madre habría tenido derecho a la herencia del hijo, no obstante el cambio de su *status*, por ejemplo: si había concebido un hijo cuando era esclava y el hijo hubiera nacido después de ser liberada (*sed si in servitute concepit filium et manumissa ediderit, ad legitimam eius hereditatem admittetur...*), si lo hubiera concebido cuando era esclava por motivo de una pena y posteriormente al momento del parto hubiera readquirido su *status* anterior (*idemque et si serva poenae concepit et restituta edidit...*), o si hubiera concebido el hijo cuando era libre, lo hubiera dado a luz como esclava de la pena y después hubiera regresado como libre (*hoc idem et si libera concepit, edidit serva poenae, mox restituta est...*); o todavía si hubiera concebido el hijo cuando era libre, hubiera dado a luz como esclava y después hubiera sido manumitida (*sed et si libera concepit et in servitute redacta edidit, mox manumissa est, ad legitimam hereditatem eius admittetur*) o si hubiera sido manumitida cuando todavía estaba embarazada (*item si adhuc praegnas manumissa est, dicendum erit prodesse*).

En el mismo § 3 el jurista propone otros ejemplos similares: si la madre hubiera dado a luz después de la tardanza del que se encontraba obligado a darle la libertad por causa de un fideicomiso (*et in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur, ut puta si post moram factam in fideicommissa libertate peperit*) o si hubiera dado a luz cuando se encontraba en poder de los enemigos (*vel apud hostes et cum eo rediit*) y hubiera regresado en patria con el hijo (*vel apud hostes et cum eo rediit*), o hubiera sido rescatada (*vel si redempta edidit*). Lenel, en el comentario

¹⁶ En este sentido Quadrato, en la reseña a la obra de Meinhart, cit., 364, en base a un texto del mismo Juliano, libro *quadragésimo secundo digestorum* en D. 40.5.47.4: *Quaedam cum in extrema esset valetudine...quaero, si mater ex senatus consulto legitimam hereditatem eius non vindicasset...* (Una mujer en el momento de su último suspiro... se cuestionó si la madre no habiendo reivindicado su herencia legítima en base al senadoconsulto...).

ulpianeo a la obra de Sabino, incluye D. 49.15.16 después de D. 38.17.2.3, pero el texto aclara un punto no importante para nuestra investigación.¹⁷

En el § 4 de D. 38.17.2 Ulpiano reconoce el derecho de la mujer a la herencia legítima de sus hijos, no obstante hubiera sido declarada infame (*Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittetur*) y en D. 38.17.2.5 el jurista analiza casos no importantes en nuestra investigación donde únicamente se subraya la disposición que la madre tendría derecho a la herencia del hijo muerto sin testamento (*...matrem ad bona eius amitti, quae haberet, si intestatus decessisset*).

En los textos anteriores del comentario de Ulpiano *ad Sabinum* son utilizados términos que seguramente existían en la disposición senatorial, como: '*mater*' en D. 38.17.2 pr., 2,3,5, '*ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor*' (Ulp. 26.8), '*filius*' (D. 38.17.2.1,2,3), '*ad legitimam eius hereditatem admittetur*', '*ad legitimam hereditatem eius admittetur*' o '*ad legitimam hereditatem liberorum admittetur*' (D. 38.17.2.2-4), *si intestatus decessisset* (D. 38.17.2.5).

Ulpiano, después de tratar del derecho de la madre a la herencia legítima del hijo en D. 38.17.2 pr.-5, presenta en los textos posteriores de la misma obra (en D. 38.17.2.6-14) situaciones en donde este derecho no habría tenido lugar por la existencia de *sui heredes*: *liberi defuncti sui quidem obstabunt matri eius tam virilis sexus quam femini...* (§6), pero no consideramos de interés en este estudio iniciar el análisis de cada caso presentado por el jurista.

Evidentemente, según la disposición senatorial, la existencia de *sui heredes* del hijo muerto habría sido la primera causa para excluir a la madre de todo derecho a la herencia legítima del hijo, y este argumento había sido motivo de estudio por Ulpiano en D. 38.17.2.6-14.

Una segunda causa de exclusión establecida en el senadoconsulto era la existencia del padre del hijo muerto, el jurista observa en D. 38.17.2.15:

Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat...pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri nocet...

¹⁷ LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, 1046. El texto afirma que quien regresa de los enemigos se considera que permaneció en la ciudad también por el tiempo anterior: *retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit*.

