

EL DERECHO DE ACRECER EN LA REGULACIÓN DE LOS SENADOCONSULTOS TERTULIANO Y ORFICIANO

Belén Fernández Vizcaíno
Universidad de Alicante

I.- ANTECEDENTES

En época clásica, y a pesar de los continuos cambios promovidos por el pretor, las relaciones hereditarias continuaban informadas, en la generalidad de los supuestos, por los principios tradicionales del Derecho romano.

Estos preceptos eran responsables de la limitación en los derechos de sucesión recíproca entre parientes consanguíneos de primer orden, de tal manera que, en el antiguo *ius civile* la sucesión entre madres e hijos no era habitual; así como, en el ámbito del *ius honorarium* una madre y sus hijos únicamente podían sucederse como cognados, siempre precedidos por los agnados del difunto, como sucedía desde la antigüedad.

Estas condiciones, desfavorables a los derechos hereditarios entre consanguíneos, son el fundamento de la nueva legislación imperial iniciada por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, cuyo principal interés fue modificar los principios informadores del derecho sucesorio.

Para ello, la evolución del Derecho romano condujo al abandono del antiguo concepto de la familia agnaticia, para pasar a dar mayor consideración a los vínculos cognaticios¹.

Así, la evolución del Derecho romano en el final del periodo clásico, y en toda la edad posclásica, trajo consigo el reconocimiento de la relación de filiación como base del derecho hereditario².

La nueva llamada a la herencia, por el *ius civile*, hacía referencia al

1 F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), XXIX, I, Milano, 1907, pp. 616 y ss.; B.BIONDI, voz: "*Ius Novum*", *NNDI*, IX, 1963, pp. 385-386; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli, 1900, pp. 43 y 145; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 589; G.SEGRE, "Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra Diritto civile e pretorio", en *Scritti di Diritto Romano in onore di Contardo Ferrini*, 1946, pp. 731 y ss.; S.RICCOBONO, "Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del '*ius novum*'", en *BIDR*, XIV-XV, 1952, pp. 5 y ss.; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, pp. 503 y ss.; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, pp. 42 y ss.; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 834; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Orense, 1998, p. 75.

2 A.DERNBURG, *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), Torino, 1905, pp. 495-496; G.PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910, pp. 767 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 276-277; R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano, 194, p. 39; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, pp. 18 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, pp. 11 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, 1968, pp. 397 y ss.); R.QUADRATO, "I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano", en *LABEO*, XV, 1969, p. 362; C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1992, p. 379; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona, 1999, pp. 420-421.

delatus como cognado del *de cuius*, esto es, tomando como base las relaciones de consanguinidad y, lo que también supuso una novedad, prescindiendo de cualquier cambio en el *status familiae* a consecuencia de una *capitis deminutio minima*, antes o después, de la delación hereditaria³, lo que tiene su reflejo en las fuentes en I. 3, 4, 2 y D. 38, 17, 1, 8⁴.

Asimismo, esta nueva llamada hereditaria civil admitía la delación sucesiva en contra de lo actuado hasta entonces⁵; el senadoconsulto Tertuliano declaraba la derogación del antiguo régimen, lo que fue afirmado por Juliano en la máxima *Iulianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti agnato*, reconocimiento que, posteriormente, se amplió al senadoconsulto Orficiano⁶.

Tomando como punto de partida esta nueva regulación del derecho sucesorio, Vaccaro⁷ afirma que el derecho de acrecer era aplicado con normalidad en la última fase del derecho clásico, así como en toda la etapa posclásica, a pesar de no poder encontrar, en disposición legal alguna, expresa mención al respecto; *a fortiori*, sostiene que la misma no era necesaria, pues dicha verificación se producía por la lógica de superiores principios, esto es, por necesidad jurídica, lo que evitaba cualquier tipo de polémica.

Vaccaro expone, como argumento favorable a su teoría, el que se tiene constancia de la citada aplicación del acrecimiento a través del trabajo de los juristas, quienes cuando, en el ejercicio de su función, se les presentaba algún caso relacionado con dicha institución, afirmaban su plena vigencia en la redacción de sus tratados; asimismo, se encuentran reseñas que confirman esta opinión en sus comentarios a leyes concretas; de esta manera, hace mención a Ulp. en el Libro XII *ad Sab.*, recogido en el Digesto, donde se trata esta cuestión con relación a la interpretación del senadoconsulto Orficiano⁸.

Además, Justiniano en sus Instituciones asume esta opinión de forma

3 P.VOCI en *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 18 sostiene que el principal cambio producido por estos senadoconsultos, además de la tendencia a asegurar que la relación de parentela como tal, incluso la no legítima, concedía el derecho a suceder, se encontraba en que cualquier cambio en el *status familiae* a consecuencia de una *capitis deminutio minima* no tuviese importancia, sin embargo, tales variaciones no afectaron al antiguo régimen patrimonial de la familia que era respetado, de tal manera, que la madre y los hijos, si eran *alieni iuris*, adquirirían para su *paterfamilias*. Vid. D. 38, 17, 1, 2; D. 38, 17, 2, 13; D. 38, 17, 6; I. 3, 3, 2; I. 3, 4, pr.

4 En el mismo sentido vid. D. 38, 16, 11.

5 D. 38, 17, 1, 11; D. 38, 17, 2, 7; D. 38, 17, 2, 10.

6 P.VOCI en recensión a M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, en SDHI, XXXIV, cit., p. 401, afirma que esta situación es clara, pero que parece confusa por la explicación que realiza en su obra M.MEINHART de la delación de la herencia, sobre todo en dos supuestos que este último autor considera como de incapacidad, como son el hijo *bestiarios*, y la madre que no ha solicitado un tutor para su hijo, pues a partir de estos casos pretende mostrar que entre el *ius vetus* y el *ius novum* existían diferencias, lo que P.VOCI considera que realmente no concurrían.

7 R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., pp. 39 y ss.

8 D. 38, 17.

expresa, trasladando en el título IV del Libro III *De senatus consulto orfitiano*, un pasaje de Marciano relacionado con los herederos legítimos de las XII Tablas⁹.

En consecuencia, el *ius adcrendi* fue aplicado con normalidad, tanto en la última etapa de la edad clásica como en la posclásica, en razón de superiores principios jurídicos, con las mismas características que ya tenía desde el derecho antiguo.

Presentada esta norma general de aplicación del acrecimiento, debemos tomar en consideración la formación, y el contenido, de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, así como, el hecho innegable de que esta importante modificación en la regulación hereditaria, tal como sostiene la doctrina fue lenta, fragmentaria y desordenada, dando lugar a cierta confusión¹⁰.

Así, el derecho que surgió de la reforma legislativa fue complicado de aplicar y, en consecuencia, para los romanistas difícil de reconstruir a tenor tanto de las fuentes jurídicas, como literarias, teniendo en algunos supuestos que realizar, más que afirmaciones rotundas, dudosas especulaciones.

9 I. 3, 4, 4.

10 S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit, pp. 589-590; C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, cit., p. 145; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, cit., p. 834.

2.- REGULACIÓN PARTICULAR DEL SENADOCONSULTO TERTULIANO

La legislación decenviral no contemplaba la sucesión recíproca entre madres e hijos salvo como *proximus agnatus* y, siempre que la primera estuviese bajo la *manus* de su marido, debiendo esperar al edicto del Pretor para que tal sucesión fuese posible en la clase de los *cognati*, siempre con posterioridad a los agnados¹¹.

Con la finalidad de dar solución a esta situación, se promulgaron diversas normas que, respetando en los mínimos las bases jurídicas civiles, significaron una evolución de las mismas para tratar de adaptarlas a la nueva corriente de pensamiento social, destacando como relevante dar la importancia que merecía a la familia, entendida como la fundamentada en vínculos de sangre¹².

Así, en época del emperador Adriano¹³, se dicta el senadoconsulto Tertuliano, que admitía a la madre a la herencia de su hijo como *heres legitima*¹⁴, en el caso de que estuviese provista del *ius trium liberorum*, si era ingenua, y del *ius quatuor liberorum*, en el supuesto de la liberta¹⁵, sin importar si el hijo fuese

11 S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 590 (nota 1); C.SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 379.

12 El primer intento se debe a Claudio, con la concesión a la madre del derecho a ser llamada a la herencia de sus hijos *ad solatium liberorum amissorum*, esto es, para consolarla de la pérdida de sus hijos; idea que continuaba todavía en época de Constantino. I. 3, 3, 1.- *Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem*.

13 Es bajo el reino de Adriano (117-138 d.C.) cuando, según la mayoría de la doctrina, se dictó el senadoconsulto Tertuliano, sin embargo, algunos autores sostienen una fecha anterior, a este respecto vid. Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes*, en ZSS, II, 1881, p. 152 (nota 87).

14 Tit.Ulp. XXVI, 8; Pauli Sent. 4, 9, 1, 2; D. 38, 7, 2, 4; I. 3, 3, 2. Vid. además P.KRÜGER, "Verweisungsedikte im prätorischen Album", en ZSS, XXXVII, 1916, p. 286; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 590 (nota 4); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 278 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, p. 572; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 797; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 18; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 109 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en SDHI, XXXIV, cit., p. 399); P.VOCI, "Testamento Pretorio", en Studi Grosso, I, Torino, 1968, p. 104 (nota 18); J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, cit., p. 834.

15 Con relación al *ius liberorum* vid. A.STEINWENTER, voz: "*Ius Liberorum*", en *Paulys Real-encyclopädie Der Classischen Altertumswissenschaft*, X, 2, Stuttgart, 1897, pp. 1282 y ss.; 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, XXX, 1909, pp. 154 y 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, XXXI, 1910, pp. 176 y ss.; S.SOLAZZI, "*Ius liberorum* e alfabetismo", en RIL, LI, 1918, pp. 586 y ss. (= en *Scritti di Diritto Romano*, II, Napoli, 1957, pp. 229 y ss.); S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 421; J.E.SPRUIT, *De Lex Iulia et Papia Poppaea: Beschouwingen over de bevolkingspolitiek van Augustus*, Deventer, 1969, pp. 28 y ss.; M.ZABLOCKA, "Il *ius trium liberorum* nel diritto romano", en BIDR, IX, 1988, pp.

iustus o vulgo conceptus.

La capacidad de la madre para suceder a sus hijos, como afirma Meinhart¹⁶ tenía dos presupuestos fundamentales; estar en posesión del *ius liberorum* y ser ciudadana romana.

Este beneficio se extendía a la *latina ingenua*, quien conseguía la ciudadanía romana por el hecho de haber tenido tres hijos; así, continuando con las directrices que se utilizaban para la ciudadana romana obtenía, por la misma razón, la herencia legítima de su hijo¹⁷.

Esta concesión era de igual aplicación, en opinión de Meinhart, en la llamada a la *mulier famosa*¹⁸.

Asimismo, la madre sucedía al hijo impúber cuando el testamento pupilar quedaba ineficaz, por la renuncia del sustituto pupilar¹⁹.

Este senadoconsulto ordenaba, que la madre quedara desplazada únicamente por los hijos del difunto, tanto *sui* como emancipados²⁰, por el padre natural²¹ –ya fuese llamado a la sucesión como emancipador, esto es, por derecho de sucesión legítima o, a la *bonorum possessio contra tabulas*, o bien, fuese llamado a la *bonorum possessio unde cognati*– y por hermanos o hermanas consanguíneos²².

