

UniversidadeVigo

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**EL DERECHO HEREDITARIO DE LA  
MUJER:  
DE ROMA AL CÓDIGO CIVIL**

TESIS DOCTORAL

**Autor: Marcos Crespo Fernández**

**Director: Prof. Dr. Guillermo Suárez Blázquez**

OURENSE, 2015



*"No creo en el eterno femenino, una esencia de mujer, algo místico. La mujer no nace, se hace. No hay un eterno femenino desde el origen, son roles. Y eso se aprecia muy bien cuando se estudia la sociología. El papel de los hombres y de las mujeres no está determinado de forma absoluta en todas las civilizaciones, hay grandes cambios"*<sup>1</sup>

Simone de Beauvoir

---

<sup>1</sup> DE BEAUVOIR, S., *Adiós a Simone de Beauvoir*, Informe Semanal (Madrid, 1986).



## ABREVIATURAS

AAMN.....	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado.</i>
A.d.C.....	<i>Antes de Cristo.</i>
AEIHM.....	<i>Asociación Española de Investigación de Historia de las Mujeres.</i>
AFDUDC.....	<i>Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.</i>
Art.....	<i>Artículo.</i>
CC.....	<i>Código Civil.</i>
CE.....	<i>Constitución Española de 1978.</i>
CI.....	<i>Codex Iustinianus.</i>
Coll.....	<i>Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio.</i>
Coord.....	<i>Coordinador.</i>
CP.....	<i>Código Penal.</i>
Cit.....	<i>Citado.</i>
D.....	<i>Digesta Iustiniani.</i>
DGRN.....	<i>Dirección General de los Registros y del Notariado.</i>
D.d.C.....	<i>Después de Cristo.</i>
Ed.....	<i>Edición.</i>
EM.....	<i>Edad Media.</i>
Ibid.....	<i>Ibidem.</i>
LV.....	<i>Liber Iudiciorum o Lex Visigothorum.</i>
Op. cit.....	<i>Obra citada.</i>
P.....	<i>Página.</i>
Pp.....	<i>Páginas.</i>
PS.....	<i>Pauli Sententiae.</i>
RIDROM.....	<i>Revista Internacional de Derecho Romano.</i>
S.....	<i>Siglo.</i>
SAP.....	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial.</i>
STS.....	<i>Sentencia del Tribunal Supremo.</i>
STSJ.....	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.</i>
Ss.....	<i>Siguientes.</i>
T.....	<i>Tomo.</i>
Traducido.....	<i>Traducido.</i>
UCLM.....	<i>Universidad de Castilla La Mancha.</i>
UNMSM.....	<i>Universidad Nacional Mayor de San Marcos.</i>
Vid.....	<i>Véase.</i>
Vol.....	<i>Volumen.</i>



# ÍNDICE

<b>Introducción</b>	11
<b>1.- La Mujer en Grecia</b>	15
<b>2.- La Mujer en Roma</b>	29
2.1.- Época Arcaica	46
2.1.1.- Mujer casada <i>in manu / sine manu</i>	46
2.1.2.- Capacidad Jurídica / Capacidad de Obrar de la Mujer	60
2.1.3.- Sucesión Testamentaria de la Mujer	69
2.1.4.- Sucesión Legítima <i>ab intestato</i> de la Mujer	82
2.1.5.- Sucesión Legítima de la mujer en el Derecho Imperial	93
2.1.5.1.- <i>Senatus Consultum Tertullianum</i>	96
2.1.5.2.- <i>Senatus Consultum Orphitianum</i>	105
2.2.- Reformas Imperiales del Bajo Imperio	113
2.2.1.- La <i>Collatio Emancipati</i>	114
2.2.2.- La <i>Collatio Dotis</i>	133
2.2.3.- <i>Exheredatio / Praeteritio</i> de la Mujer	142
2.2.4.- Derecho de Legítimas de la Mujer	151
2.2.4.1.- <i>Querella Inofficiosi Testamenti</i> de la Mujer	151
2.2.4.2.- <i>Querella Inofficiosi Donationis</i>	165
2.2.5.- Legados de la mujer	177
2.2.6.- Donaciones <i>Mortis Causa</i> de la Mujer	187
<b>3.- La Mujer Germana</b>	195
3.1.- La <i>Sippe</i>	200

3.1.1.- El matrimonio. La unión sin adquisición o con adquisición de <i>Munt</i> _____	202
3.1.2.- Capacidad jurídica / Capacidad de Obrar de la Mujer_____	208
3.1.3.- La Sucesión en el derecho germano_____	209
3.1.3.1.- La Sucesión voluntaria_____	214
<b>4.- La Mujer Visigótica_____</b>	<b>217</b>
4.1.- La mujer en la familia visigótica_____	217
4.1.1.- El matrimonio_____	217
4.1.2.- Capacidad jurídica / Capacidad de obrar de la mujer_____	222
4.1.3.- La sucesión en el derecho visigótico. Especial referencia al Código de Eurico_____	228
<b>5.- La Mujer en la Edad Media_____</b>	<b>241</b>
5.1.- El matrimonio_____	243
5.2.- Capacidad jurídica / Capacidad de obrar de la mujer_____	256
5.3.- El Derecho sucesorio de la mujer en el derecho medieval_____	260
5.3.1.- El testamento_____	268
<b>6.- La Mujer en la Edad Moderna_____</b>	<b>273</b>
6.1.- Los esponsales y el matrimonio_____	275
6.1.1.- Las relaciones personales y patrimoniales entre ambos cónyuges: los bienes parafernales, las donaciones y la dote_____	284
6.1.2.- El <i>divortium</i> _____	291
6.2.- El Derecho sucesorio de la mujer en la recepción del derecho común_____	293
6.2.1.- La sucesión <i>ab intestato</i> _____	294
6.2.2.- La sucesión testada_____	298
<b>7.- La Mujer en el Código Civil Español_____</b>	<b>313</b>



7.1.- El matrimonio_____	313
7.1.1.- Los regímenes económicos del matrimonio____	329
7.1.1.1.- La sociedad de gananciales_____	332
7.1.1.2.- El régimen de participación en las ganancias_____	346
7.1.1.3.- El régimen de separación de bienes____	352
7.2.- El Derecho de sucesiones en el Código Civil_____	354
7.2.1.- La sucesión testada_____	355
7.2.1.1.- La legítima_____	368
7.2.2.- La sucesión legítima_____	379
7.2.3.- La partición de la herencia. La colación_____	385
<b>8.- Conclusiones_____</b>	<b>393</b>
<b>Índice de fuentes jurídicas_____</b>	<b>401</b>
<b>Bibliografía_____</b>	<b>411</b>



## INTRODUCCIÓN

El interés por el derecho hereditario, relacionado en concreto con la mujer, nace para este autor, con el trabajo de investigación realizado como conclusión a los cursos de doctorado, titulado "Aspectos procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". La exposición de motivos de la mencionada ley recoge en esencia, lo que ha llevado a este estudioso a sensibilizarse de una manera muy especial, con aquellos problemas que han sufrido las mujeres en los diferentes períodos históricos y que aún todavía sufren en el siglo XXI; dice así: "La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión".

Pues bien, en el marco de la violencia que es ejercida por el hombre contra la mujer, le llamó la atención el principio rector recogido en el artículo 2, aquel que garantiza los derechos económicos de las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.

Este artículo invita a reflexionar... ¿Por qué el hombre puede ejercer un tipo de violencia económica contra la mujer? ¿Qué ha ocurrido a lo largo de la historia con las mujeres para que no dispongan en la actualidad muchas de ellas de un capital heredado de sus progenitores? ¿Podían heredar de sus progenitores a partes iguales con sus hermanos varones? ¿Podían trabajar en todas las épocas históricas para disponer de una total independencia económica de su marido? ¿Qué papel ocupaban las mujeres en las sociedades antiguas y modernas?. Con esta serie de cuestiones en mi psique, departir con mi maestro el profesor Dr. D. Guillermo Suárez Blázquez, fue la mejor manera de enriquecer mis conocimientos sobre esta materia.

Dialogando con el profesor, me comentaba que no tenía constancia de ningún trabajo de investigación, que se centrara en concreto, en el análisis evolutivo en los diferentes períodos históricos, hacia una independencia económica de la mujer, desde la antigüedad hasta el presente siglo XXI. Y fue de esta manera, para intentar dar respuesta a estas cuestiones, como surgió el tema de la presente monografía, que culmina una investigación de cuatro largos años para la consecución del grado de Doctor.

Toda vida común, tanto en las sociedades antiguas como en las modernas, gira en torno a las familias. Y este es el punto de partida a partir del cual germinará este tratado sobre el derecho hereditario de la mujer.

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco<sup>2</sup>.

Desde una perspectiva jurídica, en un sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco<sup>3</sup>.