El padre obstaculiza la sucesión de la madre respecto a los bienes cuando estos sean del hijo o de la hija como heredero o como *bonorum possessor*. Pero daña a la madre solo el padre natural y no el adoptivo.

El padre tiene mayor derecho que la madre en la herencia del hijo según el régimen de sucesión agnaticia, pero probablemente el mismo senadoconsulto limitaba esta preferencia al padre naturale porque el jurista en su comentario excluía el adoptivo, así solo si el primero hubiera tenido el título de heredero o de *bonorum possessor* de la herencia del hijo o de la hija, la madre no habría podido pretenderla en base al senadoconsulto. Ulpiano en los textos D. 38.17.2.16-17 complementa la idea anterior: en el primero (§16) recuerda el tipo de *bonorum possessio* por la que el padre habría tenido la herencia del hijo¹⁸ y el segundo (§17), trata un caso en donde existía una excepción a la regla anterior.¹⁹

Una tercera causa de exclusión de la madre de la herencia del hijo establecida en el senadoconsulto es la existencia de un hermano consanguíneo del hijo o de la hija difunta, pero la hermana consanguínea habría sido admitida a la herencia junto a la madre, como se recuerda en *Inst.* 3.3.3 (...*frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur...*), Ulpiano en D. 38.17.2.18-19 afronta diferentes problemas de aplicación de esta parte de la disposición senatorial y si bien las mismas no tienen mayor importancia en nuestra investigación es oportuno hacer notar como en el §18²⁰ se cita la misma terminología de la decisión del senado (*si sit consanguinea soror defuncti...si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire... placet*).

Después de haber hecho un breve análisis de los textos ulpianos en D.38.17.2 pr.-18, sabemos que en el contenido del senadoconsulto Ter-

¹⁸ *Undecumque autem acceperit bonorum possessionem pater naturalis, sive legitimus sive contra tabulas, ex quavis parte excludit matrem.* (Pero de cualquier modo que el padre natural obtuvo la *bonorum possessio* como heredero legítimo o como *contra tabulas*, excluye de cualquier parte a la madre).

¹⁹ *Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.* (si existiera un agnado del difunto, un padre natural que estuviera en una familia adoptiva y la madre, admitimos a la madre porque el agnado excluyó al padre).

²⁰ *Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet...* (Si existiera una hermana consanguínea del difunto y la madre, así como un padre adoptivo o emancipado, si la consanguínea quisiera tener la herencia, está establecido que por motivo del senadoconsulto la madre concurre juntamente con ella y que es excluido el padre).

tuliano habría sido establecido el derecho de la madre a ser considerada heredera civil del hijo bajo determinadas condiciones: si la misma hubiera tenido el *ius liberorum*, si el hijo no hubiera tenido *sui heredes* y faltando el padre natural y los hermanos consanguíneos. Si el hijo hubiera tenido hermanas, la madre dividía la herencia con ellas.

4. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN EDAD ANTONIANA

Veamos ahora los primeros problemas interpretativos que la disposición del senado habría encontrado en edad adrianea (o un poco después). Para poder analizar este punto iniciamos con un pasaje de Trifonino, *libro vicesimo primo disputationum* en D. 34.5.9.1, porque presenta un primer problema resuelto por el mismo Adriano respecto a la aplicación del Tertuliano. Veremos en seguida los textos de Ulpiano en donde se encuentran citas al libro quinquagésimo noveno de los Digestos de Juliano (D. 38.17.1.11; D. 38.17.2.1,2,9); de Pomponio, *libro secundo senatus consultorum* en D. 38.17.10 pr-1; de nuevo de Ulpiano, *libro tertio decimo ad Sabinum* en D. 38.17.2.8, donde se recuerdan las opiniones de Africano y Publicio, y por último de Gayo, *libro singulari ad senatus consultum Tertullianum* en D. 38.17.8. No será analizado el comentario de Neracio, citado por Ulpiano, *libro septuagésimo quinto ad edictum* en D. 44.2.11 pr. porque el caso no corresponde directamente a problemas de interpretación terminológica de la disposición senatorial.

La primera duda interpretativa del senadoconsulto fue resuelto por el mismo príncipe como recuerda Trifonino, *libro vicesimo primo disputationum* en D. 34.5.9.(10).1:

Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.

Muerto el padre junto al hijo en guerra, la madre reivindica los bienes como si este último hubiera muerto después del padre, mientras que los agnados del padre los reivindican como si el hijo hubiera muerto antes. El divino Adriano había dispuesto que el padre había muerto antes.