361 y ss.; R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, Padova, 1970, pp. 26 y ss.; P.JÖRS, “*Iuliae Rogationes*” *due studi sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 1985, pp. 1 y ss.; A.BERGER, voz: “*Ius liberorum*”, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1991, p. 530; G.VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del principato*, Genova, 1996, pp. 64 y ss.; M.F.C.SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (traducción española de Mesía y Poley), Granada, 2005, pp. 186-187.

16 M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 133 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., p. 399).

17 *Pauli Sent.* 4, 9, 8.

18 D. 38, 17, 2, 4.

19 D. 38, 17, 2, 5. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., p. 279.

20 A este respecto, P.VOCI en *Diritto ereditario romano*, II, cit., pp. 18-19 sostiene que, la madre no sucedía por el senadoconsulto Tertuliano si el hijo había dejado hijos que pertenecieran a la clase pretoria de los *liberi*, esto es, *sui* y emancipados, varones y mujeres, ya naturales como adoptivos, incluso se incluía a posteriores descendientes por el supuesto *successio in locum*. Los hijos adoptivos emancipados no eran considerados, según este senadoconsulto. Por último, los hijos que hubiesen pertenecido a la clase de los *cognati*, esto es, los hijos de la hija y los hijos del hijo dados en adopción no se anteponían a la madre.

21

S.PEROZZI en *Istituzioni di diritto romano*, II, cit, p. 591 aclara que si bien el padre era preferido a la madre no sucedía lo mismo con el abuelo o bisabuelo, como se expresa en D. 38, 17, 5, 2. Vid. P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., pp. 19 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 278 y ss.-287 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 188 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., pp. 399-400); R.QUADRATO, “*I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano*”, en *LABEO*, XV, cit., p. 370.

22 *Tit.Ulp.* XXVI, 8; C. 6, 56, 2; D. 38, 17, 2, 6; D. 38, 17, 5 pr.; D. 38, 17, 2,

Esto es, el nuevo llamamiento consideraba a la madre heredera, con preferencia a todos los agnados, siempre que no existieran hijos del propio difunto tanto *sui* como emancipados, o no hubiese padre natural, o por último, no tuviese el *de cuius* hermanos o hermanas consanguíneos.

Esta prelación de llamados a la herencia del hijo difunto tenía ciertas particularidades, así, si el padre natural hubiese sido adoptado *in aliena familia* y, además de la madre existiesen agnados, debido a que la presencia de éstos últimos excluía al padre, la madre podía ejecutar su derecho²³.

Indicar también que, si había hermanas consanguíneas, a falta de hermano consanguíneo, la madre concurría con las mismas dividiendo la herencia a partes iguales; esto es, si hubiese una hermana, sucedían juntas recibiendo la mitad cada una de ellas²⁴; por el contrario, si el conjunto de llamados de la herencia lo conformaran hermanas y hermanos, sucedían todos, excluyendo a la madre²⁵.

En otros supuestos, el derecho de la madre se encontraba en situación de

15; D. 38, 17, 5, 1; D. 38, 17, 10, 1; l. 3, 3, 3.

23 D. 38, 17, 2, 17.- Ulp. *l. 3 ad sab. Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.*

24 C.Th. 3, 8, 2, 1; C.Th. 5, 1, 7; Tit.Ulp. XXVI, 8; C. 6, 56, 7 pr. A.MOSCATELLI, "I Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano", en Arch. Giur., XL, 1888, pp. 228 y ss.; L.ARNDS, *Trattato delle Pandette, III*, Bologna, 1879, pp. 142 (nota 3); A.DERNBURG, *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), cit., p. 495 (nota 11); P.VOCI, *Diritto ereditario romano, II*, cit., p. 19; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 289 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 573; R.YARON, "Two notes on intestate succession (1. Succession by agnates; 2. Mother versus sisters under the Sc. Tertullianum)", en TJ, XXV, 1957, p. 385; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., p. 296 (vid. recensión de P.VOCI en SDHI, XXXIV, cit., p. 400); R.QUADRATO, "I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano", en LABEO, XV, cit., p. 370; P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano, II*, cit., pp. 57 y ss.; R.LAMBERTINI, *Il caratteri della novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977, p. 8 (nota 7); J.IGLESIAS, *Derecho Romano, cit.*, p. 420.

25 Tit.Ulp. XXVI, 8.- *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, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus: quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

Pauli Sent. 4, 9, 10 (=Lex Romana Burgundionum 28, 2-3).- Mater per fratrem excluditur et in successione frater cum sorore aequa sorte succedit. Quod si frater defuerit, mater et filiae, quanta fuerint, aequales capiunt portiones.

l. 3, 3, 3.- Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primigradus sive ulterioris. sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori.

espera, así sucedía cuando se debían salvaguardar los intereses de un *nasciturus* tutelado con la *missio ventris nomine*; situación que se repetía en el supuesto de un hijo ya nacido, protegido con la *possessio Carboniana*, con la *possessio furiosi nomine*, o con la *possessio infanti per tutorem petita*²⁶.

Asimismo, en la regulación del senadoconsulto Tertuliano ya no encontraba aplicación el antiguo principio del *ius civile*, *in legitimis non est successio*, de manera que, si las personas que precedían a la madre no adquirían, renunciaban a la herencia, o se les restituía *in integrum* contra la adquisición, la madre era llamada en lugar de éstos²⁷, y, únicamente en el supuesto de que la madre no aceptase, pasaba la llamada de la herencia a los agnados próximos

Perozzi²⁸ critica la regulación del senadoconsulto Tertuliano, pues en su opinión, la madre podría llegar a sufrir ciertas situaciones negativas, si se producía una solicitud de *bonorum possessio*, ya que podía impedir la herencia legítima de la misma.

En este sentido, en aplicación del senadoconsulto Tertuliano se dictaron diversas constituciones imperiales que acotaron el campo de aplicación del mismo, perjudicando la sucesión de la madre; sirva como ejemplo un rescripto de Antonino Pio recogido por Ulp. en D. 38, 17, 2, 9, el cual ordenaba que los hijos del difunto que se encontraban *in adoptiva familia* relegaran a la madre; asimismo, en virtud de otras constituciones se establecía la prioridad a la madre de los hijos de una hija premuerta²⁹.

Por el contrario, otros legisladores avanzaron un paso más allá en el derecho sucesorio que asistía a la madre, así, con Constantino se separa cada

26 D. 38, 17, 2, 11; D. 38, 17, 2, 12; D. 38, 17, 2, 13. Vid. P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, p. 456; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 22; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., p. 282; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 189 a 197 (vid. recensión de P.VOCI en SDHI, XXXIV, cit., p. 399).

27 R.QUADRATO en "I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano", en LABEO, XV, cit., pp. 371-372 sostiene que teniendo el hijo la capacidad de renunciar o abstenerse, la delación pasaba a la madre tomando para ello como ejemplos la *abstentio* del *suus*, la *restitutio in integrum* y la renuncia de la herencia legítima. además vid. D. 38, 17, 2, 8; D. 38, 17, 2, 10; D. 38, 17, 2, 14 así como P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 20; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 206 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en SDHI, XXXIV, cit., pp. 399-400).

28 S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit, pp. 591 y ss. Sobre otras situaciones complicadas que provocaba el senadoconsulto Tertuliano vid. K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Marburg-Leipzig 1863-1869, pp. 32 y ss.; C.MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, III, (traducción española de A.J.Pou y Ordinas), Barcelona, 1892, pp. 239-240; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., p. 292.

29 P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 19 (nota 11); G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 284 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 307 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en SDHI, XXXIV, cit., p. 400).

vez más el derecho a suceder de la madre a sus propios hijos del *ius liberorum*, concediéndole un tercio de la herencia, incluso si carecía del mismo³⁰, cantidad que más tarde fue aumentada a dos tercios por Teodosio y Valentiniano³¹.

Finalmente, Justiniano con una constitución del 528 abolió el *ius liberorum*, otorgando a la madre una cuota viril, en concurso con hermanos y hermanas del difunto, asimismo, decretó que la madre tuviera preferencia a todos los agnados, así como a los cognados más lejanos del hijo; sin embargo, quedaba excluida por el *parens manumisor* si no existieran hermanos ni hermanas consanguíneas; además, si el padre hubiese muerto la herencia se dividía por cabezas entre la madre, los hermanos y hermanas.

No obstante, si no quedasen más que hermanas, la madre recibía la herencia junto a éstas por mitad, hasta que por la Nov. 22, 47 se prescribía, incluso en este caso, la división por cabezas³².

2.1.- INFLUENCIA DEL SENADOCONSULTO TERTULIANO EN LA VERIFICACIÓN DEL *IUS ADCRESCENDI*

A partir de la promulgación del senadoconsulto Tertuliano se interpuso en la *delatio*, a herederos tradicionales de la sucesión civil intestada y la *bonorum possessio*, la madre del fallecido.

Esta modificación influyó en uno de los presupuestos básicos del derecho de acrecer, ya que la llamada *in solidum* venía en multitud de casos eliminada, al recibir el as hereditario un solo sujeto, pues la madre no compartía su derecho, excepto en el supuesto de la existencia de hermanas consanguíneas del difunto en un principio, hasta que Justiniano la admitió, incluso ante la existencia de hermanos consanguíneos.

30 C.Th. 5, 1, 1; C.Th. 5, 1, 2; C.Th. 5, 1, 7. Con relación a esta evolución del senadoconsulto Tertuliano G.LAVAGGI en "Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano" en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, Napoli, 1954, pp. 749 y ss., afirma que Constantino concedía a la madre desprovista del *ius liberorum*, en todo caso, el derecho de conseguir un tercio de la herencia, en concurso con los agnados de cualquier grado –*integrum ius agnationis habentes*– quienes recibían los dos tercios restantes; de igual forma, admitió recíprocamente que los agnados singulares comprendidos entre el tercer y el quinto grado obtuviesen, incluso *capite deminuti*, un tercio del as hereditario en concurso con la madre que sí tenía el *ius liberorum*, quedando en este caso dos tercios del total. Asimismo, esta última norma se extendía a supuestos residuales, que otorgaban un tratamiento más favorable, confirmando la asignación a la madre de dos tercios y, al agnado un tercio de la herencia.

31 L.ARNDS, *Trattato delle Pandette*, III, cit., p. 142 (nota 3); G.LAVAGGI, "Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano" en *Scritti Giuridici-Raccolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene*, cit., pp. 758 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 797; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., p. 421; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, cit., pp. 75 y ss.

32 S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit, pp. 590 y ss.-592 (nota 1); E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 797; J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., p. 421.

En el supuesto de existencia de hermanos y hermanas consanguíneos del hijo difunto, que eran preferidos a la madre, hasta Justiniano sucedían aquéllos, con exclusión de la madre; sin embargo, cuando quedaban únicamente hermanas consanguíneas la norma venía modificada, pues las mismas debían compartir los bienes de la herencia con la madre, de manera que, la llamada de unas beneficiaba a la otra, mientras que ante la presencia de un sólo hermano varón, la madre se veía privada de todo derecho sucesorio respecto de la herencia de su propio hijo.

