



LA HERENCIA DE LA CAUTIVA

Fecha de recepción: 30 agosto 2019 / Fecha de aceptación: 30 octubre 2019

AURORA LÓPEZ GÜETO

Universidad De Sevilla

(España)

mlopez73@us.es

Resumen: La pérdida de la libertad y de la ciudadanía fueron efectos directos del cautiverio de los ciudadanos romanos. El regreso del cautivo, por aplicación del *postliminio*, suponía la recuperación de sus derechos. En materia sucesoria, uno de las consecuencias principales de la cautividad era la nulidad del testamento realizado antes o durante la prisión. La *lex Cornelia de confirmandis testamentis eorum qui in hostium potestate decessissent*, promulgada entre los años 84-81 a. C. admitiría el testamento previo del cautivo mediante la ficción de que había muerto en el momento de su captura. Parece que la jurisprudencia habría extendido sus efectos a la sucesión intestada.

Palabras Clave: Cautividad, *postliminium*, *cognatio*, sucesión intestada.

Abstract: The loss of freedom and citizenship were direct effects of the captivity of Roman citizens. The return of the captive, by application of the *ius postliminii*, meant the recovery of their rights. One of the main consequences of the captivity was the nullity of the testament made before or during the prison. The *lex Cornelia de confirmandis testamentis eorum qui in hostium potestate decessissent*, (84-81 B.C.) would admit the previous testament of the captive through the fiction that he had died at the time of his capture. It seems that jurisprudence would have extended its effects to intestacy.

Key Words: Cautividad, *postliminium*, *cognatio*, intestacy.



1. LA PRISIÓN DE GUERRA COMO CAUSA DE ESCLAVITUD

El *status libertatis* dividía a los hombres en dos categorías, libres y esclavos. En cuanto a estos últimos, se diferenciaba entre las personas que nacieron siendo esclavas y aquéllas que cayeron en esclavitud por diferentes causas. Entre ellas, la *captivitas* o prisión de guerra.

Desde los siglos IV-III a.C. cuando tiene lugar la guerra de expansión en Italia, las clases dirigentes romanas denominaron *hostes*¹ a los enemigos. Los romanos firmaban tratados que garantizaban derechos esenciales a los habitantes de otros pueblos, pero había otros grupos humanos que no se habían constituido como Estados o con los que no mantenían relaciones. Por tanto, el término *hostes* define a estados con los que Roma no había firmado un tratado o que lo habían vulnerado de forma que no se podían garantizar en sus territorios los derechos de los ciudadanos, como indica D. 49.15.24.

Hasta la II Guerra Púnica², los prisioneros eran liberados a cambio de un rescate en dinero, no esclavizados. Pero a partir de este momento, las esclavizaciones en masa de los cautivos de guerra fueron habituales. La guerra se erigió como la principal fuente de esclavitud. En *Cautivi*, la tragicomedia de Plauto, el dramaturgo opinaba que no había esclavos por naturaleza, sino hombres a los que las circunstancias pueden convertir en esclavos³.

Según el *ius gentium*, los ciudadanos romanos que caían en manos de los enemigos perdían la libertad y la ciudadanía, como atestiguan D.28.3.6.5, *Pauli Sententiae*, 3.4^a. 8. 9 o D. 49.5.15.1. La doctrina mayoritaria considera que la

¹ Sin embargo, en la Ley de las XII Tablas el término *hostes* parece equivaler a “extranjero”.

² Livio, 22, 58 y Aulo Gelio, *Noches Áticas*, 6, 18 refieren el episodio de los prisioneros de Cannas cuando el Senado romano rechazó llegar a un acuerdo prohibiendo el rescate por parte de particulares.

³ ÁLVAREZ, M., SUÁREZ, A., «En torno a *captivi*: *captivitas*, *postliminium* y *redemptio ab hostibus*», en *Revista General de Derecho romano* 12 (2009), pp. 1-13.



condición de *servus* se refiere tanto al ordenamiento romano como al ordenamiento del pueblo que lo ha hecho prisionero, perdiendo el cautivo sus derechos públicos y privados⁴. Ahora bien, el deseado (y posible) regreso a la ciudad siempre fue tenido en cuenta por los romanos, de forma que la libertad y la ciudadanía realmente no se habrían extinguido sino que se suspenderían.

En efecto, el Derecho romano, como muchos otros de la Antigüedad, contempló desde la etapa arcaica la posibilidad del regreso del prisionero de guerra durante la contienda, con la consecuente recuperación de su *status* personal y patrimonial. Mediante el *ius postliminii*, el derecho permitía al romano cautivo recuperar la libertad y la ciudadanía por el mero hecho del retorno a la ciudad. Esta institución se encuentra perfectamente desarrollada desde los siglos III-II a.C., aunque sufriría una importante evolución en cuanto a sus efectos y aplicación⁵.

Festo recoge la definición de postliminio del gramático *Aelius Gallus* (siglo II a. C.) de gran utilidad por realizar un intento de clasificación de la institución,

⁴MONTAÑANA, A., *La situación jurídica de los cautivos de guerra*, Valencia 1994, pp. 31-35 se refiere en este sentido a diversas fuentes como Gayo, *Instituciones*, I, 160, César, *De bello civile*, II, 32, Horacio, *Carmina*, III, 5.4.1 o Livio, XXXIII. 60. 15. La autora señala que podía utilizarse la expresión *servus hostium* para hacer hincapié en su lejanía física. Otras veces, se les aplicaba simplemente el término *servus*.

⁵Pueden destacarse como los principales trabajos sobre el postliminio: AMIRANTE, L., *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, *passim*; «Ancora sulla captivitas ed il postliminium», en *Studi in Onore di Pietro de Francisci I*, Milano 1956, pp. 571-572; BECHMANN, A., *Das ius postlimini und die fictio legis Cornelia: ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Rechts*, Erlagen 1872, *passim*; CURSI, M. F., *La struttura del postliminium nella Repubblica e nel Principato*, Napoli 1996, pp. 13-40; d'ORS, A., «Postliminium in pace», en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (1942) pp. Rec. SANTA CRUZ en *AHDE*. XVI, pp. 688-690; FUENTESECA, P., «Orígenes y perfiles clásicos del postliminio», en *Anuario de Historia del Derecho español* 29 (1951), pp. 5-49; GIOFFREDI, C., «Sul ius postliminii», en *SDHI*. 48 (1950), pp. 13-58; HERNANDEZ-TEJERO, M., «Aproximación histórica al origen del ius postliminii», en *Gerión* 7 (1989), pp. 53-64; KORNHARDT, H., «Postliminium in Republikanischer Zeiten», en *SDHI*. 19 (1953), pp. 1-37; KRELLER, H., «Juristenarbeit am postliminii», en *ZSS*. 69 (1952), pp. 172-210; KRÜGER, H., «Captivus redemptus», en *ZSS*. 51 (1931), pp. 203-220; MONTAÑANA, A., *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra*, Valencia 1996, pp. 19-72; «Postliminium receptum gallus aelius in libro significationum, quae ad ius pertinent», en *Revista General de Derecho romano* 17 (2011) pp. 1-14; PERIÑAN GÓMEZ, B., *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium*, Granada 2008, pp. 23-64; SANNA, M. V., *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001, pp. 30-50; SERTORIO, L., *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, Roma 1971, *passim*.



aludiendo al *postliminium* del que se traslada desde Roma a otros lugares y el *postliminium* del que retornaba a Roma después de haber sido capturado por los enemigos: *postliminium cum populis liberis et foederatis* y *postliminium cum hostibus*.

Festo, *de verborum significatu*, Lindsay 24: “*Postliminium receptum Gallus Aelius in libro primo significationum, quae ad ius pertinent, ait esse eum, qui liber, ex qua civitate in aliam civitatem abierat, in eandem civitatem redit eo iure, quod constitutum est de postliminis, item qui servos a nobis in hostium potestatem pervenit, postea ad nos redit in eius potestatem, cuius antea fuit, iure postlimini; equi et muli et navis eadem ratio est postliminium receptionis quae servi. Quae genera rerum ab hostibus ad nos postliminium redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostis redire possunt. Cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium nobis est ita uti cum hostibus*”.

Con la prudencia debida, al no ser *Aelius Gallus* un jurista, Montañana identifica los siguientes elementos en su definición:

1. La expresión “*postliminium receptum*” se aplicaba a la persona libre que salía de la ciudad y volvía recuperando sus derechos.

2, 3 y 4. También se hacía referencia a la recuperación de las cosas requisadas por lo enemigos (esclavos, el caballo, el mulo, la nave...) que regresaban y volvían a estar bajo la potestad de su dueño, como se recoge en D.49.15.2 pr. o D.49.15.3.

5. La aplicación del posliminio también tuvo lugar en relación a los pueblos libres, federados y a los monarcas socios de Roma.

En esta amplísima definición, curiosamente no se menciona el regreso de los cautivos. Pero puede incluirse sin problemas dentro de ella al ser el caso más habitual e importante, el elemento transversal es la aplicación del posliminio a las personas libres que regresaban a su territorio de origen (romanos al volver a la ciudad, los nativos de otros pueblos al volver a ellos), lo que abundaría en su carácter de institución de Derecho internacional público. Puede que, como opinan la mayoría de los estudiosos⁶ la definición de *Aelius Gallus* se refiera al posliminio primitivo, en el

⁶AMIRANTE, L., *Captivitas*, cit., pp. 9-15; *Ancora sulla captivitas*, cit., pp. 571-575; BONA, F., «Postliminium in pace», en *SDHI*. (1955), pp. 259-245; D’ORS, A., «Postliminium in pace», cit., pp.



marco de las relaciones internacionales, ante la imposibilidad de gozar de doble ciudadanía. Por ello, el gramático no habría marcado diferencia entre los efectos de los conflictos bélicos y de las relaciones jurídica-internacionales con otros pueblos.