La muerte provoca, como consecuencia natural e inevitable, la desaparición física de la persona. Supone, por lo tanto, la extinción de la personalidad jurídica que se atribuye al sujeto de derechos.

“La exigencia sentida en toda Sociedad jurídicamente ordenada de que las relaciones jurídicas de una persona no se extingan en su muerte, sino que se transmitan a otros que subentran así en el lugar del difunto, halla cumplida satisfacción en la institución de la herencia. En todo otro campo que no sea el del derecho puede ser cierto el dicho *mors Omnia solvit*, pero en la esfera jurídica, exigencias no solamente morales y espirituales, sino sociales, políticas y, sobre todo, económicas, imponen que para seguridad del crédito, para conservación e incremento de la riqueza, las relaciones de una

---

<sup>2</sup> BOSSERT, G. A. y ZANNONI E. A., *Manual de Derecho de Familia* (Buenos Aires, 2004) p. 5.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 6.

persona sobrevivan a su muerte, que como titular del patrimonio de la persona que muere subentre otra que sea como continuadora de la personalidad del difunto”<sup>4</sup>.

Anzoategui afirma que “lo que hoy entendemos en términos generales por Derecho Sucesorio sólo puede ser captado históricamente si se lo enmarca dentro del contexto social y jurídico de cada época. El régimen sucesorio depende, en mayor o menor medida, de acuerdo al tiempo y lugar, de la organización y función asignada a la familia y a la patria potestad, del ordenamiento económico del matrimonio, de la condición de la mujer, de la naturaleza de la propiedad como también de la misma organización política y del sentimiento religioso vigente. No debe olvidarse, finalmente, la gravitación que ejerce el propio mundo jurídico de cada momento histórico”<sup>5</sup>.

El Derecho hereditario o Derecho de sucesiones tiene como objeto la regulación de las relaciones jurídicas a la muerte del titular de las mismas, estableciendo el modo y las condiciones para que otras personas le sucedan en sus derechos<sup>6</sup>.

El presente trabajo de investigación empieza por realizar una exposición histórica del papel de la mujer en aquellas sociedades más influyentes, tanto el rol que desempeña dentro de la familia, como su posición jurídica dentro del clan familiar y en la sociedad a la que pertenece, para centrarse en cómo le afectaba el derecho de sucesiones.

El recorrido histórico tiene su inicio en la antigua Grecia, donde se realiza una brevísima referencia al papel que ejercía la mujer en esa sociedad, para centrarnos en la época romana, época en la que se tratará de analizar cuál es el papel de la mujer de una manera pormenorizada, por ser el período histórico que más ha influido en el derecho vigente en la actualidad.

---

<sup>4</sup> RUGGIERO DE, R., *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid, 1929) pp. 971-972.

<sup>5</sup> TAU ANZOATEGUI, V., *Esquema Histórico de Derecho Sucesorio* (Buenos Aires, 1982).

<sup>6</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 4ª ed. (Valencia, 2009) p. 477.

Seguidamente se continuará con el estudio de la mujer en aquellos pueblos que habitaron la Península Ibérica, como son los germanos y los visigóticos, para posteriormente centrarnos en cuál fue su rol en la Edad Media y Moderna.

El trabajo concluye con un análisis del Código Civil vigente en la actualidad, eso sí, realizando un estudio comparativo con las diferentes modificaciones que se han realizado a lo largo de los años desde que se produjera su publicación allá por el año 1889.

## 1.- LA MUJER EN GRECIA

La civilización griega se desarrolló entre los siglos XIII y III a.d.C. Los primeros pobladores se agruparon en *genos* o conjunto de familias que descendían de un antepasado común, y hacia el siglo VIII a.d.C., se organizaron en *polis*, las cuales comprendían una ciudad y las tierras que la rodeaban.

La primera noción helena sobre la familia tenía que ver con la unión de dos seres que no pueden ser completos uno sin otro, como hombre y mujer para los efectos de la procreación. Aristóteles cree que la familia griega es una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana. La unión entre el hombre y la mujer y amo y esclavo constituyó la familia. En su libro *Las Obras y los Días*, Hesiodo afirmó que “la primera familia la compusieron la mujer y el buey, dado que el buey hacía las veces de esclavo entre los pobres”.<sup>7</sup>

Para empezar el estudio del papel de la mujer en la polis griega, me gustaría empezar con una frase ilustrativa del sentimiento del varón sobre la mujer, escrita por Catón en el año 195 a.d.C., la cual se recoge en la derogación de la *Lex Oppia*, “*ex tempo simul pares esse coeperint, superiores erunt*” (tan pronto como hayan empezado a ser iguales, serán superiores). En esta afirmación se encierra el miedo que, en este caso Catón y por ende, los hombres, tenían de las féminas<sup>8</sup>.

Para Platón<sup>9</sup> y Aristóteles<sup>10</sup> las mujeres “son inferiores por naturaleza”.

---

<sup>7</sup> NIZAMA VALLADOLID, M., “La Familia en el Derecho Romano y en el Ordenamiento Normativo Actual” en Revista de Derecho y Ciencia Política UNMSM, vol. 66, n° 1-2 (Lima, 2009) pp. 277-293, p. 277.

<sup>8</sup> TELLO LÁZARO, J. C., “Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad Clásica” en Revista de Aula de Letras. Humanidades y Enseñanza de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, 2003-2005) pp. 1-12, p. 1.

<sup>9</sup> PLATÓN, ed. DE AZCÁRATE, P., *Obras Completas*, tomos 9-10 (Madrid, 1981-1872). *Vid. Las Leyes* V, 742 c; VI, 744 e-d; VI, 733 b; 783-785 b; 720 a-b.

Según Platón, las mujeres son resultado de una denegación física del ser humano. Son sólo los varones los que han sido creados directamente de los dioses y reciben el alma. Aquellos que viven honradamente retornan a las estrellas, pero aquellos que son cobardes o viven sin justicia pueden haber adquirido, con razón, la naturaleza de la mujer en su segunda generación”.

Aristóteles consideró a las mujeres seres humanos defectuosos. Las mujeres eran varones estériles. La hembra, ya que es deficiente en calor natural, es incapaz de preparar su fluido menstrual al punto del refinamiento, en el cual se convierte en semen. Por lo tanto, su única contribución al embrión es su materia, un campo en el cual pueda crecer. Su incapacidad para producir semen es su deficiencia. La razón por la que un hombre domina en sociedad es su inteligencia superior. Sólo el hombre es un ser humano completo. La relación entre el varón y la hembra es por naturaleza aquellas en la que el hombre ostenta una posición superior, la mujer más baja; el hombre dirige y la mujer es dirigida.

A mayor abundamiento, Aristóteles señala en la Reproducción de los animales, *"y siendo la causa del primer movimiento mejor y más divina por naturaleza, ya que ahí reside la definición y la forma de la materia, es preferible también que esté separado lo superior de lo inferior. Por eso, en todos los casos en que es posible y en la medida de lo posible, el macho está separado de la hembra. Pues para los seres que se generan, el principio del movimiento, que es macho, es mejor y más divino, mientras que la hembra es materia"*<sup>11</sup>.

Continúa señalando que *"El macho y la hembra se distinguen por una cierta capacidad y una incapacidad (es decir, el que es capaz de cocer, dar cuerpo y segregar un esperma con el principio de la forma, es el macho. Llamó principio no a ese tipo de principio del que se origina, como la materia, algo similar a su generador, sino el principio que inicia el movimiento y que es capaz de hacer esto en el mismo o en otro. A su vez, el que recibe pero es incapaz de dar forma y*

---

<sup>10</sup> ARISTÓTELES, *Obras filosóficas de Aristóteles*, ed. Patricio de Azcárate, tomo 3 (Madrid, 1873-1875). *Vid. Política* 1254, b 5.

<sup>11</sup> ARISTÓTELES, en LÓPEZ FERNÁNDEZ CAO, M. "Las mujeres en la Edad Media: creación y representación, Representación, construcción e interpretación de la imagen visual de las mujeres" en AEIHM, pp. 121-154, pp. 128-129.



*segregarlo es una hembra). [...] Entonces [...] un ser es macho por tener una cierta capacidad y hembra por no tenerla”<sup>12</sup>.*

Tradicionalmente se creía que en los comienzos de la civilización griega la mujer tenía un papel esencial. En la civilización minoica, la posición femenina es más libre que en la sociedad griega posterior. En la época micénica, existía una diferenciación entre las labores profesionales de hombres y mujeres, aunque las únicas privilegiadas eran las sacerdotisas. Las teorías de que en la antigüedad griega existieran matriarcados (gobiernos de mujeres o bien sociedades donde la mujer tenía un papel preponderante sobre el marido) se basan en los mitos como los de las Amazonas y las Lemnias. Las Amazonas eran mujeres guerreras, montaban a caballo y tiraban con arco. Su relación con los varones era sólo para la mera procreación. Las Amazonas solían mantener relaciones sólo con extranjeros. Desafiaban las funciones específicas encomendadas a la mujer griega, de madres y esposas, para convertirse en seres temibles que incluso llegaban a devorar carne, como afirma Esquilo. Se amputaban uno de los dos pechos desafiando los criterios de belleza femenina establecidos por el hombre, para disparar flechas con más precisión. Los hombres sólo existían como esclavos y los hijos al nacer, si eran varones, eran matados o cegados. Habitaban en los confines del orbe habitado, junto al río Termodonte en la ribera norte del Asia Menor<sup>13</sup>.