Por todo ello, afirma Vaccaro³³ que el *ius accrescendi*, en este caso, sólo desplegaba su eficacia en el supuesto de que los sucesores del *de cuius* fuesen su madre junto con hermana, o hermanas, consanguíneas, pues únicamente entonces se cumplían los presupuestos básicos necesarios para que se verificase el acrecimiento, esto es, la existencia de una llamada a heredar solidaria y, si era el caso, una falta de adquisición que determinaba el que una cuota de la herencia quedase vacante.

Esta opinión viene rechazada por Meinhart³⁴, quien incorpora un elemento que matiza la tesis de Vaccaro, hasta el punto de negar el acrecimiento; en este sentido, afirma que no se podía aplicar el derecho de acrecer entre la madre y la hermana del *de cuius*, pues no concurría uno de sus presupuestos básicos, como es la llamada *in solidum*, sirviendo como fundamento de su tesis el diferente título de delación con el que acudían a la herencia los dos sujetos, así, la hermana era llamada *ex iure antiquo* mientras que la madre lo era *ex iure novo*, como se explica a través de la interpretación que realiza el autor alemán de D. 38, 17, 2, 18:

D. 38, 17, 2, 18.- *Ulp. 13 ad sab. 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 consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.*

Para fundamentar su opinión desfavorable a la verificación del acrecimiento entre madre e hija, Meinhart junto con este pasaje, toma en consideración el texto de D. 38, 17, 2, 19.

33 R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., pp. 40 y ss. Vid. R.FITTING, "Zur lehre vom Anwachsungsrecht" en *Archiv für die Civilistische Praxis*, LVII, 1874, pp. 161 y ss.

34 M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 286 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., p. 402); R.QUADRATO, "I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano", en *LABEO*, XV, cit., p. 374.

D. 38, 17, 2, 18.- Ulp. 13 ad sab. Sed et si ipsa mater eadem sit et soror consanguinea, ut puta quoniam pater matris nepotem suum ex filia adoptavit, sit praeterea et pater naturalis: haec mater si quidem quasi consanguinea veniat, excludet patrem: si ius consanguineae repudiavit vel capitis deminutione amisit, ex senatus consulto venire propter patrem non potest, repudiante vero patre rursum ex senatus consulto potest venire.

Del estudio de D. 38, 17, 2, 18, llaman la atención sus premisas, un padre adoptado o emancipado, de manera que, la herencia era deferida a la hermana consanguínea del fallecido en concurrencia con la madre, en virtud del senadoconsulto Tertuliano, excluyendo por lo tanto al padre; sin embargo, esta conclusión no servía si la hermana consanguínea no aceptaba la herencia que le era deferida, pues la madre no podía concurrir a la misma por causa del padre, quedando, por lo tanto, a la espera de la apertura de la llamada por derecho pretorio a favor del padre; en este caso, era la hermana y no la madre quién excluía al padre, debiendo ajustar su derecho a obtener la posesión de los bienes junto con el padre, en el orden *unde cognati*; no obstante, todavía le quedaba una posibilidad de heredar, a la espera de que el padre solicitase la *bonorum possessio*, ya que dejándola de pedir éste, sucedía sola en virtud del senadoconsulto³⁵.

En segundo lugar, el otro supuesto de adquisición de los bienes por parte de la madre objeto de estudio por Meinhart, lo encontramos en D. 38, 17, 2, 19, una hija casada y con hijos, que había quedado bajo la potestad de su padre, ya que en tiempos de Ulp. la *manus* prácticamente no existía, estando sus hijos, nacidos de su matrimonio *in potestate* de su marido; si el padre de la mujer adoptaba a su nieto, hijo de la hija, tanto la madre como el hijo se encontraban bajo la misma potestad, con la calificación formal de consanguíneos, así como con vínculos agnaticios, de manera que si moría el padre de la mujer y, el nieto por él adoptado, la herencia pasaba a la madre consanguínea excluyendo a su marido, mero *pater naturalis* del hijo, esto es, la madre consanguínea-agnada excluía a su marido, sucediendo en este caso una violación del senadoconsulto Tertuliano, al no preferir al padre en lugar de la madre³⁶.

A tenor de los textos, Meinhart sostiene que una vez excluido el padre por la hermana, concurrían juntamente a la sucesión la hermana y la madre; sin embargo, si no se producía la aceptación de la herencia del *de cuius* por parte de la hermana, con una delación fundamentada en el derecho antiguo, la madre del

35 D. 38, 17, 2, 9; D. 38, 17, 2, 17. Vid. G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 290-291, explica de manera exhaustiva la solución presentada, clarificando las relaciones que en ella se deben considerar. Además se puede consultar respecto a este mismo supuesto F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), XXIX, I, cit., p. 617.

36 P.VOCI en *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 20 (nota 17) afirma que este caso se puede explicar a tenor del segundo título que poseía la madre consanguínea, lo que motivaba la exclusión del padre consanguíneo, negando que este pasaje pueda explicarse desde el punto de vista de la *manus* a tenor de una hipótesis de O.LENEL en *Palingenesia iuris civili*, II, Graz, 1960, p. 1047 col. 2521 (nota 2) *quoniam....adoptavi trib? Ulpianum de eius hereditate egisse, suspicor, cuius pater ab avo emancipatus, mater in manu retenta erat.*

difunto, llamada ex senadoconsulto Tertuliano, por sí sola no podía adquirir, pues no tenía lugar el *ius adcrescendi* por causa de la diversa naturaleza de la llamada, una ex lege XII Tabularum y la otra ex senadoconsulto Tertuliano.

Esta opinión es matizada por Voci³⁷ al confirmar que la adquisición de la hermana era condición para la delación de la madre, sin embargo, si la hermana no deseaba adquirir los bienes de la herencia, la obtención fallida de los mismos por parte de la madre era ocasionada por una ausencia de delación, y no por la exclusión del derecho de acrecer, que como es sabido, contaba entre sus presupuestos básicos la llamada solidaria a la herencia, que en esta ocasión no existía.

En este caso, se debe negar la existencia de la llamada *in solidum* necesaria para la ejecución del derecho de acrecer, tal como afirma Vaccaro en el caso de ser llamadas madre y hermana, o hermanas, porque a pesar que de una lectura superficial del caso así podría parecer, de un estudio en profundidad de las fuentes que hacen referencia a este supuesto, se llega a una conclusión totalmente opuesta.

Así, seguimos la opinión de Meinhart cuando afirma, en contra de la tesis de Vaccaro, que no se podía aplicar el derecho de acrecer entre la madre y la hermana del *de cuius* con fundamento en que éstas eran llamadas cada una por un título de delación diferente, siendo la hermana llamaba ex *iure antiquo* y la madre ex *iure novo*; la diferente naturaleza en el orden de llamamiento, se explica como consecuencia de la compleja situación jurídica que se creaba con la promulgación de nuevas normas civiles, que modificaban el antiguo *ius civile*, pero que no lo derogaban.

Sin embargo, puntualiza Voci su tesis, destacando como hecho clave la adquisición por parte de la hermana, como condición necesaria para la delación de la madre, esto es, dejando de aceptar la herencia la hermana del *de cuius*, la madre no obtenía los bienes de la herencia de su hijo debido a una ausencia de delación, y no por falta de aplicación del *ius adcrescendi*.

Así, consideramos acertada la tesis presentada por Voci, pues si bien había una diferente fuente en la *delatio* de la hermana y de la madre, como afirma Meinhart, para la verificación del *ius adcrescendi* se exigía un llamamiento *in solidum* a una misma herencia, o parte de ella, lo que en este caso sí tenía lugar como se demuestra del estudio de las fuentes cuando aceptaban su cuota tanto la hermana como la madre; pero cuando la hermana no aceptaba, la madre no podía ejercer su derecho, lo que impedía la llamada solidaria a la que hacemos referencia, ya que la redacción del senadoconsulto afirma que la madre quedaba relegada por un padre incluso dado en adopción, por consiguiente, no existía título de delación ex *iure novo* a la madre.

37 P.VOCI en recensión a M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, en SDHI, XXXIV, cit., p. 402.

Esto es, no sólo había una diferente fuente de llamamiento, sino que lo verdaderamente significativo e influyente en la negación del acrecimiento tenía su fundamento en que, la llamada de la hermana era condición necesaria para que se produjese la delación a la madre, de manera que, no aceptando la hermana consanguínea los bienes del hermano, se negaba la delación a la madre.

En orden a la lógica jurídica, si existían madre y hermana consanguínea, la aceptación de la hermana ocasionaba la delación a la madre con base en el senadoconsulto; no obstante, podía suceder que esta última no aceptase su parte, entonces la hermana adquiriría el total de la herencia, si bien no en virtud del *ius adcrescendi* sino con fundamento en el derecho que le pertenecía por el *ius antiquum*, que no se veía afectado por la negativa de la madre a aceptar el beneficio que le era otorgado ex senadoconsulto.

2.2.- *IUS ADCRESCENDI* VERSUS DELACIÓN SUCESIVA EN EL ÁMBITO DEL SENADOCONSULTO TERTULIANO

Otra cuestión primordial a tratar en la regulación del senadoconsulto Tertuliano es que se admitió la delación sucesiva, derogando el antiguo principio de derecho civil *in legitimis non est successio*; en consecuencia, ante la no aceptación, renuncia o *restitutio in integrum* de las personas preferidas a la madre, se llamaba a la misma a la herencia de su hijo, aunque no aceptando la madre, el derecho a suceder al *de cuius* volvía a tomar su antiguo sentido, ya que se procedía a llamar a los agnados próximos.

Esta cuestión está relacionada con el acrecimiento desde el momento en que, una vez admitida la delación sucesiva, se planteaba una dualidad de respuestas a qué hacer cuando una cuota quedaba vacante entre los primeros llamados a la herencia del hijo, esto es, se debía decidir si tenía lugar el derecho de acrecer, o bien, se llamaba a la madre en virtud de este senadoconsulto.

En este sentido, Vaccaro³⁸ considera una cuestión ineludible qué solución debía darse a dicha disyuntiva, relacionada directamente con el acrecimiento.

Asimismo, Vaccaro presenta la cuestión desde la perspectiva del novedoso reconocimiento en la clase de los *legitimi* de una forma de delación sucesiva, por lo que, adaptando la verificación del derecho de acrecer a la redacción del senadoconsulto Tertuliano se puede concluir que, si la madre renunciaba o, de cualquier modo era excluida de la sucesión, la llamada pasaba al *proximus agnatus*³⁹; pues la llamada a la madre significaba la derogación de la delación hereditaria contenida en el *ius civile vetus*, sin embargo, cuando la madre no provocaba tal supresión, se volvía a los principios antiguos del derecho civil⁴⁰.