No puede obviarse que el *ius postliminii* era una institución muy antigua, procedente de los *mores*, pero sus límites necesariamente mutaron cuando Roma alcanzó un cierto poder y prosperidad. El concepto clásico ya incluiría necesaria y expresamente a los prisioneros de guerra, otorgando al vencedor un poder absoluto sobre las personas derrotadas y sus cosas.

Curiosamente, el ciudadano romano hecho prisionero, al regresar a Roma entraba en su casa por la ventana y no por la puerta, para dar a entender que jamás había dejado su morada. La pérdida del *status* jurídico se debía al sometimiento al captor dado que el Derecho romano no se extendía más allá de sus fronteras, Cicerón, *De oratore*, I.40.181. Puesto que el posliminio se configuró de forma espontánea y automática como el reverso de la prisión de guerra, los juristas clásicos elaboraron algunos principios definitorios y ofrecieron soluciones a las situaciones complejas que surgían a consecuencia del regreso de los cautivos.

D.49.15.9 pr.-3: “*Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. nam quod bello amissimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. 1. Idque naturali aequitate introductum est, ut qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet. 2. Indutiae sunt, cum in breve et in praesens tempus convenit, ne invicem se lacessant: quo tempore non est postliminium (...). 3. Postliminio redisse videtur, cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit. Sed et si in civitatem sociam amicumve aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio redisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat*”.

200-210; FUENTESECA, P., *Orígenes y perfiles clásicos*, cit., pp. 5-49; LEVY, E., «Captivus redemptus», en *CPh*. 38 (1943), pp. 159-176; MAFFI, A., *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992, pp. 21-56.



La razón de ser del *ius postliminii*, figura de *ius gentium* de carácter militar, se hallaba, por un lado, en el incentivo a los soldados para que regresaran a Roma durante la misma guerra, escapando de las filas del enemigo. Asimismo, subyace la idea de no dejarlos abandonados a su suerte, D.49.15.12 pr.⁷

Dos eran los requisitos para obtener el *ius postliminii*: el primero de ellos, haber sido capturado por los enemigos y, consecuentemente, trasladado fuera del territorio romano de forma prolongada. El segundo requerimiento, el mero hecho del regreso, bien por la huida del prisionero o por su rescate, caso en el que se debía abonar la suma convenida al rescatador para que el posliminio tuviera efectos⁸. Sobre el rescate, *redemptio ab hostibus*, autores como Mommsen consideraban que el *postliminium* se aplicaba después de haber satisfecho la suma debida, a lo que se oponían Levy y Amirante dado que, al menos desde el siglo III a.C. el rescate característico era una iniciativa asumida por la autoridad pública o por particulares relacionados con el prisionero por parentesco o pertenencia a las *gentes*, y no implicaría la obligación jurídica del reintegro ni la constitución de un vínculo sobre el *redemptus*. Ahora bien, si un ciudadano romano rescataba a otro prisionero de guerra y pagaba rescate, el *redemptus* estaba obligado a prestarle servicios por cinco años en una situación afín a la esclavitud.

Desde luego, para el Estado, era importante el regreso de los cautivos durante la situación bélica, de forma que las personas que volvían tras finalizar la guerra no siempre fueron tratadas de igual modo. A veces, el tratado de paz los incluía entre los beneficiados por el postliminio, pues era habitual que los civiles, estando fuera de Roma, fueran sorprendidos por el conflicto y pasaran a ser esclavos del enemigo. En ocasiones, el tratado prohibía la concesión del posliminio, que no se aplicaba tampoco a los trásfugas, los prisioneros en las guerras civiles, los desertores o a las

⁷MONTAÑANA, A., *La situación jurídica*, cit., pp. 41-51.

⁸Se discute si se requería además, que el cautivo tuviera la intención de permanecer en Roma, el *animus remanendi*. En contra, MONTAÑANA, A., *La situación jurídica*, cit., p.51. A favor, SERTORIO L., *La prigionia di guerra*, cit., p. 162.



personas capturadas por piratas o ladrones, D.49.15.19.4; D.49.15.19, 2; D. 49.19.5-9.

¿Qué efectos tenía el regreso de un *paterfamilias* en relación a la patria potestad? ¿Y el regreso de cautivos o cautivas que estuvieron casados en Roma? ¿Qué consecuencias hereditarias se derivaban de la muerte de los prisioneros y prisioneras?

La *spes postliminii*, una abstracción que fijaba la necesidad de prever las consecuencias del regreso de los prisioneros de guerra ,permitió en la época clásica delimitar con nitidez el concepto de suspensión de derechos del cautivo, que no extinción de los mismos. Como expone Montañana, el derecho postclásico optaría por la conservación de la capacidad jurídica durante la situación de cautiverio.

La primera manifestación de la preocupación por los efectos jurídicos del regreso del *paterfamilias* cautivo se aprecia en la *lex Hostilia*, según expone IJ. 4, 10 pr. Puesto que la prisión de guerra suponía la *capitis deminutio maxima*, en el caso del *paterfamilias* se perderían todos sus derechos civiles y políticos, incluido el ejercicio de la patria potestad sobre los *alieni iuris*⁹. El matiz se encuentra en calificar si la patria potestad quedaba en suspenso o si se extinguía, aunque en ambos casos el postliminio permite recuperarla. Los diversos autores que han estudiado esta cuestión se apoyan en textos como D.28.1.12; *Pauli Sententiae*, II.25.1; D.38.16.15 que parecen inclinarse por una u otra solución.

Desde el momento en que la jurisprudencia comienza a fijar su atención en los efectos jurídicos del cautiverio, la delimitación de la existencia o extinción de la patria potestad sobre los *alieni iuri* sometidos al ahora prisionero ocupó el centro de las disquisiciones de los prudentes¹⁰). La toma de postura acerca de una eventual conservación de la patria potestad sobre los *fili* del cautivo impedía que éstos

⁹AMIRANTE, L., «Ancora sulla captivitas», cit., p. 159; RATTI, U., *Studi sulla captivitas*, Napoli 1980, p. 189.

¹⁰BECHMANN, A., *Das ius postliminii*, cit., p. 14.



alcanzaran la capacidad de obrar, algo verdaderamente importante si el cautiverio se prolongaba. Puede que en el derecho arcaico se produjera la extinción de la patria potestad, pero la jurisprudencia clásica modeló el concepto de suspensión de forma que las personas que permanecieron en la ciudad no llegaban a convertirse en *sui iuris* si el cautivo regresaba, pero no se les impidió durante la ausencia de su padre tomar decisiones en el ámbito personal como contraer matrimonio¹¹ o llevar la gestión de los bienes del cautivo para evitar la desvalorización de su patrimonio¹². Sin embargo, el hijo *alieni iuris* no podría hacer testamento ni aceptar herencias. La muerte del prisionero que no retornaba a Roma convertía a estas personas en *sui iuris*, y su nueva condición se retrotraía al momento de la captura, D.49.15.18.

Desde el derecho antiguo la prisión de guerra fue considerada una causa de disolución del matrimonio. Los autores ofrecen diversas interpretaciones acerca del fundamento de este efecto: desde la pérdida de capacidad del cautivo a la imposibilidad de mantener la convivencia, pasando por las dificultades que ofrecería una suspensión del matrimonio. Además, no olvidemos la consideración del matrimonio como una situación de hecho, basada en la *affectio maritalis*, un consentimiento que debía ser continuado y prestado por quien ostentaba capacidad jurídica. Por tanto, los prisioneros carecían de *ius conubium* mientras duraba su cautiverio¹³. La solución era tajante, incluso aunque la esposa permanezca en el domicilio conyugal y, desde luego, se le permite contraer nuevas nupcias.

D.24.2.1: “*Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*”.

¹¹D. 49.15.12.3; D.23.2.2; D.23.2.9.1; D.23.2.11; D.23.4.8; D.23.3.5.4.

¹²D.49.15.12. Las adquisiciones que hicieran los hijos durante el cautiverio si el padre no regresaba se entendían hechas para sí mismos como si fueran independientes desde el momento de captura. D. 49.15. 22 en el mismo sentido sobre las estipulaciones contraídas por el hijo del cautivo.

¹³Acerca del matrimonio romano: ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, 4ª edición, Padova 1996; *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova 2002; *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006; NÚÑEZ PAZ, M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca 1988; VOLTERRA, E., «La conception du mariage d’après les juristes romains», en *Scritti Giuridici II*, Napoli–Paris 1991-1992, pp. 3-100.



D.49.15.12.4: “*Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est*”.

Por supuesto, nada obstaba a que los antiguos cónyuges renovaran su compromiso su compromiso tras el regreso del prisionero, D.49.15.14.

No obstante, existen textos que parecen apartarse de esta solución al reconocer ciertos efectos al matrimonio del cautivo y obligar, sobre todo a la esposa, a guardar un comportamiento de respeto hacia el marido. Asimismo, en el caso de la liberta, se persigue impedir un nuevo matrimonio si el patrono fue capturado por los enemigos, D. 23.2.45.6.

El derecho justiniano, partidario de la conservación del vínculo matrimonial, apuesta por otorgar relevancia al consentimiento matrimonial inicial, D.24.2.6. En consecuencia, el regreso del cautivo (o de la pareja de cautivos) permitiría aplicar el *ius postliminii* a la relación matrimonial. Transcurridos cinco años sin noticias del cautivo, según Justiniano, el cónyuge podría de nuevo contraer nupcias, *Novela de Justiniano*, 22.7. La restrictiva Constitución 33 del emperador León exigió la prueba de muerte para la disolución del matrimonio.