El problema presentado a Adriano consiste en determinar si la madre hubiera podido pretender la herencia del hijo muerto en guerra junto a su padre. Sin dudas no era posible establecer quien murió antes, pero de la

decisión del emperador dependía la existencia del derecho de la madre a la herencia del hijo. Si este hubiera muerto antes del padre, la madre no habría podido pretender su herencia *ex senatoconsulto*, porque en tal caso los bienes habrían sido transmitidos al padre y los agnados habrían podido pretender la *bonorum possessio* de los mismos; contrariamente, si el padre hubiera muerto antes, la madre habría podido pretender los bienes del hijo en base al Tertuliano. El emperador presupone que el hombre más anciano (el padre) había muerto antes del más joven (el hijo) y gracias a tal interpretación favorable a la madre, la misma habría podido reivindicar los bienes del hijo como heredera *ex senatoconsulto*.

Ulpiano, *libro duodecimo ad Sabinum* en D. 38.17.1.11, subraya un problema de aplicación del SC. Orficiano, usando como criterio interpretativo una tesis de Juliano que correspondía al Tertuliano:

...proponamus fuisse defunctae consanguineum eiusque filium, deliberante filio defunctae consanguineum obisse, mox filium repudiasset matris hereditatem: an consanguinei filius admitti possit? Et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti adgnato.

Ulpiano presenta un problema: existía un consanguíneo de la difunta y un hijo de la misma, mientras el hijo decidía muere el consanguíneo y después el hijo repudia la herencia de la madre. El jurista se pregunta si el hijo del consanguíneo pueda ser admitido a la herencia de la mujer y Juliano piensa que sea posible en base al Tertuliano en donde sucede el agnado.

Según Voci,²¹ en materia de delación de la herencia “le regole civili sono note. Esiste una successione nella delazione in quanto si ammette il passaggio dalla vocazione testamentaria a quella *ab intestato*; questo passaggio non esiste nell’ambito della vocazione legittima. La presenza dell’agnato prossimo, esclude definitivamente il meno prossimo, e si giudica in base alla prossimità avendo riguardo del tempo in cui è certo che ci sarà vocazione *ab intestato*: cioè il momento della delazione (per es., il momento della rinuncia dell’istituto). I due scc. derogano questo regime, dato che stabiliscono un ordine di chiamati successivi, e la cosa è riconosciuta apertamente da Giuliano, in tema di *Tertullianum: Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti adgnato*. Il riconoscimento è tanto naturale che Ulpiano non ha difficoltà ad estenderlo al sc. Orficiano (questo è il senso di D. 38.17.1.11, anche se il discorso non è completo).”

²¹ P. VOCI, *reseña a la obra de Meinhart* en *SDHI*, 34, 1968, 401 ss.

No metemos en duda que las reglas civiles mencionadas por Voci fueran evidentes, sin embargo, tenemos algunas dudas respecto a su opinión, el cual dice que el Tertuliano había derogado el antiguo régimen estableciendo en el presente caso un orden de llamados a la herencia sucesivos. La situación habría sido diferente, según nosotros, porque si la madre (o el hijo) no hubiera querido aceptar la herencia del hijo (o de la madre) teniendo todos los requisitos previstos en el senadoconsulto Tertuliano (o Orficiano); la norma en tal situación no habría dispuesto un orden de llamados sucesivos, sino que habría aplicado el antiguo régimen como sucedía antes. En este sentido debe ser interpretado el caso de Ulpiano en D. 38.17.1.11: así como el hijo no se habría convertido en heredero de la madre en base al senadoconsulto Orficiano porque había rehusado la herencia, lo mismo sucedía cuando era la madre a haber pronunciado la renuncia. Tal conclusión había sido afirmada por Juliano, en el libro quincuagésimo noveno *digestorum* de comentario al Tertuliano,²² y Ulpiano la acepta en referencia al Orficiano. Nuestra conclusión que el Tertuliano no establece un nuevo orden de prelación en caso de rehuso de la madre, sino que continuaba a aplicar el derecho antiguo es claramente afirmado por Ulpiano en D. 38.17.2.20:

Si mater hereditatem filii filiaeve non adierit ex senatus consulto Tertulliano, in bonis eorum²³ antiquum ius servandum est: cum enim esset praelatio matre omittente senatus consulti beneficium, ius succedit vetus.

Si la madre no acepta la herencia del hijo o de la hija en base al senadoconsulto Tertuliano, deberá ser observado el derecho antiguo respecto a sus propios bienes, porque no obstante exista una prelación, si la madre no acepta el beneficio del senadoconsulto, regresa el derecho antiguo.