Para analizar la situación que tenían las mujeres en Grecia existen tres teorías:

- La que propuso Wright en 1923, donde sostenía que las mujeres vivían recluidas en el gineceo, al estilo oriental, y eran despreciadas por los hombres.
- La que propone Gomme, afirmando que las mujeres griegas eran libres y respetadas como sus contemporáneas inglesas.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*; 765 b, pp. 7-16; 766 a, p. 31.

<sup>13</sup> GOMEZ ESPELOSÍN, F. J., *Introducción al Mundo Griego* (Madrid, 1995) p. 193.

- La de Ehreberg, que defendió que la mujer vivía encerrada y aislada de la vida cultural, siendo este aislamiento para garantizar su protección, ya que eran estimadas y se les confiaba el gobierno del lar<sup>14</sup>.

Debido a la gran variedad de testimonios que nos encontramos en esta materia es frecuente encontrar opiniones diferentes, aunque procedan de la misma época, surgen de distintas esferas de la sociedad helena. Para Helen King, la aparente contradicción entre los testimonios expresa la condición ambigua de lo femenino para los griegos, que consideran a las mujeres, por una parte, integradas en la sociedad por su función reproductora y por otra, una amenaza al orden de la ciudad por su latente relación con el mundo salvaje<sup>15</sup>. Hoy en día, por la contra, nadie discute el estatus inferior de las mujeres en la sociedad griega, pero no hay acuerdo para analizar en que aspectos de su vida se encontraban subordinadas al género masculino.

En la Grecia Antigua, las mujeres se encuentran en el ámbito del hogar, del *oikos* y cumplen las funciones de esposa y madre, dedicada a la crianza de los hijos y a la organización y preservación de la familia. Son las “guardianas del hogar” y regulan el trabajo de los esclavos<sup>16</sup>. En Atenas, las ciudadanas se dedicaban a dirigir el trabajo de las sirvientas y de algunos sirvientes, pero también a hilar, tejer, confeccionar ropa, preparar los alimentos, moler el grano, bañar o untar de aceite a los hombres o el lavado de ropa. La esposa legítima que se tuviese por respetable ni asistía a banquetes, ni hablaba en público, ni acudiría al mercado, ya que los trabajos que se realizaban fuera de la casa debían realizarlos las esclavas. Tampoco era frecuente

---

<sup>14</sup> LEÓN, N., “Madres y Esposas en Grecia Antigua” en Centro de Estudios Clásicos y Medievales, Cátedra I (Neuquén, 2003), pp. 83-92, p. 84. Para llegar a estas conclusiones los historiadores trabajan con materiales heterogéneos. Veamos. Los discursos de los oradores áticos (s. IV a.d.C.), El *Económico* de Jenofonte (s. IV a.d.C.), evidencias arqueológicas, sobre todo vasos decorados con escenas de la vida cotidiana, obras literarias (siglos VIII al IV a.d.C.) y sistemas filosóficos (siglos IV y III a.d.C.).

<sup>15</sup> KING, H., “Bound to Bleed: Artemis and Greek Women” en CAMERON, A. y KUHRT, A., *Images of Women in Antiquity*, (Londres, 1993) p. 109.

<sup>16</sup> LEÓN, N., *Op. Cit.*, p. 85.

que acudieran al ágora, donde los hombres solían encontrarse para realizar las compras del día o para charlar entre sí. La mayor parte del tiempo pasaba la vida reclusa en su casa, cuya habitación más interior, el *gimeneo* (habitación interior de la casa a la que no podían acceder ni forasteros ni extraños), era la estancia apropiada para ellas. También solían encontrarse en puntos determinados, como el lavadero o el telar, donde realizaban algunas de las actividades que venimos reseñando. Sin embargo, a pesar de que las funciones que se relataron anteriormente eran las primordiales para la mujer, una gran mayoría se sintió realizada dentro de sus posibilidades, dado que no se contemplaban otras alternativas en su forma de vida o en su rol social, que tardarían siglos en aparecer en la historia<sup>17</sup>.

Otra función importante que desempeña la mujer es la de “esposa”. Lo que ocurre es que no hay un término griego que tenga el mismo significado que el nuestro, en realidad cuando usamos la palabra esposa estamos aludiendo a relaciones de pareja más amplias y flexibles, en opinión de Benveniste. Un reflejo de estas relaciones lo encontramos en la *Iliada*, donde podemos contemplar a tres parejas completamente diferentes: Paris y Helena, cuya relación está basada en el deseo; Héctor y Andrómaca, basada en el afecto; Príamo y Hécuba, pareja de ancianos donde destaca el afecto y el respeto, en donde la mujer se preocupa por su marido como si fuera un hijo más. Cuando Andrómaca le sugiere a Héctor estrategias defensivas para evitar los enfrentamientos con los griegos en la llanura, su marido le recuerda que la guerra es cosa de hombres. Hay que tener en cuenta que aunque no se tengan en cuenta las opiniones de las mujeres en ámbitos propios de los varones, ellas hablan libremente<sup>18</sup>. En este mismo poema homérico, apreciamos que la mujer formaba parte integral del botín de guerra de los vencedores como un objeto más<sup>19</sup>.

En el ámbito religioso, las diosas formaban parte del Olimpo griego de la misma forma que los dioses. Sólo se distinguían en que los dioses representaban la inteligencia creadora, el poder del cielo, y las diosas la expresión de la materia, la tierra. En la época clásica,

---

<sup>17</sup> GOMEZ ESPELOSÍN, F. J., *Op. Cit.*, pp. 173 y 190.

<sup>18</sup> LEÓN, N., *Op. Cit.* pp. 86-87.

<sup>19</sup> GOMEZ ESPELOSÍN, F. J., *Op. Cit.* p. 190.

cuatro diosas tuvieron especial relevancia. Ellas son Hera, Afrodita, Artemisa y Atenea. Hera, esposa de Zeus, era la protectora de la mujer casada; Artemisa, gemela de Apolo, la diosa de la caza; Afrodita protegía la belleza y el amor; Atenea, la inteligencia. Excepto Atenea, las otras diosas tenían un referente masculino con mayor poder que ellas.

En los cultos y celebraciones en honor de los dioses, los hombres son los que protagonizan las fiestas y ritos, aunque había fiestas exclusivamente femeninas, como las Tesmoforias, o aquellas que se celebraban en honor del dios Adonis. Las Tesmoforias eran las fiestas en honor de Deméter Tesmófora, las cuales se celebraban coincidiendo con la siembra de otoño, y los rituales significaban la fertilidad del suelo y de las próximas cosechas, y por extensión, la fertilidad de la mujer, a quien se dedicaba el último de los tres días que duraban las celebraciones. Sólo podían participar en ellas mujeres de intachable reputación, y la intervención de los hombres se limitaba a sufragar los gastos.

En otros cultos, la mujer participaba en menor medida. En los ritos en honor de Dionisos, las mujeres estaban en los coros, animaban el banquete con el *aulós* y asistían al *simposium*, en el que servían, pero no participaban de él. Al contrario que en la mayoría de los cultos, las mujeres de los ritos dionisiacos eran cortesanas.

El culto a Atenea disponía de sacerdotisas, elegidas a suertes igual que los sacerdotes. La sacerdotisa de Atenea Polias tenía una gran influencia en la ciudad y era elegida, de por vida, entre las mujeres de la familia de mayor poder de Atenas. Las niñas, las cuales eran seleccionadas entre las hijas de las familias más nobles, ejercían funciones sagradas, como lavar el *peplos* o moler el trigo para los pasteles sagrados, y en la procesión eran las encargadas de portar los cestos sagrados. Cada cuatro años, las niñas entre 7 y 11 años, eran elegidas por el arconte rey, entre las hijas de las familias nobles, las cuales confeccionaban el *peplo*<sup>20</sup> de la diosa.

---

<sup>20</sup> PEPLLO: Es una túnica femenina de la antigua Grecia que llevaban las mujeres anteriores a los años 500 a.d.C. Se trata de una pieza rectangular de grandes pliegues doblada en dos para cubrir el cuerpo y luego cosida con el fin de formar una especie

Destaca también el cometido que tienen las mujeres en lo que a los muertos se refiere, ya que son las encargadas de realizar sus rituales<sup>21</sup>.