Finalmente, nos referiremos a la sucesión *mortis causa* en los bienes del cautivo y a sus expectativas hereditarias en diversos llamamientos. Por un lado, existiendo la esperanza del regreso, la herencia en los bienes del prisionero de guerra sólo podría tramitarse de forma definitiva si hubiera noticia cierta de su muerte en cautiverio. Por otro lado, el mismo prisionero podría mantener expectativas hereditarias como heredero *abintestato* o como instituido en testamentos que se confirmarían con su regreso. Fallecido el cautivo en manos de los enemigos, hubiere o no redactado testamento antes de ser apresado, las dudas se concentran en tres cuestiones: ¿Qué ocurría con los bienes de los prisioneros? ¿Manténían sus familiares sus expectativas a la herencia, teniendo en cuenta que cabía la posibilidad de que el cautivo regresara? ¿Pasaban los bienes al Fisco desde el momento del aprisionamiento o cuando se conociera la muerte? En los primeros tiempos, por



principio, la *capitis deminutio maxima* suponía la ausencia de capacidad jurídica y un testamento redactado en prisión sería inválido por incumplir los elementales requisitos materiales y formales. Pero, además, el Derecho romano consideraba igualmente inválido el testamento anterior a la captura. Por lo que se refería a la sucesión intestada, difícilmente podría abrirse de quien no era un ciudadano romano libre, quedando sus bienes en poder del Estado. Montañana alega acertadamente que quien no es ciudadano no puede tener agnados o cognados civiles, por lo que no cabría hablar de herencia legítima ni de la aplicación de la *bonorum possessio*. Si acaso, dado que al momento de la captura la familia del cautivo que permaneció en Roma se haría cargo de su patrimonio, la pérdida de ciudadanía privaba a los hijos de la herencia pero conservando su parentesco de agnación con el resto de parientes. Así, por distintas vías (*bonorum possessio decretalis*, usucapión...) podrían acabar teniendo la propiedad de su patrimonio. Sin duda, y pese a la dificultad de no encontrar apoyo explícito en las fuentes, esta solución se revela como la más justa y acorde con el espíritu del Derecho arcaico y el papel otorgado a la familia¹⁴.

La *lex Cornelia de confirmandis testamentis eorum qui in hostium potestate decessissent*, del año 81-84 d. C. promulgada durante la dictadura de Sila¹⁵ supuso un punto de inflexión al admitir la sucesión en la herencia del cautivo que moría en manos de los enemigos. La norma se redactó para suavizar los efectos de la prisión, otorgar seguridad jurídica y favorecer a la familia del cautivo o a las personas por él designadas para sucederle, al considerar que el prisionero había fallecido en el momento de su captura. Por tanto, se otorgaba validez al testamento que había sido redactado en Roma a la vez que se permitía la apertura de la sucesión intestada. La *lex Cornelia* trasciende el ámbito hereditario, pues validando otras adquisiciones realizadas por los hijos o esclavos del prisionero.

¹⁴RIBAS ALBA, J. M., *La desheredación injustificada en derecho romano. Querella inofficiosi testamenti. Fundamentos y régimen clásico*, Granada 1998, pp. 25-100.

¹⁵ROTONDI, G., *Leges publicae romani*, Hildeheim 1952, p. 356.



Desde un punto de vista dogmático, se manifiesta con mayor claridad el concepto de suspensión pues, de haberse extinguido todos los derechos del prisionero, se habría procedido en ese mismo momento a abrir la sucesión sin tener que esperar un eventual regreso o la certeza de la muerte. Ahora bien: que haya una suspensión de los derechos del cautivo hasta que regrese no quiere decir que su testamento esté suspendido. Según Montañana de la lectura de D.28.1.12, D.28.3.6.5 y D.28.3.6.12 se desprende que dicho testamento es írrito, pero que, gracias a la *lex Cornelia*, recupera su validez con la muerte del prisionero *apud hostes*. Por lo que se refiere a la sucesión intestada, intestada, se justifica la extensión de los beneficios de esta ley porque no se entendería una discriminación respecto a los herederos testamentarios que vendría a perjudicar a los *sui heredes*. Como el cautivo había perdido la libertad y la ciudadanía, se finge que ha fallecido en el momento de ser apresado, cuando es todavía ciudadano romano.

D.38.16.1pr.: “*Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. Sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicitur decessisse. plane qui testari non potuit proprie non est intestatus, puta impubes furiosus vel cui bonis interdictum est: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus: eum quoque, qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et eius hereditas fuisse creditor*”.

D.49.15.22pr.: “*Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent: idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenis sententiarum*”



Evidentemente, con o sin testamento, el regreso impide la apertura de la sucesión y pone fin a la incertidumbre y a la suspensión, recuperando el cautivo sus derechos patrimoniales con carácter retroactivo¹⁶.

En definitiva, una institución como el posliminio que se remontaba a los tiempos más antiguos de Roma fue experimentando una evolución que culminaría en el Derecho postclásico con la humanización por la influencia del cristianismo y por la nueva situación política y territorial. En una época de largas contiendas a miles de kilómetros, el derecho aliviará los efectos del cautiverio pensando en la familia del prisionero, lo que se articula a través de presunciones, como la muerte una vez transcurrido un plazo prolongado de tiempo o la del consentimiento inicial en relación al matrimonio. La jurisprudencia no considerará al cautivo como un esclavo sino como hombre libre cuyos derechos se han conservado. Técnicamente, la *fictio postliminii* de los compiladores permite afirmar la capacidad jurídica del prisionero y la retroactividad general de sus derechos¹⁷.

¹⁶ Sobre la condición de heredero o legatario del cautivo, MONTAÑANA, A., *La situación jurídica*, cit., p. 175, distingue entre el prisionero que había sido beneficiado estando en la ciudad o ya prisionero. El primero puede ser instituido o desheredado y heredaría por testamento si regresara en vida del testador, mientras que si falleciera en cautiverio se fingiría que había muerto al ser apresado cuando vivía el testador, y habría que abrir la sucesión intestada salvo que los hijos del prisionero, *sui heredes* preteridos por el testador se beneficiaran de la *lex Iunia Veleia*. Sin embargo, en relación al instituido cuando ya era cautivo la solución no está tan clara, pues caso de volver heredaría, pero si muriera en poder del enemigo podría perjudicar a sus hijos, los nietos del primer causante, salvo que su abuelo los hubiese instituido. La ley permitía al abuelo instituir a los nietos que serían *sui heredes* (si su padre salía de la patria potestad del primero), pero es dudoso que se pudieran aplicar por analogía a los hijos de cautivo para llegar a ser *sui heredes* del abuelo paterno. Si acaso, cuando el abuelo redactaba el testamento y los instituyera antes de que el padre fuera hecho prisionero. Sobre la preterición del cautivo, D. 28.2.31 y D. 28.2.29.10. Finalmente, las aspiraciones hereditarias *abintestato* del cautivo se mantienen en suspenso, bajo la incertidumbre de su regreso a Roma y la prohibición de la sucesión en la delación, un férreo principio dogmático de la herencia civil impide el llamamiento a otras personas. Igualmente, aun cuando los llamamientos pretorios podrían irse sucediendo cada cien días, se procedió a suspenderlos en consideración a la especial situación del cautivo de los enemigos, D.38.8.1.11. No obstante, se recoge una excepción en D.37.9.1.8: estando en prisión el hijo de familia cuya mujer estaba embarazada, ésta hereda los bienes de sus suegros, quizá para proteger los bienes del *nasciturus*. De esta forma, se conserva el derecho a heredar de la estirpe, aunque uno de sus miembros esté cautivo.

¹⁷ AMIRANTE, L., *Captivitas*, cit., pp. 42-55.



2. EL REGRESO DE LA CAUTIVA Y DE SUS HIJOS NACIDOS EN CAUTIVERIO

2.1. MATERNIDAD Y CIUDADANÍA ROMANA

El matrimonio de los padres era un requisito indispensable para que los hijos quedaran sometidos a la patria potestad, y, por tanto, fueran agnados de su familia paterna. Casados los padres casados en *iustae nuptiae*, una presunción estableció la filiación legítima del hijo nacido a partir de 182 días¹⁸ desde la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de la disolución¹⁹. Obviamente, la ausencia del marido o la enfermedad que le impidiera engendrar desmontarían esta presunción. Los hijos legítimos seguían la condición del padre, nacían libres y eran ciudadanos romanos, obteniendo el *nomen* familiar, participando en los *sacra familiaria*. Si bien quedaban sometidos al poder disciplinario del padre y no disponían de plena capacidad de obrar, eran considerados *sui heredes* en caso de que el padre muriera intestado. Y debían ser mencionados como instituidos o como desheredados en el testamento paterno. Todo ello aunque su madre fuera latina o extranjera con *ius conubium* (Gayo, *Instituciones*, I.56), pues el carácter de hijos matrimoniales era decisivo para conseguir el parentesco agnaticio²⁰. La *agnatio* podía perderse tras una emancipación o si el *paterfamilias* sufría la *capitis deminutio* de cualquier tipo.

Puede decirse que la especial consideración del derecho civil hacia los hijos legítimos retrotrajo al momento de su concepción esta cualidad, lo que tuvo importantes repercusiones en el ámbito sucesorio si se producía el nacimiento de hijos póstumos. Pero la concepción del hijo dentro del matrimonio resultó ser igualmente importante si alguno de los progenitores perdiera la ciudadanía o la libertad estando la mujer embarazada. Podemos enumerar diferentes situaciones en

¹⁸ D.1.5.12.

¹⁹ D.1.6.6. Los diez meses eran el período de *tempus lugendi* o duelo, en el que la viuda no podía contraer matrimonio, para poder determinar la filiación del hijo, Numa, *Vidas paralelas*, *Plutarco*, XII.2.; D. 3.2.1 pr.; C. 2.12 15; *Fragmenta vaticana*, 320.