Los textos anteriores recuerdan uno de los primeros problemas jurisprudenciales que si era presentado después de la decisión senatorial: la coexistencia entre el viejo y el nuevo derecho. Si la madre hubiera aceptado la herencia del hijo en base al senadoconsulto Tertulliano, el orden de

²² LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, cit. 465, considera la referencia de Juliano en D. 38.17.1.11 correspondiente al libro quincuagésimo noveno de sus Digestos.

²³ Non estamos de acuerdo con Mommsen en su edición del Digesto *ad h.l.* de escribir *in bonorum possessione (secundi ordinis libri Digestorum, scilicet Bononienses in editione maiore recensiti, praecipue tres qui sequuntur Digesti veteris)* en lugar de *in bonis eorum (liber Florentinus eiusdem libri scriptura secundaria a primario librario profeta)*, porque en el presente pasaje una mención a la *bonorum possessio* no encontraría razón de ser en relación al derecho antiguo.

prelación de la sucesión *ab intestato* establecido en la ley de las XII Tablas habría sufrido una transformación; sin embargo, el problema que se debe resolver consiste en determinar las consecuencias jurídicas en caso de falta de *aditio* de la madre. En el derecho antiguo, si el agnado próximo no hubiera aceptado la herencia, el siguiente sucesor no era admitido en base al derecho legítimo, como recuerda Gayo 3.22: *Item proximo agnato non adeunte hereditatem, nihilo magis sequens iure legitimo admittitur* (Del mismo modo no aceptando la herencia el agnado próximo, tampoco el sucesivo es admitido con base en el derecho legítimo). Consecuentemente una interpretación posible sería que la falta de aceptación de la madre no habría permitido a otra persona la posibilidad de pretender la herencia, sin embargo, la solución propuesta por Juliano fue diferente, permitiendo la sucesión del agnado (*et Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti adgnato*), no porque el Tertuliano hubiera establecido una secuencia en la designación de llamados al derecho de la herencia, sino simplemente porque el senadoconsulto concedía un beneficio a la madre (así declara Ulpiano en D. 38.17.2.20: *senatus consulti beneficium*), con la consecuencia que la falta de aceptación de la madre de la herencia del hijo no habría cambiado el derecho antiguo que debía ser aplicado, concediendo la herencia al próximo agnado. Así en edad adrianea después del Tertuliano habrían sido aplicados el *ius vetus* (en el caso en que la madre no hubiera aceptado el beneficio concedido por el senadoconsulto) y el *ius novum* (si la madre hubiera aceptado la herencia del hijo en base al Tertuliano). Un problema diferente se presenta en D. 38.17.2.8, que veremos más adelante, en donde aunque si existieran *sui heredes* del hijo, la aplicación del derecho antiguo no era posible porque los mismos se habían abstenido de la herencia y por este motivo la madre habría tenido derecho a la herencia del hijo *ex senatoconsulto*.

Un segundo problema que se presentaba en la interpretación del senadoconsulto era el significado del término *filius*. A tal respecto el texto de Ulpiano, *libro tertio decimo ad Sabinum* en D. 38.17.2.1 citado anteriormente, en la mención a la obra de Juliano, se comprendían la hija y los *vulgo quaesiti* (los hijos sin un padre conocido); el primer punto lo analizamos antes, permaneciendo todavía por estudiar el del *vulgo quaesitus*.

Según Meinhart²⁴ difícilmente se podría tomar en consideración la posibilidad que Juliano afirmara que una persona con tal origen viniera por motivo de su mala posición jurídico familiar comprendida entre los herederos de la madre y por esto el senadoconsulto en origen se habría limitado solamente al *iuste procreatus* (nacido de matrimonio), mientras que solo con posterioridad habría sido ampliado el ámbito gracias a disposiciones imperiales.²⁵ Según nuestra opinión no existen pruebas de la limitación originaria del Tertuliano al hijo nacido de matrimonio (*iuste procreatus*); las disposiciones del senadoconsulto incluían el término hijo sin testamento (*intestatus filius*) y por este motivo Juliano había incluido también al *vulgo quaesitus*, porque era hijo de la madre, al mismo modo del hijo en donde el padre era conocido. El jurista adrianeo al comprender el *vulgo quaesitus*, resolvía definitivamente un problema que en caso contrario no habría tenido solución: el senadoconsulto por la primera vez había concedido al hijo del padre desconocido que moría intestado, la posibilidad de tener una herencia legítima, situación que hasta tal momento habría sido imposible.²⁶

Otro problema que se refiere al hijo muerto intestado es presentado por Juliano como recuerda Ulpiano en el texto siguiente §2:

Sed si filius vel filia libertini sint effecti, mater legitimam hereditatem vindicare non poterit, quoniam mater esse huiusmodi filiorum desiit: idque et Iulianus scripsit et constitutum est ab imperatore nostro.