Por lo que se refiere a la política, los ciudadanos atenienses tenían derechos políticos, pero esto no era así para las ciudadanas, que no podían votar ni formar parte de las asambleas. Las mujeres sólo intervenían en la vida pública de forma indirecta, mediante el matrimonio, pues para que un ciudadano pudiera ser reconocido como tal, y en consecuencia poder ejercer derechos políticos, tenía que ser hijo de ciudadana. Como la mujer era considerada una menor de edad toda la vida, necesitaba un tutor varón, que podía ser el padre, el marido o el hijo. En el caso de viudas que no tuvieran parientes que pudieran representarlas, un arconte las tomaba a cargo. En la Atenas del siglo IV a.d.C., las mujeres tenían su vida reglamentada.

En el siglo VI a.d.C., el legislador Solón había establecido la distinción entre mujeres y rameras, que no podían vestir de la misma forma: las primeras debían llevar vestidos de lino y lana, y las prostitutas gasas de color azafrán. Reguló también los paseos, las fiestas, los duelos, los ajuares y las comidas que, al menos en cantidad, quedaron establecidas en la mitad de la que necesitaba un varón.

En la *Odisea*, en el palacio de Menelao, Telémaco es agasajado como huésped, Helena está presente, acompañada de sus esclavas e interviene en la conversación, a la par de su marido. En el país de los Feacios, descrito como si fuera el reino helénico, la reina Arete es quien decide. Que la reina se encuentre en palacio y las palabras con que se dirige a Odiseo, son para algunos, la existencia de un

---

de tubo cilíndrico donde la parte superior descende sobre el pecho. Las dos mitades de la tela son unidas por un alfiler sobre cada hombro. El peplo se ciñe a la cintura por un cinturón.

Se confecciona con un tejido pesado. Se ataba a los hombros mediante una *fibula*. Cada año, en la fiesta de las Panateneas, se ofrecía a Atenea un peplo bordado. El peplo desaparece progresivamente con la aparición del lino que permite la confección de prendas de vestir más amplias y más flexibles para ser sustituido por el *quitón*.

<sup>21</sup> ALONSO Y ROYANO, F., "El Derecho Griego" en Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua, t. 9, (Madrid, 1996) pp. 115-142, p. 122.

matriarcado o por lo menos de una filiación matrilineal<sup>22</sup>. Vemos como la posición de la mujer acaba siendo un poco esquizofrénica, se debate entre el deber ser y el ser. Penélope, unas veces es alabada por su fidelidad pero, a la vez, es perseguida por sus pretendientes (108 en total) e incluso hay dudas de que su hijo Telémaco sea realmente de Ulises; de hecho Telémaco afirma “yo no lo sé; nunca nadie pudo por sí sólo conocer su propio linaje”<sup>23</sup>.

El hombre homérico no practicaba la poligamia, pero disponía de concubinas y de esclavas con las que satisfacer sus deseos sexuales además de la esposa, a la que no podía descuidar por aquéllas.

Para concluir con el estudio de los poemas homéricos, debemos reseñar que las mujeres son tratadas con respeto y afecto, independientemente de la relación que tenga con el hombre.

En la obra *Las Traquinias* podemos observar los roles esenciales de la mujer, como esposa y como madre. Como madre, Deyanira es respetada y obedecida por el hijo y su condición merece un tratamiento especial, tal como lo demuestra Hilos cada vez que se dirige a ella. Cuando Hilos cree que su madre ha envenenado intencionadamente a su padre, reniega de ella; esto fue uno de los motivos por los que se suicidó su madre. El hijo manifiesta el amor por su madre cuando llora ante su cadáver<sup>24</sup>.

Deyanira narra como siendo doncella, es pretendida por Aqueloo, y como expresa textualmente que “para ninguna mujer fue tan terrible el temor al matrimonio”. Deducimos que el rechazo al matrimonio es un rechazo a la relación sexual. La vida de la mujer casada es presentada por ella como un transcurrir de temor y dolor. La consideración negativa del matrimonio se observa cuando comenta que las doncellas viven felices y sin aparente relación con el mundo

---

<sup>22</sup> LEÓN, N., *Op. Cit.*, p. 88.

<sup>23</sup> HOMERO, trad. y ed. CALVO, J. L., *La Odisea*, 17<sup>a</sup> ed. (Madrid, 2007) I, pp. 215-216.

<sup>24</sup> LEÓN, N., *Op. Cit.*, p. 89.

adulto<sup>25</sup>. La oposición entre doncella y mujer casada es tajante. La despreocupación de las doncellas contrasta con la preocupación de la mujer casada<sup>26</sup>. Jenofonte en “Económico”, en el diálogo que mantiene Iscómaco con Sócrates, aquel expresa a su esposa: “Ninguno de los dos, ni tú ni yo, estábamos impacientes por encontrar a alguien con quien dormir. Pero después de haber reflexionado, yo por mi cuenta y tus padres por la tuya, sobre cuál sería la mejor compañía que podríamos tomar para formar un hogar y tener unos hijos, yo por mi parte te he escogido a ti y tus padres, a lo que parece, me han escogido a mí entre los partidos posibles”. Una muestra más de cómo la mujer griega del s. V a. C. no tenía libertad ni para escoger marido<sup>27</sup>.

En la época clásica, en concreto en los siglos VIII a IV a.d.C., el matrimonio se celebraba mediante un contrato oral, completamente privado, perteneciente a este derecho, el cual no se incluía en ningún tipo de registro de carácter institucional, con un compromiso entre los padres de la futura esposa, o su *kyrios*, y el pretendiente o los padres de éste, como *engyesis*, previo el consiguiente ofrecimiento de los *hedna*, que era el conjunto de presentes ofrecidos por el pretendiente a los padres de la novia, y la posterior entrega de la mujer ante varios testigos. Se producía así la *gamous poiein* (celebración del matrimonio legítimo), y el consentimiento dado por el padre del contrayente, aprobando el matrimonio se denominaba *synchoreisis*. Se tenía que producir la cohabitación o gamos, no sólo vivir juntos, sino la práctica del acto sexual con el fin de engendrar hijos<sup>28</sup>.

Como señala Alonso y Royano “el matrimonio legítimo sólo existía en el caso de que ambos esposos tuviesen la ciudadanía ateniense, es decir haber nacido de padre y madre ateniense, no pudiendo contraer matrimonio los hermanos uterinos pero sí los procedentes de distinta madre. El conjunto de bienes, que podían componerse de las más diversas cosas y esclavos, pertenecientes a la

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 90. “Pues la juventud padece en sus propios prados y no la turban ni el sol ardiente, ni la lluvia ni ninguno de los vientos, sino que lleva entre placeres una vida sin trabajo” (versos 140-143 *Las Traquimias*).

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>27</sup> ALONSO Y ROYANO, F., *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 124.

mujer como privativos y no formando parte de la dote que llevara al matrimonio, se los conocía como *paraferna*<sup>29</sup>. La dote era la aportación económica, en dinero o tierras, que debía ser entregada por el padre al contraer matrimonio una hija. El esposo, el cual administraba los bienes de la dote, aunque pertenecían a la esposa, tenía la obligación de invertirla para que generara rentas que aseguraran el aumento del patrimonio de la mujer.

De la importancia del matrimonio y de la dote nos da idea el que la ciudad de Atenas dispusiera de una cantidad de dinero que se utilizaba para pagar las dotes de las hijas de los ciudadanos que, aun no disponiendo de una buena situación económica, eran considerados ciudadanos de mérito

En época de Pericles, un ciudadano ateniense tenía prohibido contraer matrimonio con ciudadanas extranjeras. Si esto ocurría, la ley sancionaba con una multa de mil dracmas al ciudadano ateniense y la venta de su cónyuge como esclava.

Con respecto a la edad que se requería para contraer matrimonio, no existía ningún límite, pero sí existían impedimentos de tipo físico o real, ya que si no se consuma el matrimonio, éste no sería válido. Esto ocurría cuando la futura esposa era una niña, o cuando la mujer soltera que fuese *epíkleros* (la única hija heredera del caudal hereditario paterno), la cual tenía la obligación de casarse con el anchisteus (pariente más próximo de la rama paterna). En este último supuesto, el problema llegaba cuando uno de los dos cónyuges había contraído anterior matrimonio<sup>30</sup>. Y en tercer y último lugar la mujer cuya nacionalidad se pusiese en duda.

Demóstenes en *Contra Macártato*, XLIII, 51, escribe la siguiente ley: “Respecto de las *epícleras* que pagan el censo de los jornaleros, si no quisiese casarse el de más cercano parentesco, dela en matrimonio con una dote, el *pentacosimedimno* de 500 dracmas; de 300 el caballero, y de 150 el yuntero, además de sus bienes personales. Si hubiere más en el mismo grado de parentesco, cada uno dote a la *epíclera* según su parte alícuota. Si las mujeres fuesen más, no sea

---

<sup>29</sup> ALONSO Y ROYANO, F., *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 126.



obligatorio para uno solo dar en matrimonio más que a una, sino que el más próximo la dé o se case con ella. Si no se casare el más cercano en parentesco o no la diere en matrimonio, el arconte compéllalo a casarse con ella o darla en matrimonio. Si el arconte no le compeliere, incurra en multa de 1.000 dracmas consagradas a Hera. El que quiera denuncie ante el arconte a quien no cumplierse estas prescripciones”<sup>31</sup>.