²⁰ Asimismo, el parentesco derivado de la filiación legítima podía adquirirse a consecuencia de la adopción por un *paterfamilias*, pues la agnación no tenía origen exclusivamente en el hecho biológico del nacimiento



este sentido: el cautiverio, la condena a muerte, el destierro, el *interdictum aquae et igni* o la enfermedad mental sobrevenida del padre (Gayo, *Instituciones*, I.89-90 y I.35; Ulpiano, 5.10). En todos estos supuestos, la persona concebida era considerada dependiente de la patria potestad del *paterfamilias* y conservaba el parentesco de agnación.

Las personas nacidas de uniones extramatrimoniales, entre las que se incluye el concubinato, eran llamados *spurii ovulgo concepti*. Pese a nacer como personas *sui iuris* y obtener la ciudadanía romana si la madre era ciudadana, no estaban sometidas a patria potestad alguna y su situación distaba de ser ventajosa. Como es bien sabido, el *status* de los hijos extramatrimoniales era inferior al de los legítimos, algo muy marcado en las etapas arcaica y clásica, pues soportaban el reproche social a la conducta de sus progenitores. En materia hereditaria resultaban especialmente discriminados, pues la Ley de las XII Tablas no los reconocía entre los llamados a suceder en ausencia de testamento y la regulación pretoria de la *bonorum possessio* los postergaba tras los agnados. Por eso, sólo cabía que el padre natural (o la madre) los reconocieran en su testamento. Aunque se adoptaron diferentes medidas para favorecer la legitimación de los hijos, por ejemplo, si sus padres acababan contrayendo matrimonio, el Derecho romano siempre mantuvo la desigualdad en el trato de una u otra forma²¹

Entre los hijos extramatrimoniales se identificaron diferentes situaciones (D.1.5.23; Gayo, *Instituciones*, I.64), como las personas nacidas de relaciones consideradas indignas y desprovistas de efectos jurídicos (incesto) o quienes desconocían la identidad de su padre (D.2.4.5). También había personas nacidas de una pareja que, pese a tener entre sí el *ius conubium* no contraía matrimonio o de una pareja que carecía de *ius conubium* por estar afectados por prohibiciones de orden

²¹ POLO ARÉVALO, E. M., «Influencia del matrimonio y condición ciudadana de los padres en el status civitatis y familiae de los hijos», en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, ed. LÓPEZ-ROSA, R., DEL PINO, F., Huelva 2004, pp. 585-604.



social, religioso o político. La *lex Iulia de maritandis ordinibus* del año 18 a. C. enunciaba, por ejemplo, diferentes prohibiciones dirigidas a las personas de clase senatorial, como contraer matrimonio con libertos o libertas, con personas dedicadas a las artes escénicas o con hijos e hijas de actores. Por otro lado, la misma ley augustea prohibía a todos los ingenuos el matrimonio con prostitutas. Muchas de estas parejas optaron por el concubinato y sus descendientes se equipararon a los llamados *vulgo concepti* al no quedar sometidos a patria potestad.

Regresando a la cuestión de la ciudadanía, las personas nacidas de la unión matrimonial de una ciudadana romana con un latino o con un extranjero con *ius conubium*, eran considerados hijos legítimos pero el padre no ostentaba sobre él la patria potestad, una institución exclusiva del varón romano (Gayo, *Instituciones*, I.77). No obstante, para los hijos de una ciudadana romana y un latino el Derecho buscó soluciones, y la *lex Aelia Sentia*²² estableció que si el latino adquiría la ciudadanía su hijo pasaba a estar *in potestate* (Gayo, *Instituciones*, I.66). También es cierto que hubo normas muy restrictivas para evitar la unión de mujeres romanas con extranjeros: según la *lex Minicia*²³ el hijo de una ciudadana y un extranjero no alcanzaría la ciudadanía salvo que la unión estuviera fundada en el error sobre la ciudadanía por una de las dos partes de la relación (Gayo, *Instituciones*, I.78)²⁴, o si el peregrino obtuviera la ciudadanía romana antes del nacimiento (Gayo, *Instituciones*, I.92). En definitiva, la norma trata de fomentar y favorecer las uniones, sobre todo el matrimonio, entre romanos, o, al menos, entre personas romanas y latinas. También es cierto que hubo normas más beneficiosas, como el senadoconsulto del emperador Adriano que instaba a que el hijo de mujer romana y varón latino fuera considerado ciudadano, siguiendo, por tanto, la condición materna (Gayo, *Instituciones*, I.80). A partir de la *constitutio Antoniana*, año 212 d.C. pierde sentido la alusión al *status*

²² ROTONDI, G., *Leges publicae*, cit., p. 455.

²³ ROTONDI, G., *Leges publicae*, cit., p. 338.

²⁴ En el caso de los hijos de extranjeras fuera del matrimonio el nacido lo sería igualmente.



civitatis pero persisten las diferencias de tratamiento entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales. La condición de ciudadano libre se aplicaba, si la madre no estaba casada, al momento del nacimiento, siendo irrelevante la concepción. Lo anterior perjudicaba a los hijos cuya madre cambiaba de *status* durante el embarazo por haber perdido la libertad o la ciudadanía en los meses de gestación. La condena penal, el destierro, la relación con un esclavo ajeno hacían incurrir a la mujer en causa de esclavitud entre otros supuestos, Gayo, *Instituciones*, I.84. Pero, por encima de ellos, destaca el cautiverio.

En las páginas siguientes procederemos a analizar un caso especialmente complicado, por las dudas que surgieron en los juristas y en el poder político acerca del *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae* de las personas concebidas y alumbradas en cautiverio.

La premisa es el regreso a la ciudad de una mujer y sus hijos o de éstos últimos en solitario, un supuesto difícil de resolver dogmáticamente. En primer lugar, debe darse respuesta a la cuestión de si, en caso de regreso o de rescate se les aplica el posliminio. En segundo lugar, trataremos de resolver la cuestión de si existe parentesco de cognación entre madre e hijo, absolutamente decisivo en materia de sucesión *mortis causa*, por las expectativas sucesorias recíprocas de una eventual aplicación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Porque, hasta el año 530 d. C., en el que el emperador Justiniano, ordenó atender al momento de la concepción o del parto si fuera más favorable al hijo (CI.5.27.11.4), los hijos nacidos de madre cautiva no fueron considerados legalmente como ingenuos.

2.2. LA CAUTIVA Y SUS HIJOS: EL POSLIMINIO

El siguiente pasaje hace referencia expresa a la aplicación del posliminio a aquellas personas que fueron apresados sin ser militares.

D. 49.15.12pr.: “*In bello postliminium est, in pace autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum. quod ideo placuisse serviusscribit, quia spemrevertendicivibus in virtutebellica*



magis quam in pace Romani esse voluerunt. verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos iam hostes suo facto deprehenduntur. quibus ius postliminii est tam in bello quam in pace, nisi foedere cautum fuerat, ne esset his ius postliminii”.

Pese a su relación con el derecho de la guerra, la recuperación de derechos civiles se aplicaba sin distinción a mujeres y a hombres que regresaban a Roma²⁵:

D.49.15.19.10: *“Postliminium hominibus est, cuiuscumque sexus condicionis ve sint: nec interest, liberi an servi sint. nec enim soli postliminio recipiuntur, qui pugnare possunt, sed omnes homines, quia eius naturae sunt, ut usui esse vel consilio vel aliis modis possint”.*

Pero, ¿qué condición tenían los hijos de la cautiva que habían nacido en manos de los enemigos? La mujer cautiva había perdido la libertad y, consiguientemente, la ciudadanía, y la norma general establecía los hijos de las esclavas nacían esclavos. Además, se declaraba expresamente que los hijos de los enemigos cautivos nacían esclavos.

No obstante, el *ius civile* fue dibujando excepciones a una regla tan rigurosa, por ejemplo, si una antigua esclava daba a luz como libre, o si una mujer concebía como libre pero daba a luz siendo esclava. En los dos casos, la persona nacida era libre.

D.1.5.5 pr.1-3: *“Et servorum quidem una est condicio: liberorum autem hominum quidam ingenui sunt, quidam libertini. 1. Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est. Iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur. 2. Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt: sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci. (Nec interest iustis nuptiis concepit an volgo), quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est. 3. Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate pepererit,*

²⁵ MONTAÑANA, A., *La situación jurídica*, cit., pp. 57-59. Sobre la oportunidad o no de llamar a este tipo de recuperación de derechos *postliminium in pace*.



liberum an servumpariat. Et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse”.

La amplitud de situaciones y la complejidad de soluciones a aplicar aconsejan una sistematización de diferentes supuestos relacionados con la maternidad en cautiverio. Como denominador común, el alumbramiento en poder de los enemigos:

1^a. Una ciudadana romana casada legítimamente y encinta de un hijo legítimo es apresada con su marido o en solitario.

2^a. Una ciudadana romana soltera, viuda o divorciada es apresada encinta.

3^a. Una ciudadana romana casada legítimamente es apresada con su marido y concibe en prisión un hijo de éste.

4^a. Una ciudadana romana casada legítimamente es apresada y concibe en prisión de alguien que no es su marido legítimo²⁶.

5^a. Una ciudadana romana, soltera, viuda o divorciada concibe en prisión.

Los dos primeros supuestos, según el siguiente texto de Juliano, quedan resueltos al declararse que la persona que ha sido concebida en la ciudad sigue la condición de la madre en ese momento, por lo que esas personas (madre e hijos nacidos en cautiverio) serán libres y ciudadanas en cuanto regresen a Roma.

D.1.5.26: “*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonaefidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent”.*

Sin embargo, las situaciones 3^a, 4^o y 5^a hacen dudar del presupuesto básico para aplicar el *status libertatis* y el *status civitatis* a las personas nacidas en manos de los enemigos: la existencia de parentesco de cognación entre madre e hijo. Los juristas clásicos debieron pronunciarse sobre este asunto al tratar del destino de las

²⁶ D.48.5.14.7 contempla el escandaloso supuesto de la mujer que, habiendo regresado del cautiverio, es acusada por su marido de haber cometido adulterio.



herencias recíprocas de madres e hijos, sobre todo, tras la promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Y las cuestiones a resolver son tres: ¿Tuvieron parentesco de cognación la cautiva y sus hijos desde su nacimiento? ¿Obtienen ese parentesco de forma automática tras el regreso, a consecuencia del posliminio? ¿Se debía otorgar la *condicio matris* por el Estado? A continuación, trataremos de ofrecer respuestas a estas difíciles cuestiones.