Pero si el hijo o la hija se hubieran convertido en libertos, la madre no habría podido exigir la herencia legítima porque ha dejado de ser madre de estos hijos y esto escribió Juliano y fue establecido por nuestro emperador.

²⁴ MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit. 39 ss.

²⁵ Ulpiano, *libro duodecimo ad Sabinum* en D. 38.17.1.3 respecto al senadoconsulto Orficiano cita el problema de la madre que habría concebido un hijo en poder de los enemigos (*apud hostes*) y recuerda dos rescriptos; uno de Septimio Severo y otro de los emperadores posteriores citados en C. 8.50(51).1, la disposición establecía que el hijo habría tenido derecho a la herencia de la madre en base al senadoconsulto como si hubiera nacido *vulgo quaesitus* (*...sed et si apud hostes conceptus a captiva procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus*).

²⁶ Ulpiano, *libro sexto regularum* en D. 38.8.4: *Si spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis aut adgnationis hereditas eius ad nullum pertinet, quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur...* (Si un hijo espurio hubiera muerto intestado, su herencia no le pertenecería a nadie por derecho de consanguinidad o de agnación porque los derechos de consanguinidad o de agnación provienen del padre).

Meinhart²⁷ afirma correctamente que el caso se refiere al hombre libre que se vende y después adquiere nuevamente su libertad; la madre no habría tenido derecho a la herencia del hijo porque la *cognatio* se había interrumpido, ya que si bien era esta una relación de sangre fundada en el derecho natural,²⁸ la jurisprudencia era del parecer que la esclavitud la eliminaba, si bien el hombre libre convertido en esclavo hubiera adquirido nuevamente su libertad en base a una manumisión; sobre este punto Modestino, *libro sexto regularum* in D.38.8.7: *Is, qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem* (el que por alguna razón se convierte en esclavo por ningún motivo adquiere nuevamente el vínculo de sangre).

Una controversia jurisprudencial entre Juliano y Ulpiano sobre la aplicación del senadoconsulto se encuentra en el texto del jurista severiano en D. 38.17.2.9:

*Sed si quis decessisset relicta filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre, divus Pius decrevit cessare senatus consultum Tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam. sed quod idem Iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit: succedit enim filiae. et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur.*²⁹

²⁷ Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 48 ss.

²⁸ GAYO I.156: *At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati*. (Quienes por las personas del sexo femenino son unidas por cognación, no son agnados, sino diferentemente son considerados cognados por el derecho natural).

²⁹ No aceptamos la posición de La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., 285 ss., que el término *quis* no podía referirse a la herencia de un *pater familias* que hubiera dado en adopción su hija, porque según el investigador, los hijos dados en adopción son llamados solo en la clase de los cognados y vienen precedidos y excluidos por la llamada a los legítimos, entre los cuales, después del Tertuliano, se encontraba la madre. La presente tesis parte del presupuesto que solo en el derecho justiniano los hijos dados en adopción se encontraban en la misma posición de los otros hijos; pero, según nuestra opinión, el texto demuestra lo contrario. Para el derecho clásico los hijos dados en adopción son todavía considerados como legítimos. Autores como Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 310 y Quadrato, en la reseña a Meinhart, cit., 375, aceptan la posición de Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 21, que la segunda parte del texto (desde *sed quod* hasta el final) habría sido abreviada por los copiadores. Estamos de acuerdo porque, como hace notar Meinhart, la opinión de Juliano no encuentra una relación con algún otro elemento, a lo mejor el texto se debería interpretar en el sentido que, si bien el decreto de Antonino Pio era posterior a la tesis de Juliano, en los dos casos, se trataría de un hijo muerto intestado, el cual tenía una madre y una hija que había dado en adopción.

Si alguien hubiera muerto dejando una hija que había dado en adopción legítima y la madre, el divino Pio hizo un decreto con el cual se estableció que cesa de aplicarse el senadoconsulto Tertuliano y que la madre y la hija deberán ser admitidas a la *bonorum possessio unde proximi cognati*. Pero no es verdad lo que escribió Juliano que la madre no puede ser admitida a la herencia del hijo en base al senadoconsulto, si la hija dejó de solicitar la *bonorum possessio*, porque la madre sucede a la hija, y por esto se deberá decir que hasta que la hija pueda solicitar la *bonorum possessio*, la madre no podrá obtenerla ya que espera de suceder como legítima.