38 R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., pp. 40 y ss.

39 D. 38, 17, 2, 20; D. 38, 17, 2, 22; D. 38, 17, 2, 47.

40 D. 38, 16, 8, 1; D. 38, 17, 2, 20; D. 38, 17, 2, 22.

Planteada esta doble faceta de la delación sucesiva, Vaccaro⁴¹ sostiene que lo más relevante es que se admitiese en la legislación imperial la delación sucesiva del derecho antiguo al nuevo⁴²; así, si los sucesores que tenían prioridad ante la madre se abstenían, o no aceptaban, por fuerza del senadoconsulto Tertuliano la herencia era devuelta a la madre, como se observa en D. 38, 17, 2, 8 y D. 38, 17, 2, 10:

D. 38, 17, 2, 8.- Ulp. *13 ad sab. 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 abstinuit sui, matrem venire, et tunc ei obstant, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est.*⁴³

D. 38, 17, 2, 10.- Ulp. *13 ad sab. Si bonorum possessione accepta filius emancipatus abstinuerit se hereditate per in integrum restitutionem, verum est senatus consultum posse locum habere: sed si fuerit rursus immixtus, rursus debet mater abstinere.*

En opinión de Vaccaro, como se puede observar, la delación sucesiva fue admitida desde las normas del derecho civil antiguo al nuevo *ius civile*, de manera que, los primeros llamados que impedían el derecho de la madre a la herencia del *de cuius*, lo eran en virtud del antiguo *ius civile*, y en el supuesto de que se abstuviesen o no aceptasen, la herencia era devuelta a la madre en virtud del senadoconsulto Tertuliano, esto es, con base en el nuevo derecho civil.

La Pira⁴⁴ presenta una teoría diferente, pues aun admitiendo la delación sucesiva a favor de la madre del derecho perteneciente a los llamados por el pretor, en virtud de los cambios producidos en este nuevo *ius civile*, la niega

41 R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., pp. 40-41.

42 Para un estudio en profundidad respectos a las relaciones entre los senadoconsultos y el sistema sucesorio vigente en su tiempo, entre el *ius antiquum* y los cambios en el nuevo derecho civil, así como la interconexión entre la *hereditas* y la *bonorum possessio* desde el punto de vista de la legislación imperial vid. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 291-292; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 314 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., pp. 400-401).

43 Con relación a la pretendida interpolación sufrida por este pasaje del Digesto S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1933, pp. 235 (nota 3), 243-244 (nota 1) considera falso el párrafo "*ut puta abstinuit se hereditate*" pues utiliza el término *abstinuit* cuando en este caso, gramaticalmente el sujeto de la frase debía ser *sui heredes*, también el fragmento "*et tunc ei obstant, quotiens rem haberent*" pues la redacción correcta sería *obstare* y *haberent* después de *obstant*, por último también es espúrea la solución de la polémica en nombre de la equidad "*quae sententia aequior est*", no obstante, este autor no niega la voluntad de Africano y de Publicio de pretender salvar las expectativas hereditarias de la madre. Vid. G.BESLER en "Miscellanea Graecoromana", en *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 82; *Index Interpolationum*, III, Weimar, 1935, p. 72; C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano", en *Fs. Schulz*, I, 1951, pp. 371-372; U.ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, p. 160 (nota 1).

44 G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 280 y ss.

absolutamente para los llamados por las XII Tablas, ya que entre los *legitimi ex lege XII tabularum* no estaba permitida la delación sucesiva.

Esto es, para el autor italiano no era admisible la delación hereditaria sucesiva de un llamado por el antiguo derecho, a un llamado por el senadoconsulto Tertuliano; si bien, cuando el llamado con prioridad a la madre lo era por el nuevo derecho civil, y no aceptase su herencia, la delación sucesiva a la misma era admitida a favor de la madre, ex senadoconsulto Tertuliano.

A *fortiori*, cuando el primero al que le correspondía el derecho a la herencia fuese llamado en virtud del derecho pretorio, y no ejerciera su opción a solicitar la *bonorum possessio*, la madre podía proceder a hacer valer su derecho por la nueva regulación del *ius civile*.

La Pira explica esta compleja situación, desde la perspectiva del fenómeno de la estratificación de distintos regímenes en el sistema sucesorio, y las cuestiones dudosas se planteaban a causa de sumar dos nuevos sistemas, sin haber abolido el primero⁴⁵.

En este sentido, La Pira con relación al sistema de llamamientos a la herencia, una vez dictado el senadoconsulto Tertuliano, hace referencia a diversos pasajes de las fuentes, destacando el caso presentado por Ulp., en el arriba citado D. 38, 17, 2, 8, que recoge la controversia existente sobre los efectos que tenía la abstención de un *suus* a la herencia de su padre, en conexión con derecho sucesorio de la madre; la solución presentada por La Pira parte de que el pasaje de Ulp. está ampliamente interpolado y sostiene que, si la madre era precedida de *sui*, aun absteniéndose de la herencia excluían a la madre de la sucesión civil del hijo; sin embargo, quedaba intacta la posibilidad de pedir la *bonorum possessio unde cognati*, cuando el *suus* no la hubiese solicitado como primer llamado a la sucesión pretoria.

En este orden de ideas, La Pira manifiesta que, por el contrario, si se modificaba el *status* jurídico de los hijos del *de cuius*, considerando que los hijos abstenidos estaban emancipados y, hubieran renunciado a la *bonorum possessio unde liberi*, la madre podía ejercer sin trabas su derecho civil.

Concluye La Pira que el sentido de la solución que dan Africano y Publicio se ajusta a estas aseveraciones, no obstante, también sostiene la interpolación del mismo, por lo tanto, afirma que los compiladores no distinguieron correctamente entre derecho civil y pretorio; lo cierto es que cuando el *suus* se abstenía, la madre, incluso en la *bonorum possessio*, alcanzaba la herencia del hijo; por lo tanto, es natural que los compiladores hicieran propia dicha conclusión, pero sin atender a la vía formal a través de la cual los clásicos habrían llegado a la misma.

45 D. 38, 17, 2, 7; D. 38, 1, 9; D. 38, 17, 10, 1.

Por el contrario, Vaccaro⁴⁶ mantiene el carácter clásico de D. 38, 17, 2, 8, afirmando que el mismo, en realidad, sufrió un acortamiento por parte de los compiladores que ha llevado a no mostrar en su totalidad la regulación romana, así como los principios jurídicos que asistieron a Ulp. para solucionar el supuesto de hecho presentado.

Para corroborar su opinión, Vaccaro sostiene, respecto a la modificación que propone Mommsen⁴⁷ en los siguientes términos D. 38, 17, 2, 8.-... *an mater admittatur, ut puta abstinent sui, hereditate*, que el singular *abstinuit* del texto original que Mommsen elimina es significativo, pues junto a la hipótesis de la abstención de todos los *sui*, Ulp. debió hacer otra en la que, ante la abstención de un solo *suus* tenía lugar el acrecimiento a favor del resto de coherederos.

Vaccaro afirma que, impedir en este caso la delación sucesiva de los *sui* abstenidos a la madre, hubiera sido un sacrificio a la lógica inútil e injusto, pues ya se admitía abiertamente la delación de los llamados *ex iure pretorio* y *ex senatus consulto Orfitiano* a la madre.

En conclusión, en opinión de Vaccaro, se puede afirmar que Africano, Publicio y el propio Ulp. admitieron la delación del *ius civile vetus*, a la nueva regulación del *ius civile* surgida de los senadoconsultos, con fundamento en razones de oportunidad y de equidad.

Del estudio de la opinión de La Pira⁴⁸ se pueden observar puntos contrarios a la tesis de Vaccaro, para ello establece su apoyo en el texto de Ulp. recogido en D. 38, 17, 2, 11:

D. 38, 17, 2, 11.- Ulp. 13 *ad sab.* Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessione missus sit, mox natus sit et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor. et puto non nocere, si non suus patri adgnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem....

En este pasaje se afirma la existencia de dos hipótesis distintas que llevan a diferentes conclusiones, así, el que había sido puesto en posesión mientras estaba en el claustro materno no perjudicaba el derecho de la madre, en cambio, sí la perjudicaba en el supuesto de que fuese un *suus*, heredero civil por el *ius vetus*.

A mayor abundamiento, en las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano queda claro que la madre era llamada a la herencia de su hijo ante la falta de sujetos con preferencia, según la citada norma imperial, así, si bien es cierto que se produjo la estratificación de los distintos regímenes en el sistema

46 R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., p. 41 (nota 1).

47 Con relación a la aludida interpolación vid. *Index Interpolationum*, III, cit., p. 71, así como los autores que se citan en dicha obra.

48 G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., p. 282.

sucesorio no llegando a abolir ninguno de ellos a los otros, una defensa rígida de los principios del *ius civile* conllevaría una mutilación en la eficacia que el nuevo *ius civile* pretendía, centrada en dar prioridad a los vínculos de sangre; no obstante, como sostiene La Pira es difícil reconstruir el sistema originario a tenor de los textos de las fuentes.

Respecto al derecho de acrecer y la delación sucesiva, Vaccaro⁴⁹ sostiene el indudable empleo preferente del primero en sede del senadoconsulto Tertuliano, según D. 38, 17, 2, 14:

D. 38, 17, 2, 14.- Ulp. 13 ad sab. Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam hereditatem, mater ex senatus consulto tertulliano admittetur. sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda.⁵⁰

Para Vaccaro, del estudio de este texto se puede deducir, en primer lugar, que como hace referencia a la aceptación de la herencia no se trata de *sui heredes*, sin embargo, lo importante es que, ante la posibilidad de que el hijo no fuera el único heredero legítimo, existiendo otros que fuesen admitidos con él, se afirma que la madre no debía ser llamada en razón del senadoconsulto Tertuliano ni a la parte de sus hijos, con lo que se está dejando claro que, cuando habían varios sucesores preferidos a la madre, entre ellos se formaba un concurso efectivo que daba lugar a la aplicación del derecho de acrecer.

De esta manera, la delación sucesiva que proclamaba el senadoconsulto Tertuliano tenía su límite en la natural verificación del *ius adcrendi*, esto es, mientras fuese posible asignar las cuotas que habían quedado vacantes, en virtud del derecho de acrecer, al resto de coherederos llamados en primer lugar, no se podía proceder a llamar a la madre⁵¹ ex senadoconsulto.

49 R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., p. 42. Sigue la misma opinión B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, (Capacità, Acquisto delle'eredità ed effetti. Divisione), Milano, 1948, p. 208; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, p. 418.

50 La redacción de este pasaje ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina, así, G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata...*, cit., p. 282 (nota 1), sostiene que la hipótesis que plantea Ulp. hace referencia a los hijos admitidos a la herencia materna por causa del senadoconsulto Orficiano; en distinto sentido, O.LENEL en *Palingenesia iuris civili*, II, cit., p. 1047 col. 2520 (nota 1), afirma que hace referencia simplemente a hijos que se encuentran respecto de su madre en posición de hermanos consanguíneos. Vid. C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano", en *Fs. Schulz*, I, cit., p. 364 (nota 3).

51 A.GUARINO en recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI*, IX, 1943, p. 303 se muestra a favor de esta tesis pues considera acertada la demostración que realiza R.VACCARO DELOGU al respecto de la aplicación del derecho de acrecer en esta fase siempre como límite a la delación sucesiva.

En este mismo sentido, Biondi⁵² sostiene, con el mismo fundamento que, en la legislación dictada con posterioridad a la *bonorum possessio* pretoria y, siempre en el ámbito de la sucesión intestada, el acrecimiento prevalecía sobre la llamada sucesiva

En contra de esta opinión se manifiesta La Pira⁵³ cuando sostiene que las conclusiones presentadas por parte de la doctrina son producto de una interpolación, esto es, en este caso Ulp. estaba dando su opinión al respecto de los hijos admitidos a la herencia de la madre por el senadoconsulto Orficiano.