El fin último, por tanto, del matrimonio griego era la conservación y posible incremento de la propiedad de bienes patrimoniales a través de la procreación de hijos legítimos destinados a la herencia.

La monogamia es la norma general en el derecho griego, pero no era obligatoria ya que existía la institución del concubinato, admitiéndose socialmente la *pallaké*, y no considerándose delito de adulterio.

El matrimonio podía presentar diversos tipos de situaciones, en lo que a su disolución respecta<sup>32</sup>:

- La separación era un fenómeno temporal, voluntario o forzoso. Esto ocurría cuando se daba una incompatibilidad conyugal sin rotura del vínculo matrimonial, o como otro tipo de medida, ya sea por un viaje de uno de los cónyuges o por la marcha del marido a una guerra.
- El abandono era un repudio disimulado, unilateral, el cual era realizado por el hombre habitualmente, sin sanción jurídica alguna. El repudio (*ekballeín*) que hacía el cónyuge varón mediante la *diké exoúlês*, que era una ruptura ilegal del vínculo que les unía, la ley obligaba a restituir la dote (*proix*). Si no llevaba a cabo esta restitución en tiempo y forma, debería pagar como interés nueve óbolos por el tiempo de retraso.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> ALONSO Y ROYANO, F., *Op. Cit.*, pp. 127-130.

- El adulterio, que era realizado tanto por hombres como por mujeres, contaba con un proceso denominado acción pública (*graphe moicheias*). Hay que puntualizar que el adulterio era el cometido por la mujer, ya que el que realizaba el marido, sólo era considerado como tal figura punible el cometido con la esposa legítima de otro ateniense.
- El divorcio era vinculante para ambos cónyuges y producía la ruptura del matrimonio, originando el cumplimiento de varias obligaciones como eran la dote y la situación de los hijos, para proteger sus expectativas hereditarias, así como la libertad de los ex cónyuges de contraer un nuevo matrimonio. Cuando el divorcio se promovía por consenso entre marido y mujer, la ley contemplaba la devolución de la dote al padre o *kyrios* de la mujer. Esta dote sólo podía ser usufructuada por el marido, al que el *kyrios* de la mujer, a modo de garantía devolutoria, imponía una hipoteca (*apotíma*) sobre los bienes de aquél.

Aunque en la Grecia clásica no existía un corpus jurídico como en Roma, desde el siglo V a.d.C., existían normas jurídicas para la defensa de los ciudadanos atenienses.

Así, por ejemplo, se contemplaba en el derecho sucesorio la expectativa de derechos hereditarios: “Lo que, habiendo hijos legítimos, el padre hubiere testado, si hubiera muerto sea firme su testamento, habiendo los hijos sobrepasado en dos años la edad viril”. En otra ley griega encontramos: “Cualquiera que hubiese muerto sin haber otorgado testamento, si hubiere dejado hijas, con éstas (es decir, la herencia, a la que va unida la epíclera, y ha de ser desposada por el pariente más próximo), pero si no, sean dueños de sus bienes los siguientes: si hubiere hermanos de un mismo padre; y si hijos legítimos de hermanos, obtengan la parte de su padre; si no hubiere hermanos o hijos de hermanos sus descendientes obténganla según las mismas reglas; tengan preferencia los varones e hijos de varones, siempre que fuesen descendientes de los mismos, aunque estuviesen más lejos en parentesco. Si no los

hubiere por vía paterna hasta hijos de primos, sean dueños los de la vía materna según las mismas reglas. Si no los hubiere dentro de estos grados ni por un lado ni por otro, sea dueño más próximo por vía paterna. Ni para bastardo ni para bastarda haya derecho sucesorio ni a los bienes religiosos ni a los profanos desde el arcontado de Euclides”<sup>33</sup>.

La mujer se encontraba excluida de los tribunales. Esta situación jurídica de minoría de edad la encontramos en la necesidad que tiene de un *kyrios* o tutor legal a lo largo de toda su vida, ya sea a través de su padre o hermanos, mientras está soltera o de su esposo, hijos y parientes cercanos, en lo que a su matrimonio y viudez se refiere<sup>34</sup>.

A todas luces parece que existe un sentimiento de recelo y desconfianza por parte del varón ateniense con respecto a la mujer, dado que en todo momento estaban dispuestos a esperar la peor parte. No parece que debamos atribuir este sentimiento a la conciencia de superioridad masculina frente a la mujer, sino que para el hombre las féminas estaban representadas como seres temibles y poderosos que podían ejercer su encanto sobre ellos sin que hubiera posibilidad de defensa alguna por su parte. Este poder irresistible de la mujer, se basaba en su sexualidad; así lo apreciamos en la seducción de Zeus por parte de su esposa Hera con el fin de distraerle de la acción de la guerra y poder ejecutar sus planes con mayor libertad<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 130-131.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>35</sup> GOMEZ ESPELOSÍN, F. J., *Op. Cit.*, p. 192.



## 2.- LA MUJER EN ROMA

El vocablo familia, etimológicamente, deriva del sustantivo *fames* cuyo significado es hambre, o del sustantivo *famulus* que significa siervo. Si deriva del primero, sería porque dentro de la familia se satisface el hambre que se sacia alimentándose y el hambre que podíamos denominar de conservación de la especie, y que se saciaría mediante el sexo en el matrimonio<sup>36</sup>.

No obstante, como señala Fernández de Buján, “el concepto y la significación de la familia en Derecho Romano, sufren una profunda evolución a lo largo de los siglos, manifestada, en las distintas etapas históricas, desde su originario alejamiento, en los primeros tiempos, de la noción actual de familia, hasta su notable proximidad, en la legislación justiniana, a la vigente concepción de la institución”<sup>37</sup>.

Savigny define el derecho familiar romano como aquel “conjunto de normas que regula institución familiar, cuyas partes constitutivas son el parentesco, la patria potestad y el matrimonio”<sup>38</sup>. Eusebio Díaz afirma que es “el conjunto de reglas, facultades y condiciones jurídicas necesarias para que la familia nazca, viva y se extinga”<sup>39</sup>.

La familia *proprio iure* estaría constituida por aquellos sujetos que por su naturaleza o derecho están sujetas a la potestad de uno solo. A su vez estos sujetos pueden ser *sui iuris* que serían aquellos que no están sometidos a ninguna potestad, o *alieni iuris* que son los que están sujetos a la potestad del *pater familias*. Por tanto, nos encontraríamos con un *homo sui iuris* que es el cabeza de la *domus* y los

---

<sup>36</sup> NIZAMA VALLADOLID, M., *Op. Cit.*, p. 278.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano* (Madrid, 2011), p. 265.

<sup>38</sup> Citado por Jacinto Tello en la obra *Instituciones del Derecho Romano*, p. 117.

<sup>39</sup> DÍAZ, E., *Instituciones de Derecho Romano* (Barcelona, 1924), t. 1, pp. 312-313.

*alieni iuris* que serían la esposa casada *cum manu* que ocupa el lugar de hija y los descendientes *filia*, nietos...<sup>40</sup>.

La familia estaba integrada por el *pater familias*, la mujer *in manu*, la mujer o mujeres del hijo o hijos, respectivamente, en *justum matrimonium*, los hijos y nietos del *pater familias*, las personas adoptadas, los hijos legitimados y las personas dadas *in mancipium*<sup>41</sup>.

La familia en Roma era un grupo de personas bajo la tutela del *pater familias* que tenía derecho sobre la vida y muerte de todos los miembros, impidiendo a la mujer poder llegar a representar este papel dentro de la sociedad romana.

El derecho civil en Roma reserva a favor del varón, libre, ciudadano romano e independiente un *imperium* doméstico, familiar, que la ley reconoce genéricamente como *potestas*. Solamente la mujer que actúa en la esfera del poder del *paterfamilias* y que sirve a la formación y al desarrollo de la familia, como esposa a través de la propia maternidad, asume la condición de *Mater*<sup>42</sup>.

La representación del papel femenino respecto al del varón fue, a lo largo de los siglos, como los romanos decían a sus mujeres: “Nosotros somos la fuerza que vive de sometimientos y vosotras seréis sometidas. Vosotras pasearéis entre los hombres, que combaten y gobiernan, humildes e ignoradas, sin ni siquiera disponer de un hombre que tenga importancia civil. Desde la cuna hasta la tumba viviréis vuestra vida bajo el continuo imperio del hombre, del que no conseguiréis liberaros jamás. Vuestro asilo doméstico podrá convertirse en el teatro de vuestro suplicio”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> NIZAMA VALLADOLID, M., *Op. Cit.*, p. 279.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>42</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., “La mujer romana a través de fuentes literarias y jurídicas” en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. 1, Derecho romano (México D.F., 2006) p. 254.