2.3. EL PARENTESCO COGNATICIO ENTRE MADRES E HIJOS

Realmente, el Derecho romano clásico no prestaba demasiada atención al parentesco cognaticio, si lo comparamos con la fuerza absoluta de la *agnatio*²⁷.

Podemos enumerar entre los principales efectos de la cognación los siguientes:

1. Repercusiones en el derecho de familia. La obligación de guardar luto por los cognados durante un tiempo establecido legalmente; los impedimentos de parentesco de sangre para contraer matrimonio hasta cierto grado y la obligación recíproca de prestación de alimentos.
2. Repercusiones procesales y en materia criminal. La exención para prestar testimonio o para formar parte de un jurado en un proceso criminal contra un pariente de sangre (salvo que el pretor lo autorizase). Asimismo, la consideración por el derecho penal para definir el delito de parricidio.
3. Repercusiones en la sucesión *mortis causa*. En cuanto a la sucesión intestada, destacamos el reconocimiento de la cognación por el edicto del pretor en el tercer orden de llamamientos, la clase *unde cognati*, así como la promulgación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano para que madres e hijos pudieran sucederse recíprocamente. Por lo que se refiere al testamento, la consideración de los cognados

²⁷IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, 15ª edición, Barcelona °2007, p. 560; PEROZZI, S., «Circa il limite della cognazione in Roma», en *Studi in onore di B. Brugi*, Palermo 1910, pp. 267-298; RIBAS ALBA, J.M., SERRANO VICENTE, M., *Derecho romano*, Madrid 2015, p. 272.



en la *lex Furia* sobre los legados y, sobre todo, su legitimación para presentar la *querella inofficiosi testamenti*.

4. Las menciones en la *lex Iulia repetundarum*

5. Las menciones en la *lex Cincia* sobre las donaciones.

Modestino diferenciaba entre la cognación natural y la cognación civil, siendo esta última la que unía a las personas agnadas que habían alcanzado este parentesco por la adopción con los integrantes de su nueva familia. De nuevo, principalmente, para evitar uniones incestuosas y el resto de efectos que acabamos de exponer.

D.38.10(11).4.2: “*Cognitionis substantia bifariam apud romanos intellegitur: nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali conectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quae per feminas descendit, quae vulgo liberos peperit. civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine iure naturali cognatio consistit per adoptionem. utroque iure consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit*”.

Si bien los esclavos y esclavas no podían contraer matrimonio ni constituir una familia, las incapacidades inspiradas en el parentesco de sangre se extendieron al *contubernium* bajo el término *cognatio servilis*²⁸. Así, se prohibían las uniones incestuosas de los esclavos, aunque, evidentemente, este tipo de *cognatio* no revestía efectos jurídicos civiles, lo que se desprende de los siguientes pasajes:

D.38.8.1.2: “*Pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio*”.

D.38.10.10: “*Non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis: itaque parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus: sed ad leges serviles cognationes non pertinent*”.

²⁸ GALATI, V., «Effetti della servilis cognatio», en *Index* (1996), pp. 321-331; KASER, M., *Das römische privatrecht I, Zweite Auflage*, München 1971, pp.; MELLUSO, G., *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris 2000, p. 25.



Gayo nos refiere supuestos de personas que solicitaban el *status* de ciudadano romano, para sí o para sus hijos, una vez conseguida la ciudadanía, puesto que alcanzarla no traía como consecuencia automática el establecimiento de la *patria potestas*. A veces, los esclavos eran liberados, pero el emperador debía conceder la *patria potestas* sobre sus hijos, lo que se trataba en pieza separada, debiendo razonarse si existía parentesco agnaticio o cognaticio con los hijos.

Sin embargo, no faltan las opiniones de otros juristas, como Juliano y Modestino, más favorables a una recuperación automática de la cognación o mejor, a la conservación de ésta pese a las diferentes vicisitudes que afectan al estado de las personas. Si acaso, se admitía que una *capitis deminutio* extinguiera la cognación que nace de la adopción, la llamada cognación civil:

D.38.8.3: “*Capitis deminutione peremuntur cognationes, quae per adoptionem acquisitae sunt (...)*”.

Aunque el mismo Modestino parece contradecirse al negar la cognación y la afinidad a quien sufre la pena *aqua et ignis*:

D.38.10.4.11: “*Is cui aqua et igni interdictum est aut aliquo modo capite deminutus est ita, ut libertatem, et civitatem amitteret, et cognationes et adfinitates omnes, quas ante habuit, amittit*”.

La existencia de parentesco de cognación preocupó también al jurista severiano Ulpiano, quien dedicaría diversos razonamientos a casos muy diferentes. Procederemos a exponerlos como precedentes al objeto de este estudio, es decir, el nacimiento de personas en cautiverio y la relación de parentesco con su madre, pues los criterios que se fueron aplicando en los supuestos dudosos de cognación acabaron siendo válidos para los hijos de la cautiva.

Ulpiano analizó el nacimiento del hijo *exsectus*, extraído mediante una intervención quirúrgica de su madre ya fallecida (*cesárea post mortem*) pues no veía con claridad que existiera parentesco entre madre e hijo que no habían coexistido.



D.6.2.11.5: “*Idem est et si ex partu partus est et si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est*”²⁹.

Las personas que pasaron por esta circunstancia se calificaron como no nacidas, con la consiguiente dificultad dogmática de definir a quien vive, pero jurídicamente no ha nacido, y de definir sus expectativas hereditarias, ya en la herencia paterna, ya en la materna. Tanto para la herencia civil como para la posesión pretoria a la muerte del causante el heredero debía estar vivo. Recordemos que los hijos póstumos fueron tenidos en consideración por estar *presentes* desde la concepción, soslayando el obstáculo de la no convivencia con el causante³⁰. La mentalidad romana reconocía al póstumo los lazos agnaticios con la familia y era merecedor de la cualificación de *suus*, como expone el mismo Ulpiano en D.28.2.12pr. o D.38.16.7. Pero siempre que hubieran nacido.

D.38.16.8: “*Item praetor edictosuoproximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. nam quod in consuetudinenepotis cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius anaphorikos accidit*”³¹.

El caso del hijo *exsectus* no tenía fácil solución por el rigor conceptual clásico y, pese a las dramáticas circunstancias que rodearon su llegada al mundo, no era reconocido por la vía de los *postumi*, ni por el pretor, ni por el legislador, ni por los juristas. Así que estas personas carecían de parentesco agnaticio con el padre y no se podría declarar el testamento paterno *ruptum* por no haberlo instituido o desheredado.

²⁹D.50.16.132 pr.-1: “*Annulus*” *amittitur, qui extremo anni die moritur. et consuetudo loquendi id ita esse declarat: “ante diem decimum kalendarum, “post diem decimum kalendarum”: neutro enim, sermone undecim dies significantur. falsum est eam peperisse, cui mortuae filius exsectus est.*

³⁰En D.38.16.6 Juliano impone que los nietos nacidos tras la muerte del testador no podían ser admitidos, pues, para ser designados como *heredes legitimi*, les faltaba la calificación como *sui*, dado que no habían convivido con el causante. Incluso para la *bonorum possessio unde cognati* faltaría el parentesco cognaticio pues al momento de la muerte del causante no estaba *in rerum natura*.

³¹*Filiuses* un vocablo que se utiliza para la persona nacida, D.28.2.13 pr.



La solución llegaría a través de la ficción de que la operación *exsecare ventre* era equiparable al parto natural, y se salvaba el obstáculo dogmático al considerar que el hijo había sido alumbrado por la madre. En el siglo II d. C. *post senatus consultum Orphitianum*, gracias al trabajo de los juristas, el edicto pretorio acabó por admitir a esos hijos en la *clase unde legitimi*³² lo que conocemos por el siguiente pasaje:

D.38.8.1.9: “*Si qua praegnas decesserit et utero exsecto partus sit editus, in ea condicione est partus iste, ut matris suae accipere bonorum possessionem possit «unde proximi cognati». sed post senatusconsultum Orphitianum et «unde legitimi» petere poterit, quia mortis tempore in utero fuit*”.

Igualmente, en D.38.17.1.5, Ulpiano solventa esta cuestión otorgando a un problema relativo al *ius civile* una solución de derecho pretorio.

D.38.17.1.5: “*Sed si matris exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est hunc quoque ad legitimam hereditatem admitt: nam et institutus secundum tabulas, et ab intestato unde cognati et multo magis unde legitimi bonorum possessionem petere potuit; argumento est, quod venter in possessionem ex omni parte edicti mittitur*”.

Se trata de un criterio inspirado en la *humanitas*, un remedio acorde con el espíritu del senadoconsulto Orficiano para que el hijo traído al mundo en tan extraordinarias circunstancias mantuviera con su madre una relación de parentesco cognaticio que le permitiera heredarla como si ya hubiera nacido antes de morir aquélla. No puede negarse que otorgar en un caso así la preferencia sucesoria a los agnados de la fallecida colisionaría frontalmente con la filosofía inspiradora de la norma.

Otro momento en el que Ulpiano cuestionaría la existencia de parentesco de cognación entre madre e hijo se refiere al fallecimiento de un hombre *libertinuseffectus*, es decir, que no había sido *ingenus* durante toda su vida. Ulpiano

³²MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Grätz-Wien-Köln 1967, p. 15.



manifiesta que la cognación se ha interrumpido y la madre no puede heredarle en base al senadoconsulto Tertuliano:

D.38.17.2.2: “*Sed si filius vel filia libertini sint effecti, mater legitimam hereditatem vindicare non poterit, quoniam mater esse huiusmodi filiorum desiit: idque et Iulianus scripsit et constitutum est ab imperator nostro*”.