En derecho justiniano esta distinción se hace inútil, ya que los hijos en cualquier caso debían adir la herencia y, si no la aceptasen, su presencia aun siendo *sui*, no perjudicaba, tal y como sucedía en derecho clásico a los sucesores llamados por el *ius civile*⁵⁴.

Así, del estudio de las fuentes se puede afirmar que, a pesar de no descartar que D. 38, 17, 2, 8, podía haber sido acortado por los compiladores y, que en consecuencia podría no mostrar en su totalidad la regulación romana sobre la cuestión, sí se puede reconstruir a tenor de la hipótesis de Ulp., al sostener que junto al supuesto de la abstención de todos los *sui* y, a la solución dada al respecto, según la cual la herencia era devuelta a la madre, debió hacer otra referencia en la que ante la abstención de un solo *suus* tenía lugar el acrecimiento a favor del resto de coherederos, lo que encontraría confirmación en D. 38, 17, 2, 14, referido al senadoconsulto Orficiano, y que sostiene que mientras por lo menos un hijo quisiera que a él le perteneciera la herencia legítima no tendría lugar el derecho antiguo, por ello, si de dos, uno acepta la herencia y el otro la repudia, le acrecerá a aquél la porción dejada vacante.

Por lo tanto, en las disposiciones del senadoconsulto Tertuliano, sólo cuando quedaban libres todas las cuotas de la herencia por el agotamiento del derecho de acrecer entre los primeros llamados, se otorgaban los bienes a la madre, llamada ex senadoconsulto, en razón de oportunidad jurídica sobre la lógica más rigurosa, pues en su época el principio *in legitimis non est successio* era ya un residuo histórico.

De esta manera, con varios sucesores preferidos a la madre, cuando una de las cuotas por cualquier motivo quedase libre, se daba lugar a la aplicación del derecho de acrecer, por lo que la delación sucesiva a la madre ex senadoconsulto tenía su límite en la natural verificación del *ius adcrescendi*.

52 B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 208; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 418.

53 G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 282-283.

54 Con relación a los distintos supuestos fácticos que se pueden presentar en este caso, vid. G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 282 y ss.

3.- ALCANCE DE LA DELACIÓN HEREDITARIA EN EL SENADOCONSULTO ORFICIANO

El senadoconsulto Orficiano, dictado en el 178 d.C. por una *oratio*, tenía como contenido la admisión de los hijos a la sucesión *ab intestato* de su madre; esta norma, emanada del poder imperial, profundizó aún más en las modificaciones al sistema sucesorio romano, pues tuvo como finalidad complementar la regulación del nuevo derecho civil, tomando en consideración los mismos principios informadores que ya sustentaban la reforma promovida con el senadoconsulto Tertuliano.

Este senadoconsulto significó la admisión a la herencia de la madre, no sometida al poder del marido, de sus hijos, con prioridad a cualquier otro sucesor, incluso los ilegítimos, así como los *vulgo concepti*⁵⁵, en todos los casos, sin distinción de sexo⁵⁶, los cuales hasta entonces podían suceder a su madre únicamente como *cognati*. Con la particularidad de que no se admitía la *successio in locum*, hasta que fue reconocida en el año 389 a través de la constitución *C.Th.* 5, 1, 4.

La concesión de los bienes hereditarios de la madre a todos los hijos, con independencia de si eran *sui* o *alieni iuris*⁵⁷, con preferencia a cualquier otro

55 *Pauli Sent.* 4, 10, 1; *D.* 38, 17, 1, 2.

56 *Tit.Ulp.* XXVI, 8; *D.* 38, 16, 10; *D.* 38, 17, 1, 9; *D.* 38, 17, 6, 1; *D.* 40, 5, 47, 4. *Vid.* M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 139 y ss. (*vid.* recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., p. 399); R.QUADRATO, "I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano", en *LABEO*, XV, cit., pp. 363-364.

57 Del sentido literal del senadoconsulto Orficiano se puede afirmar que, se otorgaba por primera vez, en contraste con los antiguos principios jurídicos romanos, a personas *alieni iuris* que se encontraban por lo tanto bajo la *potestas* de un *paterfamilias* vivo, derechos sucesorios *ab intestato iuris civilis* sobre los bienes de su madre, ya fuese por parentela legítima o ilegítima, formando un concurso con otros hijos, y siempre con preferencia a todos los parientes y agnados de la mujer; sin embargo, surge el problema de si los hijos que se encontraban bajo potestad podían adquirir por sí mismo o, por el contrario, según los antiguos principios, su acto de aceptación no era válido sin el *iussus* de su *paterfamilias*, a esta cuestión responde E.VOLTERRA en "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQUA*, 58, Paris, 1991, pp. 539 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano, 1966, pp. 553 y ss.), que a pesar de la innovación jurídica que significó este senadoconsulto, era plenamente respetado el derecho de *patria potestas* en el sentido de que los hijos sometidos al *pater* adquirirían por cuenta del mismo.

En el mismo sentido se expresa P.VOCI en *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 18, al afirmar que, el antiguo régimen patrimonial de la familia era totalmente respetado, de tal manera, que tanto la madre como los hijos, si eran *alieni iuris*, adquirirían para el *paterfamilias*.

Sin embargo, tanto VOLTERRA como P.VOCI admiten que en el siglo IV se permitió por primera vez que los *filiusfamilias*, como herederos intestados de la madre, fuesen titulares de los bienes maternos, lo que trajo consigo la reforma del régimen de *iussus* del *paterfamilias*, que se reducía al derecho de usufructo sobre el citado patrimonio.

consanguíneo o agnado, significó una verdadera revolución frente a los antiguos principios, porque con ello se transgredía la posición jurídica que tenía el *filiifamilias* hasta entonces, reconociendo su capacidad para ser heredero *ab intestato*, aun estando bajo la patria *potestas* del *paterfamilias*⁵⁸.

A las relaciones de los llamados por este senadoconsulto, tanto con los sucesores que le precedían, como con los que le seguían, se aplicaba el principio *successio ordinum*⁵⁹; los hijos concurrían entre sí a partes iguales⁶⁰, formando entre ellos un concurso efectivo de llamados a la herencia.

Respecto a la naturaleza del llamamiento, Turiel⁶¹ afirma que en opinión de Gayo, los clásicos nunca la consideraron ni la llamaron *hereditas legitima*, ni en consecuencia, los hijos que sucedían en virtud de este senadoconsulto eran *heredes legitimi*, término que se reservaban a los sucesores *ab intestato* según las XII Tablas; sin embargo, tanto el senadoconsulto Tertuliano como el Orficiano otorgaban una protección sucesoria *iure civile*, no siendo hasta la época posclásica

Al respecto vid. M.BRETONE, *Servus Communis. Contributo alla storia della proprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, p. 107 (nota 4); J.DÉNOYEZ, "Les bona materna à la lumière du D. 5, 3", en *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, pp. 79 a 84; R.MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1977, pp. 256 y ss.; G.BESELER, *Beiträge zur kritik der römischen rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1911-1931, p. 16; S.SOLAZZI, "I modi di accettazione dell'eredità nel diritto romano", en *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, V, Pavia, 1919, p. 21 (nota 1); S.SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., pp. 39 y ss.; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., pp. 607 y ss.-616 y ss.-649 (nota 115); G.MATRINCE, "L'accroissement des Droit des fils et filles de famille sur leurs acquets successoraux (Droit officiel et pratiques sous l'Empire romain)", en *Studi Grosso*, V, Torino, 1972, pp. 353 y ss.; J.HERNANZ PILAR, *El iussum en las relaciones potestativas*, Valladolid, 1993, pp. 33 a 44 (recensión de A.BURDESE en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Suplemento 1992-1993, pp. 76 y ss.). Vid. C.Th. 8, 18, 1, 1; C.Th. 8, 18, 4; C.Th. 8, 18, 8, 1; C. 6, 9, 1; C. 6, 30, 4; C. 6, 60, 1.

58 *Tit.Ulp. XXVI, 7*; D. 38, 17, 6 pr.; D. 38, 17, 9; I. 3, 4 pr.; C. 6, 57, 2. Vid. K.A.VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, II, cit., p. 69; R.FITTING, "Zur lehre vom Anwachungsrecht" en *Archiv für die Civilistische Praxis*, LVII, cit., pp. 164-165; L.ARNDS, *Trattato delle Pandette*, III, cit., p. 142 (nota 3); A.DERNBURG, *Pandette*, III, (traducción italiana por Cicala), cit., pp. 496-497; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., pp. 592 y ss.; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 293 y ss.; G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI*, XII, 1946, pp. 175 y ss.; C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano", en *Fs. Schulz*, I, cit., pp. 364 y ss.; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 797; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., pp. 22 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 66 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., pp. 398-399); J.IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., p. 421; J.ARIAS RAMOS-J.A.ARIAS BONET, *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, cit., pp. 834-835; P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 503-504; E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQUA*, 58, cit., pp. 539 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, cit., pp. 553 y ss.).

59 P.VOCI, "Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi", en *Studi di diritto romano*, II, cit., pp. 58 y ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1979, p. 541.

60 M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 711.

61 G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, cit., p. 75.

cuando tienen la consideración de herederos legítimos *iure civile*.

Por el contrario, Volterra⁶² sostiene a favor del llamamiento legítimo que, el pretor no hubiera podido dar solución, según su capacidad de dictar normas, como se establece en *Gai. 3, 32.- ...praetor heredes facere non potest...*, a las nuevas exigencias sociales que reclamaban mayor importancia para los vínculos de sangre otorgando derechos sucesorios civiles, como sí hacía en cambio el senadoconsulto Orficiano cuando disponía que, los hijos eran herederos *iuris civilis ab intestato* respecto a los bienes maternos, con preferencia a cualquier otro heredero civil.

Así, los hijos llamados a la herencia por este senadoconsulto, asimilaban su posición jurídica a los llamados por ley, de manera que concurrían entre sí a partes iguales, tomando como única razón el nacimiento; con este fundamento se les otorgaba el derecho a la herencia de su madre, una vez que hubiesen cumplido el requisito de la *aditio*, sin necesidad de acudir a la *bonorum possessio* en su calidad de cognados de la mujer.

En consecuencia, los hijos por el sólo hecho de su nacimiento, incluso fuera del matrimonio, tenían derecho a la herencia de su madre, cumpliendo la *aditio*, sin necesidad de conseguirlo por la concesión pretoria de la *bonorum possessio*, en su cualidad de cognado de la mujer; lo cual no era óbice para que el pretor, una vez dictado el senadoconsulto, también concediera a los hijos, como herederos *iuris civilis*, la *bonorum possessio unde legitimi* de los bienes maternos⁶³.

Este derecho, concedido a los hijos respecto a la herencia de su madre, fue extendido a otros ascendientes de línea femenina en la época de la legislación imperial cristiana anterior a Justiniano por una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 389.

Sobre la finalidad de este senadoconsulto, sostiene La Pira⁶⁴ que con la llamada que surgía del mismo, se trataba de incorporar a la categoría de los *legitimi* a los hijos que, hasta entonces sólo podían suceder a la madre como cognados.

El ofrecimiento de la herencia no se encontraba conectado con el *status familiae* del llamado, lo que al igual que sucedía con el senadoconsulto Tertuliano representaba que ninguna influencia tenía la *capitis deminutio* en el llamamiento⁶⁵;

62 E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQUA*, 58, cit., p. 541 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, cit. p. 555).