<sup>43</sup> CICCOTI, *Donne e politica negli ultimi anni della Repubblica Romana* (Nápoles, 1985), pp. 3-4 en IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, p. 254.

Para Rodríguez-Ennes “las integrantes del sexo femenino estaban inhabilitadas no sólo para participar en el gobierno del Estado, sino para desarrollar cualquier tarea “viril”<sup>44</sup>.

Juvenal, Tito Livio, Séneca, Marcial y varios autores más crearon una mujer, sus emociones, su pensamiento, es por lo que la condición femenina nace de la afirmación del ser masculino, tolerada por la mujer, y de la práctica negación de la personalidad femenina<sup>45</sup>.

Según una ley, atribuida a Rómulo, y confirmada en el 450 a.d. C. por la Ley de las Doce Tablas, un ciudadano romano no tenía obligación de criar más de una hija, la primogénita. Un *pater familias* solía reconocer sólo a una de sus hijas, pues, aunque la crianza no fuera muy costosa, el ciudadano debía reservar una parte importante de su fortuna para dotar el matrimonio de la hija, de gran utilidad si quería emparentar con otra familia. Las niñas solían ser abandonadas al nacer, sobre todo entre la clase patricia. De hecho en tiempos de Augusto (del 27 a.d.C. al 14 d.d.C.), es decir, a comienzos del Imperio, los ciudadanos romanos se quejaban de las pocas mujeres de clase alta con las que podían contraer matrimonio. Las niñas abandonadas pasaban a ser esclavas, las cuales eran recogidas por los dueños de los burdeles, que las adiestraban para ejercer como criadas y como prostitutas cuando alcanzaban la edad adulta.

Las mujeres no tenían nombre propio, o sea, *praenomen*, sólo tenían nombre gentilicio, *nomen*, (Gaia, Publia, Aula) y el familiar o apodo *cognomen*. No se tiene constancia en realidad, si no lo tenían o si no se quería que éste se pronunciara, ya que en los textos que conservamos prácticamente no se conserva el *praenomen* de ninguna mujer.

En Roma, la mujer existe sólo en el orden natural. Su destino es servir al amo y asegurar a éste la continuidad de su sistema potestativo. *Catón Censorius* (234 a.d.C.-149 a.d.C.) en su manual de

---

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ-ENNES, L., “La larga lucha hacia la igualdad femenina” en AFDUDC, 11, (A Coruña, 2007), pp. 839-853, p. 845. “En su tiempo había dicho el propio Cicerón: ¡cuánta infelicidad en la ciudad en la que las mujeres ocupen los *officia* de los hombres!”.

<sup>45</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, p. 256.

cómo se debe dirigir una granja *De re rustica*, CLII, señala las virtudes de las que debería gozar la mujer del administrador de una granja, las cuales se hacen extensivas al resto de mujeres romanas: “*Que la administradora cumpla sus deberes; si el dueño te la ha dado como esposa, conténtate con ella; haz que te tema; que no sea demasiada dada a los lujos; que tenga el menor trato posible con las vecinas y otras mujeres y que no las llame a su presencia ni las invite a su casa; que no vaya a ningún sitio a comer ni sea una andariega; que ni haga sacrificios a los dioses ni encargue a nadie que los haga sin la orden del dueño o de la dueña. Que sea limpia: que tenga la alquería barrida y limpia, que tenga la cocina limpia y barrida todos los días antes de irse a la cama. En las calendas, idus y nonas, cuando sea día festivo, que ponga una corona en el hogar y durante esos mismos días que haga una ofrenda al Lar familiar. Que tenga cocida la comida para ti y para los esclavos; que tenga muchas gallinas y huevos, peras y uvas en vasijas, uvas en orujos, manzanas de Escantio en tinajas, que tenga diligentemente todos los años conservas de frutas silvestres. Que sepa hacer buena harina y harina fina de espelta*”<sup>46</sup>.

El filósofo estoico Cayo Musonio Rufo (s. I d.d.C.) en su obra *Philosophi Stoichi Reliquiae et Apophthegmata* profundiza en la mujer ideal, relatando las aptitudes y actitudes que debe poseer. Éstas se encuentran completamente al servicio del hombre, aunque se aprecian en el texto algunos resquicios de libertad de la mujer: *Examinemos detalladamente las cualidades que convienen a una mujer para ser buena: resulta evidente que cada una de estas cosas le vienen al estudio de la filosofía. En primer lugar una mujer tiene que ser una buena ama de casa y hábil calculadora de lo que conviene a la casa, pero conviene también que la mujer sea dueña de sí misma; debe ser capaz de conservarse pura respecto a amores ilícitos y a placeres inmoderados; no debe ser esclava del deseo, ni ser pendenciera, ni muy gastadora, ni extravagante en la indumentaria. Éstas son las obras de una mujer virtuosa y a ellas habrá que añadir las siguientes: controlar su temperamento, no dejarse vencer por la tristeza, sobreponerse a toda emoción. Una mujer tal está preparada para alimentar a sus hijos con su pecho, para atender a su marido con sus propias de esclavos. ¿Realmente no sería una mujer así una gran ayuda para el que se hubiera casado con ella, un adorno para sus familiares y un noble ejemplo para*

---

<sup>46</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op Cit.*, pp. 254-255



cuantos la conocen? Finalmente la enseñanza de los filósofos exhorta a la mujer a estar contenta con su misión y a trabajar con sus propias manos<sup>47</sup>.

El único momento del año en que las mujeres eran libres era durante las Bacanales o las fiestas de *Bona Dea*. En éstas, las mujeres bebían vino, hecho prohibido para ellas y practicaban sexo tanto heterosexual como homosexual. La existencia de estas ceremonias demuestra que el papel de la mujer en el mundo romano era el de la procreación y la reproducción y no había lugar para el erotismo y el amor. Reflejo de estas ceremonias es la literatura de varios autores romanos. Juvenal en su obra *Satirae*, VI, 18 y 19, lo recoge así: “*Son conocidos los misterios de la “buena diosa”, cuando la flauta excita los riñones y las Ménades de Priapo se agitan, fuera de sí, por la trompeta y el vino, y hacen girar sus cabellos y gritan. ¡Qué ardiente deseo de unión se produce entonces en ellas! ¡Qué gritos entre los brincos de sus apetencias sexuales! ¡Qué torrente de vino añejo a lo largo de sus piernas! No se fingirá allí nada por juego, todo se realizará de acuerdo con un realismo capaz de inflamar la frigidez, debida a la edad, del hijo de Laomedonte o la hernia de Néstor. Pero el prurito sexual es entonces incapaz de contenerse, es la mujer al natural, al tiempo que se oye un clamor repetido desde el antro: ¡ya está permitido, dejad entrar a los hombres! Si el adúltero está durmiendo, se advierte al joven que coja su manto y se dé prisa; si no hay amante, se acude a los esclavos; si se ha perdido la esperanza en los esclavos, llegará un aguador contratado a sueldo y, si faltan los hombres, no encontrarán impedimento alguno para hacerse cubrir por un asno. Escucho el consejo que ustedes, viejos amigos, me dan desde hace tiempo: echa el cerrojo, impide que ella salga. Pero ¿quién guardara a los propios guardianes? Una esposa es cauta y comienza por ellos*”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> MUSONII RUFII, C., ed. VENHUIZEN PEERLKAMP, J., *Philosophi stoici: reliquiae et apophthegmata* (Harlem, 1822).en IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op Cit.*, p. 256.

<sup>48</sup> JUVENAL, *Juvenal and Persius*, trad. inglés RAMSAY, G. G. (Londres, 1928) *Satirae*, VI, (314-341). “*Nota bonae secreta deae, cum tibia lumbos incitat et cornu pariter vinoque feruntur attonitae crinemque rotant ululantique Priapi maenades. o quantus tunc illis mentibus ardor concubitus, quae vox saltante libidine, quantus ille meri veteris per crura madentia torrens! Lenorum ancillas posita Saufeia corona provocat ac tollit pendentes praemia coxae; ipsa Medullinae fluctum crisantis adorat: palma inter dominas, virtus natalibus aequa, nil ibi per ludum simulabitur, omnia fient ad verum, quibus incendi iam frigidus aevo Laomedontiades et Nestoris hirnea possit, tunc prurigo morae impatiens, tum femina simplex, ac pariter toto repetitus clamor ab antro “iam fas est, admitte viros”. Si dormit adulter, illa iubet sumpto invenem*”.