Por otro lado, nos encontramos un pasaje simétrico a D.38.17.2.2.

D.38.17.1.4: “*Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio principis sit restitutus*”.

En esta ocasión, no se favorece al hijo para heredar a la madre por el senadoconsulto Orficiano si antes de adir la herencia cae en esclavitud, aunque fuera libre al morir la madre. Incluso si fuera restituido. Sin duda, una solución extremadamente rigurosa.

De nuevo se menciona la pérdida por un ciudadano romano de la libertad (y, en consecuencia, de la ciudadanía) en D.38.8.7.

Como puede apreciarse, Ulpiano se preocupa en reiteradas ocasiones de la relación de cognación y de su posible inexistencia o destrucción. Como la solución de negar el parentesco entre madre e hijos se antojaba injusta, dado que respondía a normas de derecho natural, se debió buscar un mecanismo para que los declarados esclavos por causa de condena penal, una vez obtenida la *restitutio principis*, pudieran suceder a sus madres.

En otro contexto, que nos va acercando al caso de la cautiva y sus hijos, Ulpiano parece inspirarse en dos constituciones, una de Marco Aurelio y Lucio Vero y otra de Antonino Pío, ambas posiblemente perdidas³³ para favorecer a los hijos nacidos de una mujer esclava a la que había perjudicado un retraso en el cumplimiento del fideicomiso que le otorgaba la libertad.

D.38.16.1.1: “*Quaeri poterit, si ex ea, quae in fideicommissio libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an suus patri existat. et cum placeat, eum*”

³³MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum*, cit., pp.



ingenuum nasci, ut est a Divis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa haec habeatur, ut uxor ducta suum pariat? nec minus sit, ex serva ingenuum nasci, cum ex captiva rescriptum sit, ingenuum nasci. Quare aus imdicere, etsi pater huius pueri eiusdem sortis fuerit, cuius mater moram passa in libertate fideicommissa, ipse que moram passus est, suum eum patri nasci exemplo captivorum parentium, cum quibus rediit. ergo sive postea pater eius post moram manumittatur, recipiet eum in potestate, sive ante decesserit, definiendum erit suum existere”.

Desafortunadamente, puesto que nos hallamos ante situaciones jurídicamente muy controvertidas, los compiladores eliminaron todo rastro de la inspiración de Ulpiano para llegar a esa solución. Pese a sus dudas, el jurista parece ir apartándose de los principios tradicionales, motivo por el que se habría visto impelido a dar una justificación más detallada, en el siguiente texto. La mención a la intervención del príncipe salvaría el problema:

D.1.7.46: “*In servitute mea quaesitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio principis potest: libertinum tamen eum manere non dubitatur*”.

Otro jurista severiano, Paulo, nos transmite que, en la etapa clásica, la *restitutio principis* no traía implícita la recuperación del *ius cognationis*.

D.48.23.4: “*In metallum damnata mulier eum quem prius conceperat dedit, deinde a príncipe restituta est. humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta videri*”.

El pasaje indica que *restitutio* y *cognatio* eran instituciones independientes, no necesariamente simultáneas, y de nuevo surgen dudas sobre la inmutabilidad de la *cognatio*. Atendiendo a circunstancias muy concretas, el príncipe podía decidir inspirado en la *humanitas*³⁴ que se restableciera la cognación³⁵.

³⁴ GAROFALO, L., «La macchina della teologia politica e il posto del pensiero», en *SDHI* 81 (2015), pp. 445 ss.; HONORÉ, T. *Ulpian: Pionner of Human Rights, 2ª edition*, Oxford 2002, p. 10; LABRUNA, L., «Principi giuridici, tradizione romanistica e *humanitas* del diritto tra Europa e America Latina», en *Labeo* 50 (2004), pp. 26-50; MENTXAKA, R., «Sobre prostituere y prostibula en De Spectaculis de Tertulliano», en *El Cisne III. La prostitución femenina en la experiencia histórico-jurídica. Cuarto simposium LEDA*, Lecce 2017, pp.73-111; PALMA, A., *Humanior interpretatio. Humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, p. 30-50; PURPURA, G., «Brevi riflessioni sull'*humanitas*», en *AUPA* 53 (2009), pp. 287-290.

³⁵Rampazzo la define como “*un criterio interpretativo extendido entre los juristas clásicos en el ámbito de las relaciones familiares, en el derecho penal o en relación a peregrini o servi*”.



El recurso a la *humanitas* justificaría la recuperación de la *cognatio* en el supuesto de que hubiera *restitutio*³⁶ Y no debemos caer en la simplificación de etiquetar la referencia a la *humanitas* como un argumento de reminiscencias justinianas. Al contrario, autores como Palmala consideran una brillante aportación de la jurisprudencia clásica, lo que hace dudar de si al tiempo de la redacción por Ulpiano de su comentario *ad Sabinum* la reposición de la cognación ya se consideraba como uno de los beneficios automáticos derivados de la *restitutio*, o si una solución de este calibre se manifestaba en respuestas particulares mediante rescripto imperial para que la relación cognaticia se restableciera en ciertos casos de *restitutio*.

En definitiva, parece que en la etapa clásica la *restitutio principis* no suponía la recuperación del *iura cognationis*. Se conoce que, en casos muy excepcionales, se recomponía el parentesco agnaticio entre padre e hijo y la consiguiente patria potestad. En este sentido, la siguiente constitución imperial aborda el destino de la *patria potestas* en un caso de condena penal, si bien la agnación se recupera por la *restitutio principis*: CI.9.51.6. “*In insulam filio deportato hacque ratione vinculo paternae potestatis exempto, si postea ex indulgentia divi Alexandri, ut proponis, reditus in patrium solum praecedensque dignitas restituta sit, potestas tamen patria repetita non videtur*”.

Diocleciano, en los casos de condena penal que había sido luego objeto de la *restitutio principis*, se muestra favorable a la reanudación de la relación jurídica familiar. En la siguiente disposición imperial, los hijos cuyo padre era condenado en

MENTXAKA, R., «Sobre prostituere», cit., pp. 73-111, se refiere a la *humanitas* en Séneca, Marco Aurelio o Juvenal (filósofos estoicos) para criticar los *ludi* circenses y los espectáculos, y la infamia de las mujeres que practicaban algunas profesiones.

³⁶ CASAVOLA, F., *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d. C: il senso del Passato. Giuristi adrianei*, Napoli 1980, pp. 132-175; COLI, U., *Saggi critici sulle fonti del diritto romano I. Capitis deminutio*, Firenze 1922, p. 100; DESSERTAUX, F., *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, I, Paris 1909, p. 82 y 137; MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum* cit. pp.



juicio salían de su *potestas*, y ésta no era restaurada. Para lograrlo, se habría requerido una solicitud especial.

CI.9.51.9. “*Si pater vester in insulam deportatus generali indulgentia restitutus est nec, ut liberos in potestatem reciperet, specialiter impetravit, in dubium non vela hereditatis commodum per vos ei adquiri, quos sententia contra eum prolata patres familias effecit, nequaquam potuisse*”.

La importancia de esta cuestión y las divergencias abiertas llevaría en el año 321 d. C al emperador Constantino, CI.9.51.13 a declarar su opinión. El hijo de un deportado regresaba a casa por la *restitutio* concedida y se pregunta al emperador por la validez de su testamento, determinando que el hijo estaba de nuevo *in potestate*, para lo que cita un párrafo de Papiniano. Asimismo, en aplicación de C.Th. 1.4.1[a. 321] conecta su decisión con la derogación expresa de las declaraciones contradictorias de Ulpiano y Paulo.

Por todo lo anterior, entendemos que pudo extenderse por analogía esta solución a la cognación, con ciertas precauciones. Los compiladores pudieron tomar como regla lo que no era sino excepción y puesto que la *pietas* había inspirado los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, se habrían atrevido a adjudicarles esa restauración del parentesco con la vista puesta en el favorecimiento a los hijos. Dos textos, D.38.17.1.3 y D.38.17.1.4, de los que hablaremos en el próximo apartado, y que plantean serias dudas acerca de su clasicismo, responden taxativamente a favor de la existencia de parentesco cognaticio entre la cautiva y sus hijos. Además, se habría recuperado la cognación en los casos de personas que habían obtenido la *restitutio principis*, como acabamos de ver en todos los textos anteriores.

Es el momento de regresar al objeto de nuestro estudio, el supuesto más estudiado y controvertido y, seguramente, el más habitual: la existencia de parentesco entre la cautiva que daba a luz en manos de los enemigos y que despertaría a partes iguales en los juristas importantes dudas dogmáticas y la necesidad de ofrecer una solución justa.



¿Realmente se admitiría con rotundidad y con carácter general que existía parentesco de cognación entre el hijo y la madre por el posliminio? Pensemos que en este supuesto, a diferencia de las personas restituidas tras haber sido *servi poenis*, la cognación no había llegado a existir (si acaso, la *cognatio servilis*), pues la persona nacida en cautiverio nunca había sido libre ni ciudadana romana.

Es bien sabido que los emperadores otorgaban el posliminio a quienes regresaban del cautiverio con sus padres, aunque, técnicamente, no habían sido apresados por los enemigos. En realidad, se le igualaba a las personas que habían sido concebidas en matrimonio legítimo en la ciudad, pese a que el matrimonio de sus padres, prisioneros ambos, se había extinguido. El regreso de una familia romana con el *paterfamilias* al frente era el supuesto que menos dudas planteaba. Pero a veces regresaban los hijos del cautivo en solitario o con su madre, habiendo muerto el *paterfamilias* en manos de los enemigos.