63 D. 38, 7, 2, 4; D. 38, 8, 1, 9. F.SAMPER, "De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE*, IXL, 1971, pp. 179 y ss.

64 G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 293-294.

65 D. 38, 17, 1, 8.- *Ulp. 12 ad sab. Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem: nam vetus sola hereditas, quae lege duodecim tabularum defertur, capitis minutione peremittitur, novae vel ex lege vel ex senatus consultis delatae non peremuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam capite minuatur,*

el único límite estaba en que el ejercicio de este senadoconsulto no llegaba a los ulteriores descendientes, esto es, a los nietos, por lo que se excluía el derecho de representación

Finalmente, en derecho justiniano eran llamados a la sucesión de su madre incluso aquellos nacidos en servidumbre, de manera que, ya se puede afirmar que en general todos los hijos eran llamados a la herencia de la madre⁶⁶.

3.1.- EL *IUS ADCRESCENDI* SEGÚN LA REGULACIÓN DEL SENADOCONSULTO ORFICIANO

En el senadoconsulto Orficiano, el derecho de acrecer no se encontraba citado, sin embargo, esto no significaba la exclusión del mismo; este derecho se aplicaba de forma normalizada en vía de interpretación, como se demuestra en las Instituciones de Justiniano, bajo la rúbrica *De senatus consulto Orfitiano*, donde se hace referencia al acrecimiento:

I. 3, 4, 4.- (ex Marc. V inst., D. 38, I, 9) *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.*

Este fragmento establece que, si entre muchos herederos legítimos algunos hubiesen repudiado la herencia, o hubiesen sido impedidos de adirla, o por la muerte o por otra causa, la cuota que había quedado vacante acrecía a los demás que hubiesen adido y, además en el supuesto de que alguno de los herederos legítimos hubiese fallecido una vez realizada la adición, pero antes de que la porción quedase libre, el derecho le pertenecía a sus herederos.

Otro pasaje de Ulp., admite, por línea de interpretación, que el derecho de acrecer tenía aplicación entre los hijos llamados a la sucesión de la madre ex *senatusconsulto*, en D. 38, 17, 1, 9:

D. 38, 17, 1, 9.- *Ulpianus l 2 ad sab. 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*

ad legitimam hereditatem admittetur, nisi magna capitis deminutio interveniat, quae vel civitatem adimit, ut puta si deportetur. Respecto a la interpretación de este pasaje por parte de los doctrina vid. G.NOODT, *Observationes*, II, cap. XXI, *Opera Omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, p. 342; M.C.COHN, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, I, Berlin, 1880, pp. 231-232; F.EISELE, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1896, pp. 206 y ss.; F.DESSERTEAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, II, I, Paris, 1919, p. 81 (nota 2); U.COLI, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano*, I, *Capitis deminutio*, Firenze, 1922, pp. 35 y ss.; P.BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I "Diritto di famiglia", Milano, 1963, p. 166 (nota 1).

⁶⁶ G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., p. 294; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit, pp. 593 y ss.; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., p. 51 (vid. recensión de R.QUADRATO, "I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano", en LABEO, XV, cit., p. 365).

*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.*⁶⁷

Vaccaro⁶⁸ afirma con toda claridad la aplicación del *ius ad crescendi*, pues en este último pasaje, de su parte final se puede deducir, por vía de interpretación, que Ulp. daba prioridad al *ius ad crescendi* sobre la delación sucesiva que, encontraba su límite de aplicación en el derecho de acrecer, de manera que, únicamente cuando todos los hijos no hubiesen podido o querido adir la herencia, la misma pasaba a los otros sucesores según el antiguo sistema.

Sanfilippo⁶⁹ sostiene, al respecto del mismo texto de Ulp. que, únicamente cuando todos los hijos hubiesen renunciado a la herencia de la madre se acudía al *ius antiquum*, por lo que en tanto dicha circunstancia no se produjera tenía lugar

⁶⁷ G.LA PIRA en *Successione ereditaria intestata...*, cit., p. 295 (nota 1), señala interpolado todo el inciso *eorumve....defertur*, debido a que los compiladores asumieron un principio según el cual se tomaban en consideración junto a los hijos, a los nietos nacidos de hijos premuerto a la madre, en el mismo sentido se expresa F.SCHILLING en *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Eine Kritik über Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Leipzig, 1829, p. 381 (nota 1068) quien llegó a tal conclusión sobre todo por su negativa a explicar *defertur* como equivalente a *ad crescit*.

Sin embargo, E.VOLTERRA en "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQUA*, 58, cit., p. 547 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, cit., p. 561), sostiene que no es adecuada la justificación para la corrección del texto que propone G.LA PIRA, y que le lleva a tachar por completo el citado inciso, así, la considera insuficiente y limitada.

Otra explicación la encontramos con G.LAVAGGI en "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI*, XII, cit., pp. 179-180 donde niega que este pasaje sea un misterio como asegura G.LA PIRA, a *fortiori*, sostiene que ofrece al interprete del derecho clásico un reflejo claro del régimen sucesorio del senadoconsulto por el cual tanto el *parens manumissor emancipatae* como el *patronus libertae* concurrían en determinados supuestos con los *liberi* en el reparto de la herencia. Vid. K.A.D.UNTERHOLZNER, "Über das patronatische Erbrecht", en *ZGR*, V, 1825, pp. 33 y ss.; Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes*, cit., p. 185; K.A.SCHMIDT, *Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor: eine rechtsgeschichtliche Abhandlung*, Heidelberg, 1868, p. 25 (nota 53); A.MOSCATELLI, "I Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano", en *Arch. Giur.*, XL, cit., p. 232; M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 75 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., p. 398); C.SANFILIPPO, "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano", en *Fs. Schulz*, I, cit., p. 364 (nota 3); F.SAMPER, "De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE*, IXL, cit., p. 175 (nota 70)-221 (nota 208); G.PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1986, p. 697; C.MASI, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, p. 173.

⁶⁸ R.VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, cit., pp. 43-44. Asumen esta teoría B.BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 208; A.GUARINO en su recensión a *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* de R.VACCARO DELOGU, en *SDHI*, IX, cit., p. 303; B.BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 418; S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 592.

⁶⁹ C.SANFILIPPO en "Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano", en *Fs. Schulz*, I, cit., p. 365 sigue la misma opinión de Th.MOMMSEN, "Iudicium legitimum", en *ZSS*, XII, 1892, p. 276 (nota 1).

el acrecimiento de la cuota dejada vacante a favor de los que sí hubiesen aceptado su parte.

Con relación al orden de llamamientos, Voci⁷⁰ establece que la exclusión de los agnados tenía lugar cuando los hijos adquirirían la herencia materna, pues la renuncia o la *restitutio in integrum* significaba que tomase efectividad el derecho antiguo.

Volterra⁷¹ confirma la aplicación del acrecimiento, estableciendo que el senadoconsulto Orficiano no abrogaba definitivamente el *ius antiquum* respecto al orden de sucesores que se encontraba fijado en el antiguo *ius civile*, limitándose a conceder a los hijos el derecho a tomar la herencia materna con fundamento en su voluntad de hacerlo; únicamente en el supuesto de que todos los hijos manifestasen su voluntad de no querer los bienes de la madre, tendrían lugar la aplicación del antiguo orden de sucesores recogido en el *ius civile*, pues en el supuesto que uno sólo de los hijos declarase su intención de obtener los bienes maternos el *ius antiquum* no podía tener lugar, de manera que, según el texto recogido en D. 38, 17, 1, 9, en el supuesto de que varios hijos acudiesen a la herencia de su madre, ex senadoconsulto Orficiano, si uno de ellos no aceptaba la herencia o fuese incapaz de ello, su cuota acrecía siempre a los otros hijos que sí la aceptaban.

Volterra⁷² sostiene que la *ratio legis* de los emperadores era precisamente hacer depender de la voluntad de los hijos la aplicación o no de *ius civile* antiguo⁷³;

70 P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., pp. 19-23-41. Además, este autor propone otro supuesto de posible aplicación extensiva del senadoconsulto Orficiano, de tal manera que los hijos y la madre de la fallecida se podrían dividir la herencia a partir de la interpretación del término *constitutiones* recogido en l. 3, 3, 3 como referido a las constituciones del Bajo Imperio; se muestra en contra de esta posibilidad E.VOLTERRA en "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQUA*, 58, cit., p. 546 (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, cit., p. 560), pues el texto de las Instituciones al que hace referencia sirve como premisa a algunos autores para presentar la posibilidad de que la madre de la hija premuerta, heredera *ab intestato* de ésta por el senadoconsulto Tertuliano pudiese concurrir con los hijos llamados ex senadoconsulto Orficiano, pero en l. 3, 4 bajo la rúbrica "*De senatusconsulto Orphitiano*" no se mencionan los eventuales derechos sucesorios de la abuela, por lo que el senadoconsulto Orficiano otorgaba preferencia a los hijos respecto de su abuela.

71 E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 797; E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQUA*, 58, cit., pp. 541 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, cit., pp. 555 y ss.).

72 E.VOLTERRA, "Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.", en *ANTIQUA*, 58, cit., pp. 542 y ss. (=en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, cit., pp. 556 y ss.); asimismo, para explicar las posibilidades de cambio de la voluntad de los hijos, de una negativa inicial a un posible acto positivo de aceptación se recomienda consultar la exposición así como los autores citados por E.VOLTERRA en la página 544 (nota 1). En el mismo sentido se expresa G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 295-296.

73 Esta cuestión se recoge en D. 38, 17, 1, 9 y D. 38, 17, 6, 1, si bien al respecto de estos dos pasajes, debe tenerse en cuenta que en la redacción de D. 38, 17, 6, 1 Paulo recoge la expresión "*si nemo filiorum volet hereditatem suscipere*", texto que intenta reproducir el de Ulpiano en D. 38, 17, 1, 9, sin embargo, Paulo omite el

en este sentido, sostiene que el senadoconsulto disponía la aplicación del *ius antiquum* únicamente cuando, ningún hijo del *de cuius*, hubiese aceptado la herencia.

A *fortiori*, se puede apuntar hacia una posible vuelta desde el *ius civile antiquum* a la nueva regulación del *ius civile*, al plantear que si ningún sucesor *ab intestato iuris civilis* aceptaba la herencia de la mujer, los hijos de la misma conservaban el derecho a sucederla, cumpliendo la *aditio* dentro de un año desde la *delatio*.

No obstante, la aceptación de los hijos no excluía definitivamente la aplicación del derecho antiguo, ni en consecuencia los derechos a los sucesores *ab intestato iuris civilis*, quienes podían volver a ejecutar su derecho si la *aditio* de los hijos viniese anulada por la *restitutio in integrum* o, por cualquier otra causa, que impidiese que la herencia pudiera ser aceptada por los hijos.