El pasaje recuerda un decreto del emperador Antonio Pio que excluía a la madre de la sucesión legítima del hijo fundada en el senadoconsulto si hubiera existido una hija dada en adopción. En tal caso la madre y la hija habrían podido pedir la *bonorum possessio unde cognati* al pretor. En la cuestión que trata Juliano existen una hija dada en adopción y la madre. Según la regla confirmada por Antonino Pio, las dos habrían podido solicitar la *bonorum possessio unde cognati*, pero la dificultad radica en el hecho que la hija no la solicita. Vista la situación es necesario determinar si la madre (después que la hija dejó de solicitar la *bonorum possessio*) habría podido ser considerada heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto y pretender que se abriera nuevamente la *bonorum possessio unde legitimi* ya que había pasado a una categoría posterior (la *bonorum possessio unde cognati*). Según el jurista adrianeo, visto que la madre había sido conducida a la *bonorum possessio unde cognati* no se habría podido aplicar el senadoconsulto y por este motivo no podía pretender que se abriera nuevamente la *delatio* en la clase de los *legitimi*.

La opinión de Ulpiano es diferente: la madre habría podido ser considerada heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto si la hija hubiera cesado de solicitar la *bonorum possessio*, y en este modo pretender la *bonorum possessio unde legitimi*.

El presente pasaje testimonia que en el periodo adrianeo las hijas del *de cuius* que pasaban en adopción a otra familia excluían la posibilidad que la madre se convirtiera en heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto (pero de todos modos habría podido pretender la *bonorum possessio unde cognati*), como sucedía todavía en edad severiana. Según Juliano esta exclusión continuaba a existir aunque si las hijas en adopción hubieran cesado de solicitar la *bonorum possessio*. Esta interpretación cambia con Ulpiano cuando se concede a la madre la herencia legítima del hijo

en base al senadoconsulto pudiéndose obtener la *bonorum possessio unde legitimi*.

Otro jurista del mismo periodo o poco posterior a Adriano, Pomponio, hace en su libro segundo de los senadoconsultos un comentario al Tertuliano; de tal obra (probablemente escrita en el periodo adrianeo)³⁰ existen dos pasajes en el Digesto. El primero en D. 38.17.10 pr. trata el problema de la posibilidad de aplicación del senadoconsulto al caso del peculio castrense y la respuesta del jurista es en sentido negativo:

Si filius familias miles non sit testatus de his, quae in castris adquisierit, an ea ad matrem pertineant, videndum est. sed non puto: magis enim iudicio militum hoc beneficium concessum est, non ut omnimodo quasi patres familiarum in ea re sint.

Si el *filius familias* militar no hizo un testamento respecto a los bienes que hubiera adquirido durante el servicio militar se debe ver si los mismos pertenecerán a la madre. Pero no lo creo, afirma el jurista, porque este beneficio fue concedido a favor de las últimas voluntades de los militares, no con la finalidad que en todos los casos fueran considerados como *patres familiarum*.

Recordando lo que dijimos en otra investigación,³¹ el peculio castrense era un patrimonio formado de los bienes adquiridos en guerra y en los donativos, diferentes de los del *pater*, de los que los *fili familias milites* tenían total disposición. De acuerdo a las constituciones imperiales de Augusto, Nerva y Trajano, les fue concedida la facultad de realizar testamento sobre tales bienes, beneficio que después, gracias a Adriano, fue ampliado también a los veteranos. Ciertamente si los emperadores concedieron a los *fili familias* militares la posibilidad de efectuar testamento sobre tales bienes, resultaría impensable aplicar el Tertuliano, porque, como claramente afirma Pomponio, atribuir tal facultad no significa que los militares bajo la potestad del *pater* sean considerados como *patres familiarum* para todos los efectos, sino simplemente que dispongan del peculio como quieran en un testamento. Debemos recordar además que la aplicación del Tertuliano

³⁰ En este sentido H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle, 1908, 37, porque, como hizo notar en D. 40.12.43, texto que se encuentra en el libro III de la presente obra, existe una cita de un rescripto de Adriano en este modo: ...*Hadrianus imperator rescripsit...* En el texto falta el término *divus*, referencia indispensable si la obra hubiera sido escrita poco después de la muerte de Adriano.