La cuestión crítica y más difícil de asimilar era la consideración de los nacidos en cautiverio como personas libres, pues, a diferencia de la madre, el hijo siempre había vivido en prisión³⁷. Además, el hijo que volviera sólo o con su madre tenía la condición de *spurius*, igualado a los *vulgo concepti* en la ciudad, y, por tanto, perdiendo posibilidades en la herencia de su padre. Si la agnación no se establecía a consecuencia del regreso, tampoco cabía una instauración o restauración de la relación cognaticia. En el caso de que la madre muriera, ya en cautiverio ya en la ciudad, la ausencia de este parentesco plantearía el problema ante una reclamación en la herencia materna en base al senadoconsulto Orficiano. Paralelamente, si hubieran regresado madre e hijo el fallecimiento de éste dificultaría la reclamación por su madre de la herencia *ex Tertulliano* si no se les reconocía como cognados.

³⁷KRÜGER, H., «Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes», en *ZSS* 19 (1898), pp. 6-57; MEINHART, M., «D. 38, 17, 1, 6, ein Zeugnis für humana interpretatio», en *TR*. 33 (1965), pp. 230-250.



Como hemos demostrado, Ulpiano venía mostrando serias objeciones en diversos casos análogos, siempre en la búsqueda de una solución equitativa que salvara los escollos dogmáticos. No se le puede adjudicar una postura demasiado avanzada para su tiempo como la que supone el resurgimiento de pleno derecho de la patria potestad o del parentesco. Tampoco así pensaba Modestino. Pero parece excesivo que la solución favorable debiera esperar a la intervención del emperador Justiniano.

La petición y concesión imperial del parentesco cognaticio debió ser la vía para admitir la relación entre la cautiva y sus hijos, como se desprende del caso de Sarmatia. Un rescripto de Septimio Severo y Caracalla reconoce a Sarmatia, que regresa del cautiverio con su madre, el *ius postliminii* y la *condicio matris*.

CI.8.50.1³⁸: “*Imperatores Severus, Antoninus. Ex duobus captivis sarmatia nata patris originem ita secuta videtur, si ambo parentes in civitatem nostram redissent. Quamquam enim iure proprio postliminium habere non possit quae capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam. 1. Qui cum ab hostibus interemptus sit, matris dumtaxat condicionem, quae secum filiam duxit, videtur necessario secuta. Nam fictio legis Corneliae, quae legitimos apud hostes defuncto constituit heredes, ad eam quae illic suscepta est non pertinet, cum eo tempore quo captus est diem suum pater obisse existimetur*”.

La doctrina ha juzgado de forma muy diferente esta constitución. Para algunos autores el texto tiene un origen clásico pero fue objeto de retoques para adecuarlos a la época de la compilación. Para otros, es obra de la *interpretatio* que se hiciera en el Código Gregoriano de un rescripto de Septimio y Caracalla (Gayo, *Instituciones*, I.93) que hemos conocido en dos textos, D.49.15.9 y D. 49.15. 25. Desde luego, es evidente que los emperadores conceden una aplicación excepcional y *ad hoc* del posliminio, por razones de *humanitas*. Y esta decisión tendría importantes consecuencias en el ámbito sucesorio.

³⁸*Basilicae* 34.1.9.25. *Novela de Justiniano*, 36 otorga la condición de hijo legítimo al niño aunque regresara sin su padre, muerto en prisión.



2.4. LAS ASPIRACIONES DE LOS HIJOS NACIDOS EN CAUTIVERIO A LA SUCESIÓN EN LOS *BONA MATERNA*

Hasta la promulgación del senadoconsulto Orficiano (gobierno de Marco Aurelio), en ausencia de testamento los hijos sucedían a la madre por la tercera clase de llamamientos pretorios, *unde cognati*, pues la herencia civil no reconocía el parentesco de cognación:

D.38.8.1: “*Haec bonorum possessio nudam habet praetoris indulgentiam neque ex iure civili originem habet: nam eos invitatur ad bonorum possessionem, qui iure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos. 1. Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint. 2. Pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio*”.

El senadoconsulto Orficiano procede de una *oratio* de Marco Aurelio y Cómodo, del año 178 d. C. y toma su nombre de uno de los dos cónsules del año, *Ser. Scipio Orfitus*, tal y como se desprende de D.38.17.9y de Ulpiano, 26.7 texto éste último que menciona expresamente la *oratio imperatorum Antonini et Commodi in senatu recitata*³⁹. El senadoconsulto Orficianodebió dirigirse principalmente a la sucesión intestada de la ciudadana romana ingenua y casada en justas nupcias, extremos todos ellos que concitarían un amplio consenso social hacia la norma. En los años posteriores, y pese a que el senadoconsulto no había hecho mención expresa

³⁹ VOLTERRA, E., «Il senatoconsulto Orfiziano e la sue applicazione in documenti egiziani del II secolo d.C.», en *Atti dell'XI Congresso Internazionale di Papirologia*, Milano 1966, pp. 553-560. El tratado de Ranchinus fue reproducido bajo el nombre falso de Jo. Weineus en el año 1603 y re-editado a mediados del siglo XVIII por MEERMAN, autor del *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*. Precisamente del prefacio al volumen III, p. II resulta que nadie antes había impreso este texto. Este pudo ser el contenido el senadoconsulto Orficiano, según la reconstrucción de Gulilmus Ranchinus en *Tractatus de successione ab intestato* (Lugduni, 1594) “*Quod Scipio Orfitus, et Vetius Rufus consules verba fecerunt de filiorum successionibus in maternis bonis, aliisque rebus quae imperator Caesar divi Antonius filius Marcus Aurelius Antoninus, et Lucius Aurelius Commodus illius filius Augusti Maximique principes oratione sua complexi sunt. De ea re quid fieri placeat, de ea re ita censuerunt. Id sine in manum conventionem matris intestatae hereditas ad liberos pertineat, tametsi in aliena potestate sint. Ut filiae simul cum filiis succedant matri, et liberi vulgo quasiti cum legitimis. Utque ii omnes omnibus consanguineis et agnatis ipsius matris praeferantur. Si nemo filiorum eorumve quibus simul legitima hereditas defertur volet ad se eam hereditatem pertinere ius antiquum erit. Quae iudicata, transacta, finitave sunt rata maneani*”.



de la herencia de las libertas, de las mujeres fallecidas con hijos ilegítimos ni de las cautivas cuya relación de consanguinidad con los hijos era objeto de duda, la jurisprudencia concluiría a favor de la aplicación en esos casos de sus disposiciones⁴⁰.

Al igual que ocurriera con el senadoconsulto Tertuliano, para aplicar las reglas del senadoconsulto Orficiano se marcaban unos requisitos a los hijos como aspirantes a la herencia materna. No existe constancia de una discriminación en el texto del senadoconsulto Orficiano entre *filius* y *filia* y es muy probable que Marco Aurelio favoreciera tan sólo la sucesión en los *bona materna* de los hijos legítimos. Puede considerarse una de las más valiosas aportaciones de la norma la no discriminación en el acceso a la herencia materna de los hijos que continuaban *in potestate*.

Por otra parte, y a diferencia de lo ocurrido en la regulación de esta misma cuestión por el senadoconsulto Tertuliano, el sistema de concurrencias entre parientes que aspiraban a la herencia de la mujer fallecida según las disposiciones del senadoconsulto Orficiano aparece escasamente tratado en las fuentes de las que disponemos. Curiosamente, en esta ocasión no puede culparse de la ausencia de información a la pérdida de los textos, sino a que el propio senadoconsulto Orficiano se habría preocupado de colmar posibles lagunas de forma tal que apenas quedaría espacio para la duda en cuanto a la prelación en los llamamientos, anteponiendo a los hijos de la fallecida a los agnados, pero salvando un posible retorno al *ius antiquum* si ninguno de los hijos finalmente aceptara la herencia.

En todo caso, si existe una cuestión problemática, sobre todo en lo que se refiere a la herencia *ex Orphiano* no es otra que la posible sucesión en la delación, pues D.38. 17.1.9ha sido analizado en profundidad por la doctrina en coordinación con D.38.17.6.1. A la vez que se establece en ellos una serie de reglas para los casos

⁴⁰ LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones*, Madrid 2017.



de renuncia de los hijos a suceder en los *bona materna*, se alude a la posible aplicación del derecho de acrecimiento, aunque, sin duda, lo verdaderamente relevante es el eventual retorno al *ius antiquum* en el supuesto de la falta total de adquisición por los hijos de la mujer fallecida.

Como vimos en el apartado anterior, la promulgación del senadoconsulto Orficiano supuso el reconocimiento en el edicto de los derechos hereditarios del hijo *exsectus*:

D.38.8.1: “*Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea condicione est, ut dici debeat obstare eum sequentibus: sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur. Sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic qui in utero esse dicitur vivo eo de cuius bonorum possessione agitur fuit conceptus, nam si post mortem, neque obstabit alii neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit. Si qua praegnans decesserit et utero exsecto partus sit editus, in ea condicione est partus iste, ut matris suae accipere bonorum possessionem possit "unde proximi cognati". Sed post senatus consultum orphitianum et "unde legitimi" petere poterit, quia mortis tempore in utero fuit”.*

Asimismo, fue definitivo para ofrecer una solución a otros casos de dudas acerca de la existencia de la cognación, como en el supuesto de la persona nacida de madre esclava no manumitida por retraso en el cumplimiento del fideicomiso. Recordemos la respuesta favorable de Ulpiano a la consideración del hijo como heredero legítimo, que puede heredar a la madre *ex Orphitano*, en D.38.8.16.1.

En cuanto al hijo nacido en cautiverio, sabemos que los rescriptos imperiales le habían otorgado el carácter de persona libre y heredero legítimo del *paterfamilias*. Ulpiano menciona el rescripto de Caracalla por el que el hijo concebido y nacido en cautiverio, si regresaba a Roma y obtenía el posliminio, volvía a entrar en la patria potestad. Para el caso del regreso junto a la madre, ciudadana romana que obtenía el posliminio, debió buscarse una solución similar.