Con relación a esta afirmación, defendida por la mayoría de la doctrina romanística, se manifiesta en contra Sanfilippo⁷⁴ cuando sostiene que a la pregunta recogida en D. 38, 17, 1, 10.- Ulp. 12 *ad sab. Si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an ius antiquum possit locum habere?*, debe responderse en sentido negativo en función de los principios civilistas, ya que el hijo que había aceptado la herencia adquiría a la vez el título de heredero que, por su propia naturaleza era perpetuo, lo que en consecuencia significaba que la posterior *restitutio in integrum* no anulaba los efectos civiles de la aceptación, teniendo únicamente alcance en el derecho pretorio por la *denegatio actionis heredi et in heredem*; en este sentido, que el hijo restituido quedase, en todo caso, como heredero por el *ius civile* era decisivo para excluir la llamada sucesiva a los agnados, pues a pesar de que el antiguo principio *in hereditate legitima successioni locus non est* venía derogado en la herencia materna expresamente por la cláusula *si nemo filiorum volet*, en D. 38, 17, 1, 10, no sólo había *delatio* a favor del hijo, sino que, con la aceptación, éste había adquirido el título de heredero, lo que traía como consecuencia que con fundamento en el sistema civil de sucesión existiendo ya un *heres*, aun restituido por el derecho pretorio, no podía abrirse la *delatio* a favor de otros, esto es, no podía volverse al *ius antiquum*.

Esta misma explicación parece que se puede extender, a tenor de la lectura del texto de Ulpiano, al supuesto del hijo que renuncia a la herencia de la madre, pues los dos casos entran en el mismo significado léxico del verbo *nolle*.

inciso *eorumve—defertur*, que diversos autores de la doctrina consideran interpolado, lo que no impide a C.SANFILIPPO en “Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano”, en *Fs. Schulz, I, cit.*, p. 364 (nota 3) afirmar que no se debe dar mayor prioridad al texto de Paulo, respecto al de Ulp., que sí contiene el citado apunte interpolado, ya que los dos autores coinciden en la parte esencial de la disposición.

74 C.SANFILIPPO, “Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano”, en *Fs. Schulz, I, cit.*, pp. 365 y ss.,

Sin embargo, a este respecto Sanfilippo sostiene, en contra de la solución dada por el jurisconsulto romano, que no son supuestos que puedan unirse desde el punto de vista jurídico, llegando a afirmar que hay que excluir que el Senado romano hubiese querido regularlos en una única disposición, ya que en el supuesto de la *restitutio in integrum* la violación de los principios fundamentales hereditarios era doble, esto es, uno era la *successio ordinum* y el otro la coexistencia de dos herederos sucesivos.

Aun así, el autor italiano admite que la interpretación de Ulpiano es extremadamente audaz e innovadora, ejemplo de la jurisprudencia clásica que contribuyó al desarrollo del derecho hereditario que comenzó por procurar la fusión entre *ius civile* e *ius honorarium*, tendencia que tras quedar suspendida después de los Severo retomó su importancia en la época posclásica, así, Ulp. siguiendo tal directriz presenta la equiparación del restituido al repudiante, lo que le llevaba a suspender la regla *semel heres semper heres*, de tal manera que, podría tener aplicación la cláusula *si nemo filiorum volet* del senadoconsulto Orficiano que admitía la vuelta al *ius antiquum*, con una nueva delación a favor de los agnados de la madre fallecida.

Contrario a la tesis de Sanfilippo, se manifiesta Solazzi⁷⁵ al sostener que, la argumentación de Ulp. tenía valor de interpretación normal y ajustada no sólo a la letra, sino al espíritu del senadoconsulto Orficiano, así, explica el texto del Digesto en el sentido de afirmar que la *restitutio in integrum* era paralela a la abstención, por lo que, si como consecuencia de la *restitutio in integrum* se admitía la delación de la *bonorum possessio* a otros llamados, hay que asumir la posibilidad de que, con la abstención, tuviese lugar la devolución de la *bonorum possessio* y de la herencia.

En este mismo orden de ideas, La Pira⁷⁶ encuentra natural la decisión de Ulp. respecto de la solución jurídica al hecho planteado, ya que “è esplicitamente ammessa dal senatoconsulto la delazione successiva dell’eredità dal chiamato ex iure novo a quello ex iure vetere”.

Mantiene una posición ecléctica Lauria⁷⁷, al sostener que Ulp., en su comentario recogido en D. 38, 17, 1, 10, asume una posición dudosa sobre la *restitutio in integrum* en el senadoconsulto Orficiano que del tenor literal del pasaje no llega a aclarar.

A este respecto, tal como opinan Volterra, Solazzi y La Pira la respuesta de Ulp. está ajustada no sólo a la letra sino al espíritu del senadoconsulto Orficiano, contribuyendo a su redacción al desarrollo del nuevo derecho civil que se pretendía.

75 S.SOLAZZI en *Diritto ereditario romano*, II, cit., pp. 266-267 (nota 1)

76 G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 292 y 295

77 M.LAURIA en “Iurisdictio”, en *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 517 (221)

Así, seguimos la opinión de Volterra cuando manifiesta que, la renuncia de uno o varios hijos a su cuota, sí era operativa frente al resto de hijos, de manera que, el *ius adcrendi* tenía su cumplimiento *ipso iure*; por tanto, la renuncia cuando era absoluta, era operativa respecto a los sucesores *ab intestato* de las XII, pues hacía surgir con relación a éstos su derecho a cumplir la *aditio*, y heredar los bienes de la madre, extinguiendo definitivamente el derecho del hijo sobre los bienes maternos.

De igual manera, como sostiene Talamanca⁷⁸, el llamamiento de los hijos a partes iguales, debe ser interpretado como la formación de un concurso efectivo de herederos, llamados conjuntamente a los bienes hereditarios, restableciéndose el *ius antiquum* en el supuesto de una falta total de adquisición, consecuencia de la prioridad del acrecimiento sobre la delación sucesiva.

Esta última afirmación, nos permitiría sostener que la delación sucesiva, únicamente venía a aplicarse si la falta de adquisición de una o varias cuotas, tuviera un efecto absoluto, renunciando todos los hijos a su parte de la herencia materna, pues hasta dicha circunstancia se aplicaba el *ius adcrendi*.

3.2.- SUPUESTO ESPECIAL: EL DERECHO DE ACRECER EN LA SUCESIÓN DE LA LIBERTA SEGÚN EL SENADOCONSULTO ORFICIANO

La Ley de las XII Tablas llamaba al patrono⁷⁹, como *agnatus proximus*, a la herencia del liberto tan sólo en la sucesión intestada y ante la inexistencia de *suus heres*, mientras que si moría intestado, pero dejando un *suus heres*, el patrono no tenía derecho sobre los bienes del difunto⁸⁰; sin embargo, por el principio

78 M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 711.

79 A falta de patrono, el derecho civil llamaba a la herencia a los descendientes del mismo, incluso si eran *exheredati*, pero no lo hacía si estaban emancipados; asimismo, faltando descendientes del patrono, en opinión de M.TALAMANCA en *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 711, parece que eran llamados los gentiles del patrono, lo que comprendía a los agnados del patrono, que no tenían un derecho autónomo a la herencia del liberto.

80 Respecto a la sucesión del patrono a los bienes del liberto vid. H.LEMONNIER, *Étude historique sur la condition privée des affranchis aux trois premiers siècles de l'empire romain*, Paris, 1887 (reimpresión Roma, 1971), pp. 101 y ss.; F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), XXXVII-XXXVIII, V, Milano, 1909, p. 259; G.LA PIRA, *Successione ereditaria intestata...*, cit., pp. 182 y ss.; G.LAVAGGI, "La *bonorum possessio intestati liberti*", en *Studi Cagliari*, 1946, pp. 157 y ss. (vid. la crítica de E.BETTI en su recensión de este trabajo de G.LAVAGGI en *BIDR*, LIII-LIV, 1948, p. 428, así como la respuesta de G.LAVAGGI en "Ancora in tema di *bonorum possessio intestati liberti*" en *Studi Albertario*, II, Milano, 1953, pp. 671 y ss.); F.DE ZULUETA, "The new Fragments of Gaius, P. II *societas ercto non cito*", en *The journal of roman Study*, XXV, Oxford, 1935, p. 129; C.CONSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, II, Catania, 1950, pp. 128 y ss.; P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573; P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 25; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 797 (nota 2); R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, cit., pp. 229 y ss.; F.SAMPER, "De *bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE*, IXL, cit., pp. 166 y ss.; B.ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 86; G.FABRE, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la république romaine*, Roma, 1981, pp. 304 y ss.; C.MASI, *Civitas Operae Obsequium*.

feminae nunquam suum heredem habere possunt el patrono recibía de la liberta la totalidad de sus bienes, pues para la liberta estaba excluida toda posibilidad de tener parentela civil⁸¹.

Esta regulación fue a lo largo de tiempo modificada por diferentes normas, entre ellas el senadoconsulto Orficiano; en esta disposición, como se sigue de las fuentes jurídicas recogidas en el Digesto, era claramente admitida la sucesión de la liberta, ex senadoconsulto, como se recoge en D. 38, 17, 1 pr.:

D. 38, 17, 1 pr.- *Ulpianus l 2 ad sab. Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto orphitiano.*

Afirma Meinhart⁸² la misma situación de la madre ingenua y la liberta; así, en el caso de la ingenua sus hijos eran preferidos a los agnados de la mujer y, de igual manera, los patronos eran relegados por los nacidos de la que fue esclava, lo que venía confirmado en D. 38, 17, 1, 9:

D. 38, 17, 1, 9.- *Ulpianus l 2 ad sab. ...et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*

Ulp. establece en este pasaje la preferencia de los hijos respecto al patrono, así como que, la devolución de la herencia al patrono por el derecho

Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti, Napoli, 1993, pp. 83 y ss.; C.MASI, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, cit., pp. 15 y ss.; G.TURIEL DE CASTRO, "La sucesión intestada en Derecho romano", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, cit., p. 75; A.CALZADA, "Algunas observaciones en torno a la *bonorum possessio dimidiaie partis*", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano del Derecho Romano*, I, Orense, 1998, pp. 181 y ss.; P.DOMÍNGUEZ TRISTÁN, "*Bonorum possessio dimidiaie partis ab intestato ex edicto*: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", Burgos, 2000, pp. 169 y ss. Vid. *Gai* 3, 40; *Gai* 3, 41; *Gai* 3, 42; *Gai* 3, 45; *Tit.Ulp.* XXIX, 1; *Tit.Ulp.* XXIX, 4; *Tit.Ulp.* XXIX, 5; D. 31, 28; D. 37, 1, 4; D. 37, 14, 5; D. 37, 14, 9, 1; D. 37, 14, 10; D. 37, 14, 16 pr.; D. 38, 2, 26; D. 38, 2, 37, 1; D. 38, 2, 38 pr.; D. 38, 2, 38, 1; D. 38, 4, 10; D. 38, 5, 13; D. 40, 9, 24; D. 40, 10, 5; D. 50, 16, 145; D. 50, 16, 149; D. 50, 16, 150; I. 3, 7, pr.; I. 3, 7, 1; I. 3, 7, 2.

81 *Gai* 3, 43; *Gai* 3, 44; *Gai* 3, 51; *Gai* 3, 52; *Gai* 3, 53; *Gai* 3, 54; *Tit.Ulp.* XXIII, 2; *Tit.Ulp.* XXIX, 2; *Tit.Ulp.* XXIX, 3; D. 38, 2, 37 pr.; D. 38, 6, 13. F.GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, (traducción italiana), XXXVII-XXXVIII, V, Milano, 1906, pp. 387 y ss.; M.TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 711-712; R.QUADRATO, recensión a M.MEINHART "I senatoconsulti *Tertulliano* e *Orfiziano*", en *LABEO*, XV, cit., pp. 365-366; R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, cit., pp. 234 y ss.