La homosexualidad o la sexualidad no reproductiva correspondían a mundos antagónicos al de la mujer ideal: meretrices, esclavas y niños podían convertirse en mercancía de uso sexual a disposición del *paterfamilias*. Los placeres homosexuales eran parte del juego erótico del sujeto activo y capaz, es decir, del varón. De hecho, una antigua ley *Scantinia* impuso multas para los estupro cometidos sobre niños o entre adultos pero acompañados de escándalo público. El erotismo no forma parte de los deseos de la mujer: meretrices y esclavas, amantes y concubinas podían verse atrapadas en ese juego y dejarse seducir por el varón; no así la esposa del *paterfamilias*, mujer casta, en cuya vida rigen el pudor y la prudencia<sup>49</sup>.

Se toleran, como objeto de la depravación comentada en el párrafo anterior, las prácticas abortivas, cuando eran necesarias. Así lo recoge Juvenal en su libro *Satirae*, VI, 35. *“Éstas (las plebeyas) aceptan los riesgos del parto y, obligadas por la pobreza, soportan las fatigas de la crianza; mas en el lecho dorado apenas yace ninguna de parto. Tan eficaces son las prácticas y las drogas de la que las hace estériles y contrata a un precio la muerte de los niños en el vientre de la madre. Alégrate, desgraciado, y tú mismo presenta lo que sea para que lo beba; pues, si ella quisiera distender y hacer sufrir a su vientre con el salto doloroso de un hijo, tal pudieras ser padre de un etíope y después este heredero negro, al que no serías capaz de ver de día, llenaría la tablilla testamentaria”*<sup>50</sup>.

Ovidio también se hace eco en su obra *Amores*, II de esta práctica llevada a cabo por las mujeres sin remordimiento alguno. *“¿Qué aprovecha a las jóvenes no verse obligadas a la guerra ni a seguir, con el*

---

*properare cucullo; si nihil est, servis incurritur; abstuleris spem servorum, veniet conductus aquarius; hic si quaeritur et desunt homines, mora nulla per ipsam, quo minus imposito clunem summittat asello. Atque utinam ritus veteres et publica saltem his intacta malis agerentur sacra! sed omnes noverunt Mauri atque. Indi quae psaltria penem maiorem, quam sunt duo Caesaris Anticatones, illuc, testiculi sibi conscius unde fugit mus, intulerit, ubi velari pictura iubetur quaecumque alterius sexus imitata figuras”*.

<sup>49</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op Cit.*, p. 257.

<sup>50</sup> JUVENAL, *Op. Cit.*, *Satirae*, VI, (593-603). *“Hae tamen et partus subeunt discrimen et omnis nutricis tolerant fortuna urgente labores; sed iacet aurato vix ulla puerpera lecto, tantum artes huius, tantum medicamina possunt, quae steriles facit atque homines in ventre necandos conducit. gaude, infelix, atque ipse bibendum porrige quidquid erit; nam si distendere vellet et vexare uterum pueris salientibus, esses Aethiopsis fortasse pater, mox decolor heres impleret tabulas numquam tibi mane videndus”*.

*escudo al brazo, los fieros escuadrones, si se hieren con sus dardos, sin que Marte las provoque, y arman las ciegas manos contra la propia vida? La primera que se resolvió a abortar el feto de sus entrañas merecía caer al filo de sus mismas armas. Pues qué, para que el vientre no delate con sus rugosidades tu falta, ¿era indispensable arrasar el triste campo en que sostuviste la lucha? Si las antiguas matronas siguieran costumbre tan fatal, la raza de los hombres hubiese perecido por su culpa, y fuera preciso un nuevo Deucalión que, arrojando piedras en el orbe desierto, echase otra vez las semillas del humano linaje. ¿Quién habría quebrantado las huestes de Príamo, si Tetis, la diosa dé los mares, rebusara alimentar nueve meses en su seno el fruto concebido? Si Ilia ahogara en el hinchado vientre los hermanos gemelos, hubiese perecido el fundador de la ciudad dominadora del mundo; si Venus en su preñez expulsara con violencia a Eneas, la tierra estaría hoy huérfana de los Césares, y tú también, hermosa, hubieras muerto antes de nacer, si tu madre llegara a imitar tu conducta. Yo mismo, que tengo por gran suerte morir amando, no habría visto la luz del sol, si mi madre me estrujara en su cuerpo [...]»<sup>51</sup>.*

Al participar en el trabajo fuera del hogar, la mujer romana no está, como la griega, encerrada en el gineceo, sino que participa plenamente junto con su marido en la vida social de la casa; entra y sale libremente, aparece con su marido en las recepciones y banquetes, comparte con él la autoridad sobre los hijos y sirvientes, aconseja a su marido, asiste a los espectáculos públicos y a las fiestas propias de las mujeres casadas, se les cede el paso en la calle, nadie puede tocarla ni citarla a justicia. Puede intervenir como demandante o como testigo en las causas criminales. Las mujeres tenían libertad de movimientos, de acceso a la cultura y de vida social<sup>52</sup>. La mujer goza

---

<sup>51</sup> OVIDIO NASÓN, P., *Los amores; el arte de amar; el remedio de amor; los cosméticos*, trad. SALINAS, G. (Madrid, 1984), *Amores*, II, 14. “*Quid iuvat immunes belli cessare puellas, nec fera peltatas agmina velle sequi, si sine Marte suis patiuntur vulnera telis, et caecas armant in sua fata manus? Quae prima instituit teneros convellere fetus, militia fuerat digna perire sua. Scilicet, ut careat rigarum crimine venter, sternetur pugnae tristis harena tuae? si mos antiquis placuisset matribus idem, gens hominum vitio deperitura fuit, quique iterum iaceret generis primordia nostri in vacuo lapides orbe, parandus erat. Quis Priami fregisset opes, si numen aquarum iusta recusasset pondera ferre Thetis? Ilia si tumido geminos in ventre necasset, casurus dominae conditor Urbis erat; si Venus Aenean gravida temerasset in alvo, Caesaribus tellus orba futura fuit. Tu quoque, cum posses nasci formosa, perisses, temptasset, quod tu, si tua mater opus; ipse ego, cum fuerim melius periturus amando, vidissem nullos matre negante dies [...]”.*

<sup>52</sup> TELLO LÁZARO, J. C., *Op. Cit.*, pp. 2-3.

de ciudadanía pero no tiene todos los derechos políticos, y está excluida de aquellos cargos u oficios que no tenían compatibilidad con la condición femenina. La mujer estuvo alejada del Foro y de los *officia publica*<sup>53</sup>, porque eran *officia virilia*.

En el año I a.d.C. se habla de una corporación de mujeres creada con fines religiosos y que tal vez existiera desde tiempos antiguos. No sabemos nada con respecto a la composición, organización y funciones, pero sí que tenía local propio en el Foro de Trajano. En el 331 a.d.C., ciento dieciséis mujeres fueron condenadas por reunirse para confeccionar hechizos o venenos, por lo que resulta evidente que estas asambleas de mujeres no se celebraban exclusivamente para dar gracias a los dioses.

En el derecho arcaico Catón señala que “cuando un hombre se divorcia es juez para su mujer en lugar del censor, tiene el poder que parece, si algo ha sido hecho perversa o vergonzosamente por su mujer; sea castigada si bebe vino; si con otro hombre hace algo reprobable, sea condenada”. Sobre el derecho a matarla así está escrito: “si hubieras sorprendido a tu esposa en adulterio, podrías matarla sin necesidad de juicio; pero si tú cometieras adulterio o fueras arrastrado a cometerlo, aquellas no podría atreverse a tocarte con un dedo, ni es justo que lo haga...”<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> D. 3,1,1,5; D. 50,17,2. “Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto. casum: dum caecum utrisque luminibus orbatum praetor repellit: videlicet quod insignia magistratus videre et revereri non possit. refert etiam labeo publicium caecum asprenatis noni patrem aversa sella a bruto destitutum, cum vellet postulare. quamvis autem caecus pro alio postulare non possit, tamen et senatorium ordinem retinet et iudicandi officio fungitur. numquid ergo et magistratus gerere possit? sed de hoc deliberabimus. exstat quidem exemplum eius, qui gessit: appius denique claudius caecus consiliis publicis intererat et in senatu severissimam dixit sententiam de pyrrhi captivis. sed melius mihi est, ut dicamus retinere quidem iam coeptum magistratum posse, aspirare autem ad novum penitus prohiberi: idque multis comprobatur exemplis”; “Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere”.

<sup>54</sup> TELLO LÁZARO, J. C., *Op. Cit.*, pp. 7-8.