En primer lugar, para heredar a sus madres, debía salvarse la adjudicación del parentesco cognaticio, como vimos anteriormente. A partir de ahí, nada obstaba para



aplicarles el senadoconsulto. En el siguiente pasaje se recoge este tratamiento favorable a los hijos de las cautivas, aunque genera dudas acerca de si se incluyó esta solución en la originaria redacción del senadoconsulto Orficiano, una norma de mínimos, o si fue obra de la jurisprudencia posterior. Incluso hay autores que lo consideran fruto de las interpolaciones justinianas.

D.38.17.1.3: *“Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. Certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. Sed et si apud hostes conceptus a captive procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Ovinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus”*.

Nos enfrentamos a un texto de gran complejidad (dos textos, realmente, pues trabaja en paralelo a D.38.17.2.3 sobre el senadoconsulto Tertuliano), en los que se pueden identificar diversas categorías de situaciones, las cuales, a su vez, agrupan varios supuestos.

D.38.7.2.3: *“Sed si in servitute concepit filium et manumissa ediderit, ad legitimam eius hereditatem admittetur: idemque et si serva poenae concepit et restituta edidit: hoc idem et si libera concepit, edidit serva poenae, mox restituta est: sed et si libera concepit et in servitute redacta edidit, mox manumissa est, ad legitimam hereditatem eius admittetur. item si adhuc praegnas manumissa est, dicendum erit prodesse. et in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur, ut puta si post moramfactam in fideicommissa libertate peperit, vel apud hostes et cum eo rediit, vel si redempta edidit”*.

Si se admitiera la instauración automáticamente del parentesco por el regreso a la ciudad, se está produciendo una mutación de la cognación servil en cognación con efectos civiles. La Pira⁴¹ no cree que se trate de un pronunciamiento clásico y, puesto a salvar algún supuesto, se inclina por entregar la herencia en base al

⁴¹LA PIRA, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, p. 293, cree que D.38.17.2.3 está totalmente manipulado, pues la solución propuesta deriva directamente de una constitución de Justiniano, CI 6.57.6 [a. 531].



senadoconsulta Orficiano al hijo que vuelve con su madre del cautiverio. Por su parte, Meinhart⁴² acepta la intervención de los compiladores pero difiere de la absoluta negación del carácter ulpiano de D.38.17.1.3 y D.38.17.2.3, pues considera dicha valoración un exceso de rigurosidad. En su opinión, no hubo de esperarse para obtener una respuesta definitiva y equitativa a este problema a la intervención de Justiniano (RATTI, 1927).

A nuestro parecer, Ulpiano pudo admitir la existencia de cognación y las consiguientes repercusiones hereditarias en casos excepcionales, siendo necesario que un rescripto imperial concediera a los hijos la libertad, la ciudadanía y el parentesco. Las decisiones imperiales sobre las que trabajó Ulpiano otorgaron visibilidad al problema de estas personas, de tal manera que la jurisprudencia habría comenzado a considerar la relación de parentesco de madres e hijos como si ésta hubiera sido libre al dar a luz, con el consiguiente reconocimiento de derechos hereditarios recíprocos. Las constituciones que venía manejando Ulpiano le permitieron extraer una solución cuando realizaba su comentario sobre la herencia.

D.38.16.1.4: *“Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit. Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exiit de potestate. Quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit nepotes non succedunt. Proinde etsi fuerit redemptus, nondum succedunt ante luitionem: sed si interim decesserit, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstabit”*.

D.49.15.21pr.: *“Si quis ingenuam ab hostibus redemptam eo animo secum habuerit, ut ex ea susciperet liberos, et postea ex se natum sub titulo naturalis filii cum matre manumisit: ignorantiamaritieiusdemque patris neque statui eorum, quos manumisisset, officere debet, et exinde intellegi oportet remissum matri pignoris vinculum, ex quo de ea suscipere liberos optaverat: ideoque eam, quae postliminio reversa erat libera et ingenua, ingenuum peperisse constat. Quod si publice praeda virtute militum reciperata nulli pretium matris pater numeraverit, protinus postliminio reversa non cum domino, sed cum marito fuisse declaratur”*.

⁴² Entiende que, probablemente, sólo D.38.16.1.1 esté interpolado, aunque las citas son indiscutiblemente de Ulpiano.



Y no olvidemos que, en el caso de Sarmatia, la joven pidió expresamente recuperar el parentesco con su madre, lo que carece de sentido si fuera uno más de los efectos automáticos del posliminio.

Regresando a D.38.17.2.3, para aplicar la herencia *ex Orfitiano* se recogen en modo sistematizador diferentes situaciones en las que se duda de la existencia de cognación entre madre e hijo. Por un lado, la primera categoría comprendería el caso de mujeres que iban a ser manumitidas y por causa de retraso en el cumplimiento de la liberación daban a luz como esclavas. Pese al hecho de que el hijo nace siendo su madre esclava, se percibe en el texto la necesidad de ofrecer un tratamiento favorable por el hecho de que la madre acabó, finalmente, siendo liberada. Una subcategoría, menos conflictiva, se refiere a las mujeres que concibieron siendo esclavas y dieron a luz ya manumitidas. No son éstos supuestos demasiado problemáticos, pues se considera al nacido como *ingenuus*, lo que implica el parentesco de cognación⁴³. Siglos después, el emperador Justiniano se mostraría a favor de aplicar los senadoconsultos Tertuliano y Orfitiano, sin dejar de expresar dudas sobre el tratamiento de los juristas a este caso:

CI.6.57.6. « *Quidam ancillae suae per fideicommissum libertatem reliquit, eo autem, a quo libertas relicta est, moram in libertate praestanda faciente peperit ancilla. et esse quidem ingenuum puerum vel puellam, qui post moram nati sunt, omnes veteris iuris auctores consentiunt, dubitabatur autem inter eos, si matri morienti potest succedere. 1. Huiusmodi itaque dubitationem eorum decidentes ulterius eam procedere non patimur, sed sancimus eandem matris progeniem heredem ab intestato posse ei existere, salvo iure legitimo ex auctoritate senatus consulti Orfitiani proli servando et tam matre ex senatus consulto Tertulliano quam prole ex Orfitiano senatus consulto invicem ad suas hereditates venientibus. D. k. Oct. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. [a.530]*”.

⁴³En comparación con el texto referido al senadoconsulto Tertuliano, la diferencia radica en que en éste se detallan más situaciones, llegando a enumerar cuatro: la mujer que concibe como sierva y da a luz como liberta; la mujer que concibe como sierva y sufre un retraso en la liberación por fideicomiso, dando a luz como esclava; la mujer que fue condenada pero dio a luz restituida y la *serva poenae* que concibió como libre y dio a luz condenada, pero llegó a ser libre antes de morir su hijo.



La segunda categoría recogida en D.38.17.2.3 se refiere al caso de la mujer en poder de los enemigos, y hace mención al célebre rescripto de Septimio y Caracalla a Ovinio Tertullo, en Asia, el caso de Sarmatia, quien regresaba con su madre a Roma habiendo fallecido su padre en cautiverio. La joven solicitó por rescripto la *condicio matris* así como la ingenuidad y la ciudadanía a través del *ius postliminii*. En principio, la decisión imperial, se habría dirigido a la cuestión del *status libertatis* y el *status civitatis*, sin que se derivara la adquisición de otro derecho, aunque suele tratarse esta constitución en relación a las expectativas hereditarias recíprocas de ambas mujeres: la madre podría ser heredera *ex Tertulliano* de su hija dado que había muerto el padre, un competidor al que no podría superar, y la hija de la madre *ex Orficiano*. En el texto se habla de *filius*⁴⁴, lo que puede responder a que la forma masculina se usaba para referirse a varones y mujeres.

Así pues, el hijo que había vuelto con su madre a Roma, concebido y alumbrado en prisión, era cognado, “*quasi vulgo quaesitus*”, y apto para heredar a su madre. A diferencia de lo expresado en el texto del senadoconsulto Tertuliano (D.38.17.1.3) ahora en sede de senadoconsulto Orficiano no se hace mención a la mujer rescatada (*vel si redempta edidit*) como bien observan La Pira y Meinhart. En ese caso, además, se planteaban dudas sobre la relación entre el posliminio y el pago del rescate. Ulpiano se había pronunciado sobre los *redempti* en más ocasiones, y Diocleciano reconocería los derechos a los hijos nacidos de una mujer *redempta*. Hasta entonces, no debió existir una respuesta clara⁴⁵.

Finalmente, nos referiremos a un supuesto especialmente complicado: el fallecimiento intestado de la cautiva en manos de los enemigos, regresando su hijo a

⁴⁵ MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum et Orphitianum*, cit., p. 65 se refiere a CI.8.50.16: *Commercio redemptae filios, licet ex servo medio susceptos tempore, origini ingenuitatis matris iuxta ea quae benigne placuerunt reddi convenit. S. V. K. Sept. Viminacii AA cons. [a. 293].*



la ciudad y pidiendo la herencia de su madre. A diferencia de lo ocurrido en el caso de Sarmatia, la madre no consigue regresar con su hijo. En el caso de que la mujer hubiera sido hecha prisionera embarazada, diversos testimonios podrían atestiguarlo y favorecer al que decía ser su hijo. Por el contrario, si la mujer había concebido en prisión, al margen de las dificultades para probar que era hijo de una ciudadana, se añadía la dificultad de la instauración de la cognación, que comenzaba en el momento del alumbramiento, posterior al de la captura que, a efectos de la *lex Cornelia*, servía para abrir la sucesión. De nuevo, la intervención imperial debió ser decisiva para otorgarle el posliminio y el parentesco con su madre, lo que le abría las puertas a la herencia en los *bona materna*.