82 M.MEINHART en *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., p. 88 (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., p. 398), sostiene que a pesar de que en D. 38, 17, 1, pr., se establece *mater sive ingenua sive libertina*, por su indeterminación probablemente fue interpolado, pues no puede entenderse que, ante un régimen muy complejo, como era la sucesión de la liberta en la edad clásica Ulp. únicamente se limitase a realizar una reseña tan breve; sin embargo, sigue afirmando este autor que esto no significaba que los hijos no pudiesen suceder a la madre liberta, por el hecho del que el senadoconsulto no tuviese en consideración esta hipótesis en particular; en el mismo sentido G.LAVAGGI en "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI*, XII, cit., pp. 182 y ss. sostiene que Justiniano falsificó de manera sustancial y grave el pensamiento de Ulp., siendo posible que el jurisconsulto redactase de la siguiente manera: *si ingenua mater est...* aunque también cabe la posibilidad de que los bizantinos no hubiesen modificado el tenor del texto.

antiguo tenía lugar sólo si habían rechazado todos los hijos de la liberta⁸³.

Asimismo, del mismo fragmento se deduce que ésta fue la regla que continuaba adoptándose en el derecho justiniano, situación que vendría reforzada por la ampliación del ámbito de los llamados a la herencia de la liberta en una constitución del 531 recogida en C. 6, 4, 4, 10⁸⁴, donde figura expresamente que eran preferidos al patrono, no sólo los hijos, sino también los nietos *ex filio* y *ex filia* de la liberta, así, existiendo descendientes de la liberta de cualquier grado, se excluía al patrono.

En este sentido, Samper⁸⁵ establece que el llamamiento, *ex senadoconsulto Orficiano*, a la sucesión de la liberta era semejante al legítimo, teniendo como única particularidad, permitir la aplicación subsidiaria del derecho antiguo.

Lavaggi⁸⁶ plantea que, si bien es cierto que la devolución de los bienes al patrono tenía lugar ante el rechazo de todos los *liberi* de la difunta, esto no permite asegurar que fuese la situación que contemplaba el *senadoconsulto Orficiano*, pues según su tesis, en *Tit.Ulp. XXVI, 7.- ...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 agnatis.*, se afirma que la herencia legítima de la madre, no sometida al poder del marido, pertenecía a los hijos, excluyendo a los consanguíneos y a los demás agnados; sin embargo, no se puede contar entre éstos últimos al patrono, la patrona, los *liberi patroni*, por un lado y, el *parens manumissor ex remanipatione* por otro, pues sin pretender dar una afirmación absoluta, concurrían el padre (el patrono, la patrona, los *liberi patroni*) y los hijos conjuntamente⁸⁷.

83 F.SCHILLING, *Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Eine Kritik über Hugo's Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Leipzig, 1829, p. 382 (nota 1069); G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI*, XII, cit., p. 176; E.VARELA, "Los derechos hereditarios de la mujer en los bienes de los libertos", en *Studia Iuridica*, 88, Coimbra, 2006, p. 113.

84 C. 6, 4, 4, 10.- *Quodsi eorum, qui maiorem centum aureis relinquunt substantiam, exstent liberi, vel nepotes, vel pronepotes, vel abnepotes, masculi aut feminae, per masculini aut feminini sexus personas descendentes, quocunque sint, sive manumissi ante parentes, sive cum iis manumissi, sive etiam post eos manumissi vel post manumissionem nati, eos vocat ad libertorum successionem, quoniam et natura aequum est, liberos in bona parentum succedere.....* Igual redacción en *Bas.* 49, 1, 28.

85 F.SAMPER, "De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE*, IXL, cit., p. 176.

86 G.LAVAGGI, "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI*, XII, cit., pp. 177 a 180. *Vid.* además F.SAMPER, "De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *AHDE*, IXL, cit., pp. 215 y ss.

87 Con relación a esta cuestión hay diversas interpretaciones en la doctrina, al respecto *vid.* K.A.SCHMIDT, *Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor: eine rechtsgeschichtliche Abhandlung*, cit., p. 157; A.MOSCATELLI, "I Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano", en *Arch. Giur.*, XL, cit., p. 232; F.GLÜCK, *Hermeneutisch-systematische. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts, als Beytrag zur Erläuterung der Pandecten*, Erlangen, 1803, p. 285; Th.SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechts*, cit., pp. 185 y ss. Asimismo, respecto a los supuestos de hecho en los que se producía la concurrencia de llamadas a la herencia de la madre liberta se puede consultar el texto de G.LAVAGGI pp. 180 y ss., los autores citados en el mismo y el trabajo del

Contrario a esta opinión Meinhart⁸⁸ establece que, confirmada por la doctrina la concesión del mismo tratamiento a la liberta que a la ingenua, con la única excepción de exigir a la primera el *ius liberorum*, debe negarse la tesis de Lavaggi ratificando, en cambio, la prioridad del hijo respecto al patrono.

Quadrato⁸⁹ sostiene, en el mismo sentido, que no tiene fundamento la llamada conjunta “*simul*” del hijo y del patrono que realiza Lavaggi, al afirmar que las fuentes que hacen referencia a la sucesión del liberto en la época clásica, no permiten el tomar una decisión segura; aunque debe darse preferencia a la defendida por Meinhart, en virtud de D. 38, 17, 1, 9, citado por toda la doctrina romanística, así como de lo expuesto en un pasaje anónimo recogido en Bas. 45, 1, 27, 9, que hace referencia a los nietos, también en l. 3, 4, 1⁹⁰.

Respecto a esta cuestión, debemos manifestar nuestra opinión a favor de la prioridad del hijo respecto al patrono con apoyo en la doctrina, así como en D. 38, 17, 1, 9.- “...repudiante filio patrono defertur.”, de Bas. 45, 1, 27, 9, y del fragmento recogido en l. 3, 4, 1, se demuestra que los hijos, sin distinción de sexo, eran admitidos a los bienes hereditarios de sus madres fallecidas intestadas por el senadoconsulto Orficiano, aun estando sometidos a la potestad de otro, con preferencia a consanguíneos y agnados de su difunta madre; en consecuencia, consideramos forzada la tesis de Lavaggi que proclama que en el senadoconsulto Orficiano la llamada a los bienes de la liberta se hacía efectiva en determinados supuesto conjuntamente con los hijos, a favor del patrono, la patrona o los *liberi patroni*.

Respecto a la aplicación del acrecimiento en la sucesión de la madre liberta, desde la promulgación de senadoconsulto Orficiano, existiendo varios llamados a la herencia de la madre liberta, ya fuesen sus hijos, como sus hijos junto con el titular de los derechos de patronato, si alguno de ellos dejara de aceptar, la parte que le correspondía acrecía a los que sí aceptaban, pues a pesar de que la disposición imperial no hace mención al acrecimiento, este derecho venía aplicado a la sucesión de la liberta madre, con las mismas condiciones que en el supuesto de la herencia de la ingenua.

Lo relevante para el derecho de acrecer era la llamada *in solidum* a la herencia, primer paso para su posterior efectividad, en el supuesto de que, por mismo autor “*La bonorum possessio intestati liberti*”, en *Studi Cagliari*, cit., pp. 40 y ss.

88 M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 75 y ss. Sigue la misma tesis C.MASI, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, cit., pp. 173 y ss.

89 R.QUADRATO en su recensión a M.MEINHART, “*I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano*”, en *LABEO*, XV, cit., p. 370.

90 l. 3, 4, 1.-...*Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur.*

cualquier causa una, o varias de las cuotas de la herencia de la liberta, quedasen vacantes.

En consecuencia, cuando por virtud del senadoconsulto Orficiano existían varios llamados a los bienes de la madre liberta fallecida, ante la falta de aceptación de alguno de ellos, los que sí aceptaban su parte tenían el derecho de acrecer sobre los citados bienes que habían quedado libres, pues en vía de interpretación se admitía, en esta nueva sucesión civil, este derecho al igual que ocurría en el supuesto de una madre ingenua, como se demuestra tanto en D. 38, 17, 1, pr.- *Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto orphitiano.*, como en D. 38, 17, 1, 9.- ... : *itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcreset...*

Otra cuestión es la llamada del patrono a la herencia, una vez que ningún hijo de la liberta hubiese adido la herencia, así, en D. 38, 17, 1, 9.- ... *et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur.*, se sostiene que una vez terminado de aplicarse el *ius adcrendi*, en el supuesto de que ninguno de los descendientes de la liberta aceptase su cuota, se verificaba la delación sucesiva al patrono, en virtud el derecho antiguo.

Una parte importante de la doctrina romanística sostiene la interpolación de la última parte del texto anterior⁹¹, afirmando que se debe interpretar *defertur* como equivalente a *adcrecit*; tal cambio hubiese significado la siguiente reconstrucción del texto: "... y si acaso hubiere un hijo y un patrono, repudiándola el hijo le acrece al patrono."; sin embargo, debemos mostrar nuestra disconformidad con esta aseveración, pues sólo en el caso de aceptar un llamamiento solidario entre el hijo y el patrono hubiese sido posible la verificación del *ius adcrendi*, pero del estudio del texto al completo no se infiere tal clase de llamada, sino que la delación sería subsidiaria a la realizada a favor de los hijos a quienes conjuntamente les correspondía la herencia legítima.

Cabe destacar, asimismo, la opinión de Meinhart⁹² al respecto de considerar que de D. 38, 17, 1, 9, se deduce, *a priori*, la preferencia de los hijos a la sucesión de la madre respecto al patrono, afirmando su carácter clásico, si del mismo se saca la frase *eorumve...defertur*, introducida por los compiladores justinianeos, con la única finalidad de recordar que podían suceder los hijos de los hijos.

Estas teorías confirmarían la aplicación del acrecimiento entre los primeros llamados ante la falta de aceptación de algunos de ellos, hijos y nietos, llegando a

91 G.LAVAGGI, en "La successione della liberta e il SC Orfiziano", en *SDHI*, XII, cit., p. 182 (nota 26), afirma que la interpolación referida no se encuentra en el Index, a pesar de la opinión la mayoría de autores en orden a interpretan *defertur* como equivalente a *adcrecit*.

92 M.MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, cit., pp. 75 y ss. (vid. recensión de P.VOCI en *SDHI*, XXXIV, cit., p. 398).

la delación sucesiva al patrono si la herencia quedaba vacante en su totalidad; así pues, aun aceptando la interpolación sufrida por D. 38, 17, 1, 9, no es óbice para afirmar que, si alguno de los llamados en primer lugar a la herencia de la liberta no la aceptase, o no pudiese hacerlo, se verificaba el acrecimiento de los bienes a los que sí aceptaban.

Por lo tanto, el *ius adcrescendi*, con las características básicas que lo sustentaban, desplegaban su eficacia incluso dentro de la esfera del senadoconsulto Orficiano, en detrimento del patrono. Siempre como un fenómeno necesario, que tenía efectividad sin necesidad de voluntad o conocimiento del heredero, siguiendo la máxima: *ipso iure, etiam ignoranti et invito herede, portio portio adcrescit, non personae*.