³¹ GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 361 ss.

no habría sido posible, porque la existencia del *pater* representaba un obstáculo para la sucesión de la madre (D. 38.17.2.15).

El segundo pasaje de Pomponio se encuentra en D. 38.17.10.1 y en este viene presentado un problema de personas que, si bien tenían prioridad a la herencia del hijo, no habrían obstaculizado el derecho de la madre en base al senadoconsulto:

Quando in pendenti est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris ius integrum erit, quod medio tempore appenderit: veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci nec natus sit aut mortuus editus, vel quod etiam filius qui in hostium potestate erat postliminio non sit reversus.

Cuando permanezca pendiente si algunas personas puedan obstaculizar a la madre en el derecho a suceder en la herencia del hijo, y por alguna situación no fueran admitidas a la herencia, se conservará íntegro el derecho de la madre, que permanece pendiente al momento intermedio, por ejemplo si al hijo muerto intestado hubiera podido nacer un póstumo, el cual no hubiera nacido, hubiera nacido muerto, o también si el hijo, que se encontraba en el poder de los enemigos, no hubiera regresado en base al postliminio.

El presente texto demuestra que también si la existencia de un *heres suus* hacía venir menos el derecho de la madre a suceder en base al Tertuliano, en diferentes situaciones podía suceder que tal derecho permaneciera latente, como en el caso del póstumo concebido o de un hijo que se encontraba prisionero de los enemigos. Si el hijo póstumo hubiera nacido vivo o el hijo del *de cuius* hubiera regresado en patria, la mujer habría sido excluida de la herencia, si hubiera sucedido diferentemente, la madre habría podido convertirse en heredera en base al senadoconsulto. Tal interpretación de Pomponio demostraría que la afirmación de Ulpiano en D. 38.17.2.7: *si vero apud hostes est filius vel nasci speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur* era un criterio de la jurisprudencia antonina aceptado por el jurista severiano.

La existencia de un *heres suus* no permitía obtener a la madre la herencia legítima del hijo siempre que el *suus* hubiera podido adquirirla (si hubiera nacido vivo o hubiera regresado en patria después de haber escapado de los enemigos), pero si el mismo, pudiendo adquirirla se hubiera abstenido, surgiría un problema que la jurisprudencia habría debido resolver: permitir o no la aplicación del Tertuliano. El problema es tratado por el discípulo de

Juliano, Africano y por el jurista antonino Publicio, los cuales lo resuelven en sentido positivo, como recuerda Ulpiano en D. 38.17.2.8:

*Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. Africanus et Publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstant, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.*³²

En el caso en que existieran *sui heredes*, pero a ellos no pertenezca la herencia, veamos si la madre será admitida; por ejemplo, si el heredero se hubiera abstenido de la herencia. Africano y Publicio han tratado de decir que en el caso en que se abstengan los *sui heredes*, toman su lugar la madre y que los obstaculizan cada vez que tengan la herencia, evitando así que a la misma le cause un daño el simple título de *heres suus*. Tal opinión parece ser más equa.

El problema afrontado en el pasaje que se trata de aclarar consiste en determinar si en todos los casos la existencia de los *sui heredes* habría

³² El texto presenta graves problemas lógicos y gramaticales, como hizo notar Quadrato, *rec. all'opera di Meinhart*, cit., 371 ss. el cambio del plural *sint* al singular *abstinuit*, la relación desagradable entre la palabra *et* de la frase *Africanus-venire* con la siguiente *et-matri* aumentada por el cambio injustificado del *modus* verbal del indicativo al subjuntivo. Tales datos podrían hacer suponer que existe una intervención de los compiladores con la finalidad de reducir el contenido del texto. Según La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., 281 ss. el pasaje está en gran medida interpolado y por ello su contenido sería diferente: "poiché il diritto che alla madre viene attribuito dal senatoconsulto Tertulliano è un diritto civile, è chiaro come esso non possa essere attuato quando ci sia di mezzo un diritto civile poziore. Così, quando la madre è preceduta da *sui*, questi, essendo eredi *ipso iure*, ancorché si astengano dall'eredità escludono la madre dalla successione (*iure civili*) del figlio. La madre esclusa per diritto civile, aveva, però, ancora la possibilità di chiedere la *bonorum possessio unde cognati* quando il *suus* non avesse chiesto neanche in questa classe la *bonorum possessio* a lui per primo deferita. In questo senso va intesa la soluzione proposta da Africano e Publicio". Según nuestra opinión, la legitimación de la madre para pretender la *bonorum possessio (unde cognati)* es genuina: el *suus* que se abstiene es un heredero que repudia según el pretor (en este sentido P. Voci, *Rec. Meinhart en SDHI*, 34, 1968, 402 ss.). Pero el problema es otro ¿La madre puede ser considerada heredera legítima del hijo aunque subsistan *sui heredes*? La respuesta de los juristas es afirmativa si ellos se hubieran abstenido de la herencia.

Difícilmente se podría demostrar la tesis de Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., 206 ss. que afirma que junto al caso de la *abstentio* fueron mencionados en origen otros ejemplos en donde la herencia no habría sido de los *sui heredes*. Todavía sería más difícil creer, como piensa la investigadora, que en el pasaje existiera un recuerdo a una controversia jurisprudencial en la que Ulpiano habría negado a la madre, por causa de la existencia de un heredero identificado en la persona del *suus* que se abstiene de la herencia, el título de heredera por causa del senadoconsulto y que por el contrario le habría concedido la *bonorum possessio sine re*, uniéndose el jurista a la controversia jurisprudencial, una contraria alla madre, representada por Publicio y Africano, y la otra a favor, esta última sería comprobada parcialmente con la frase *tunc-matri*. El texto según nosotros, si bien fue reducido de su contenido originario, puede demostrar como veremos en seguida aspectos muy interesantes.

obstaculizado el derecho de la madre a tener la herencia legítima del hijo. Si las disposiciones del senadoconsulto hubieran afirmado que la existencia de los *liberi* excluía el derecho de la madre a ser considerada heredera gracias al senadoconsulto, claramente en base a una interpretación formal, también si los *sui heredes* se hubieran abstenido de la herencia, la madre no habría podido suceder al hijo, porque de todos modos permanecían como *sui heredes*. Africano y Publicio no siguen tal tesis proponiendo otra que parecería ser más equa: la madre puede transformarse en heredera legítima del hijo cuando los *sui heredes* se abstengan de la herencia del *de cuius*. Esta opinión aceptada por Ulpiano, demuestra un cambio importante respecto al viejo derecho, porque mientras la ley de las XII Tablas no concedía la herencia al próximo agnado si existían *sui heredes*, la jurisprudencia contrariamente permitió la aplicación del Tertuliano, inclusive si hubieran existido *sui heredes* y se hubieran abstenido de la herencia. En este modo el *de cuius* no habría permanecido sin heredero legítimo aunque se hubieran abstenido los *sui heredes*.

Gayo trata del Tertuliano en su *liber singularis ad senatus consultum Tertullianum* y de tal obra llegó a nosotros un fragmento en D. 38.17.8:

In suspenso est ius matris, si filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum possessione petenda.

Permanece en suspenso el derecho de la madre si el hijo del difunto emancipado delibera de pedir la *bonorum possessio*.

Como hemos visto hasta este momento, la existencia de un *suus heres* habría podido obstaculizar el derecho de la madre si no se hubiera abstenido de la herencia. El término *liberi* probablemente usado en la disposición del senado habría incluido los *sui heredes* así como los hijos emancipados y por esto en el presente caso parecería adecuado observar que el derecho de la madre permanecería en suspenso hasta que el hijo salido de la potestad del padre decidiera de solicitar la petición al pretor de la *bonorum possessio*.

En edad severiana la madre perderá la facultad de transformarse en heredera legítima del hijo en base al senadoconsulto Tertuliano si no hubiera exigido la designación del tutor del hijo, como había sido establecido en una constitución de Septimio Severo dirigida a Cuspio Rufino y

recordada por Modestino, *libro primo excusationum* en D. 26.6.2.2.³³ La interpretación de esta normativa fue hecha por Ulpiano en el mismo libro tredecésimo de su comentario a Sabino, en donde se trataba del Tertulliano en D. 38.17.2.23-47, pero esta no nos interesa ya que nuestra atención fue focalizada únicamente a las disposiciones del senadoconsulto y a los primeros problemas interpretativos afrontados por la jurisprudencia antonina en su actuación.

³³ *Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiective non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* (El divino Severo a Cuspio Rufino. Quiero que todos sepan que utilizo todos los medios para auxiliar a los pupilos, ya que esto corresponde al cuidado público, y por ello la madre que no hubiera pedido tutores idóneos para sus hijos, o no hubiere dado inmediatamente los nombres de los otros, habiéndose excusado o rechazado los primeros, no tenga el derecho de reivindicar para sí los bienes de sus hijos intestados).