Que la mujer se encuentre sometida a la *manus* o poder de un esposo, a la *potestas* o poder de su padre, merece una reflexión. La mujer es considerada como un ser inferior, lo cual deriva de las ideas del pensamiento griego. Por ejemplo, Sócrates atribuye la inferioridad femenina a su propia naturaleza y a la falta de educación, siendo el deber del marido proporcionársela; Platón abunda en la subordinación al varón; Aristóteles, basándose en la pasividad de la mujer en la reproducción, justifica su sometimiento social y jurídico en que el macho es más apto para el mando que la hembra, exceptuando algunos casos contra natura, por ello debe ser tutelada<sup>55</sup>. Reflejo de la *manus* es que la mujer no pudo testar libremente hasta el siglo II d.d. C., aunque de hecho sí lo hacían, pues los hijos no podían heredar a la madre que moría sin hacer testamento. Desde la Ley de las Doce Tablas, las hijas compartían por igual la herencia del padre. Las mujeres fueron consideradas las eternas menores hasta Diocleciano (208-305 d.d.C.), necesitaban un tutor para realizar las transacciones más importantes, como hacer testamento, aceptar una herencia, vender tierras... Las mujeres administraban sus bienes y los de sus hijos; y si el tutor negaba su aprobación a lo que pretendía la mujer, ésta podía recurrir a un magistrado o elegir a un nuevo tutor. Sólo estaban excluidas de la tutela las vírgenes vestales, pero las leyes de Augusto para fomentar la maternidad liberaron de la tutela a las matronas con más de tres hijos y a las manumisas con cuatro.

Conocemos también ocasiones en que las mujeres intervinieron directamente en defensa de sus intereses. En el 195 a.d.C., durante la II Guerra Púnica, exigieron la abolición de la ley *Oppia*, que había sido aprobada en el 215 a.d.C., por la cual se prohibía a las mujeres llevar vestidos de púrpura, o pasear en carruajes, para obligarlas a mantener una apariencia de luto por los hombres muertos en la guerra contra Aníbal, y que limitaba la cantidad de oro que podían poseer las mujeres. La promulgación de la ley *Oppia* sería una reacción antifeminista por parte de la cultura que imperaba en la sociedad romana, en la que el hombre era el dominante<sup>56</sup>. Finalmente la *Lex Valeria Fundana* en el año 195 a. d. C.

---

<sup>55</sup> *Ibid.* pp. 3-4.

<sup>56</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op Cit.*, pp. 257-258.

ha sido la *Lex* que ha derogado la *Lex Oppia*, con la oposición de Catón.

La matrona debía ser discreta en su indumentaria, cubrir su rostro con un velo, no mostrar la mercancía de su cuerpo ni llamar la atención con joyas excesivas. Las mujeres romanas debían usar *stola*, prenda *ad talos demissa*<sup>57</sup>, la cual alcanzaba el suelo formando pliegues<sup>58</sup>. Solamente lo podían usar las mujeres, en concreto las matronas. Éstas podían usar *stola* de púrpura en el caso de que tuvieran tres hijos. Las matronas ceñían la *stola* con un cinturón, que en el supuesto de que algún sujeto rasgase la túnica femenina desde el cuello, no permitía que el desgarrón llegase a la cintura<sup>59</sup>.

Ulpiano recoge en este sentido como deberían ir vestidas las *materfamilias*<sup>60</sup>. Para Ulpiano, las prendas fundamentales que debían

---

<sup>57</sup> HORACIO, trad. MORALEJO, J. L., *Sátiras. Epístolas. Arte poética*, (Madrid, 2008), p. 74. “[...] la estola, que le llega a los pies, y el mantón que por encima se pone; muchas cosas que impedirán que la realidad se muestre como es. La otra no pone estorbo ninguno: con las telas de Cos, casi puedes verla como si estuviera desnuda, por si tiene la pierna mal hecha o jeos los pies, podrás medir a ojo su talle”.

<sup>58</sup> FARNABII, TH. , M. Val. Martialis. *Epigrammata* (Amsterdam, 1644), p. 110. 3,93. “*Cum tibi trecenti consules, Vetustilla, et tres capilli quattuorque sint dentes, pectus cicadae, crus colorque formicae; rugosiorum cum geras stola frontem et araneorum cassibus pares mammas; cum comparata rictibus tuis ora Niliacus habeat corcodilus angusta, meliusque ranae garriant Rauennates, et Atrianus dulcius culix cantet, uideasque quantum noctuae uident mane, et illud oleas quod uiri capellarum, et anatis habeas orthopygium macrae, senemque Cynicum uincat ossens cunnius; cum te lucerna balneator extincta admittat inter bustuarias moechas; cum bruma mensem sit tibi per Augustum regelare nec te pestilentia possit: audes ducentas nuptuire post mortes uirumque demens cineribus tuis quaeris prurire. Quid si Sattiae uelit saxum? Quis coningem te, quis uocabit uxorem, Philomelus aniam quam uocauerat nuper? Quod si cadaver exiges tuum scalpi, sternatur Acori de triclinio lectus, halassionem qui tuum decet solus, tustorque taedas praeferat nouae nuptae: intrare in istum sola fax potest cunnum.*”

<sup>59</sup> FARNABII, TH. , M. Val. Martialis. *Epigrammata* (Amsterdam, 1644), p. 14, 151-153. “*Longa satis nunc sum; dulci sed pondere venter. Si tumeat, fiam tunc tibi zona brevis*”; “*Det tunicam locuples: ego te praecingere possum. Essem si locuples, munus utrumque darem*”.

<sup>60</sup> D. 34,2,23,2. “*Vestimenta omnia aut virilia sunt aut muliebria aut communia aut familiarica. virilia sunt, quae ipsius patris familiae causa parata sunt, veluti togae tunicae pallioli vestimenta stragula amfitapa et saga reliquaque similia. puerilia sunt, quae ad nullum alium usum pertinent nisi puerilem, veluti togae praetextae aliculae chlamydes pallia quae filiis nostris comparamus. muliebria sunt, quae matris familiae causa sunt comparata, quibus vir non facile uti potest sine vituperatione, veluti stolae pallia tunicae capitia zonae mitrae, quae magis capitis tegendi quam ornandi causa sunt comparata, plagulae penulae. communia sunt, quibus*

formar parte de los ropajes usados por las matronas son la *tunica*, la *stola* y la *palla*. Otro tipo de vestiduras que también vestían son las capuchas, los cinturones y las mitras.

Las cortesanas estaban obligadas a llevar el *amiculum* en lugar de la *stola*<sup>61</sup>, diferenciando así a las meretrices de las matronas romanas<sup>62</sup>.

Si una mujer no estaba vestida de *materfamilias* y alguien osaba acosarla se procedería contra el acosador con la *actio iniuriarum*. La agresión a la personalidad depende de la voluntad del agresor; si, por la ropa que lleve la mujer, éste pensara que se está dirigiendo a una prostituta, no se habría cometido la *iniuria*<sup>63</sup>.

Raber deja entrever que por medio de la vestimenta, el agresor pudo haber sido engañado sobre el estatus social de la mujer a quien se dirige. En este sentido trata los hábitos en la vestimenta de la mujer, concluyendo que las ropas que llevare no marcan nítidamente las diferencias de cada *status* social<sup>64</sup>.

Schneider afirma que en la “época de Ulpiano las prostitutas no podían ser fácilmente reconocibles por la ropa que llevaban, por lo que si alguien se dirigía a una mujer vestida con dichas ropas, corría el riesgo de agredir a una mujer decente”<sup>65</sup>.

---

*promiscui utitur mulier cum viro, veluti si eiusmodi penula palliumve est et reliqua huiusmodi, quibus sine reprehensione vel vir vel uxor utatur. familiarica sunt, quae ad familiam vestiendam parata sunt, sicuti saga tunicae penulae lintea vestimenta stragula et consimilia”.*

<sup>61</sup> WILLIAMS C., T., *The Elegies of Tibullus* (Cambridge, 1908). 1,6,67-68. “*Sit modo casta, doce, quamvis non uitta ligatos Impediat crines nec stola longa pedes*”.

<sup>62</sup> D. 47,10,15,15. “*Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent. si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur*”.

<sup>63</sup> DE LAPUERTA MONTOYA, D., “El elemento subjetivo en el *edictum de ademptata pudicitia*: la contravención de los *boni mores* como requisito esencial para la existencia de responsabilidad” en AFDUDC, n° 2 (A Coruña, 1998) pp. 237-252.

<sup>64</sup> RAVER, *cit.* por DE LAPUERTA MONTOYA, D., “El elemento subjetivo...” *cit.* p. 245.

<sup>65</sup> SCHNEIDER, *cit.* por DE LAPUERTA MONTOYA, D., “El elemento subjetivo...” *cit.* p. 246.

Siglos después de la publicación de la ley, Séneca vuelve a ahondar en los criterios de discreción de la mujer en su ornamento personal, en su obra *De Consolatione ad Helviam Matrem* señala<sup>66</sup>: *Non te máximum saeculi malum, impudicitia, in numerum plurium adduxit; non gemmae te, non margaritae flexerunt; non tibi diuitiae uelut máximum generis humani bonum refulserunt; non te, bene in antiqua et seuera institutam domo, periculosa etiam probis peiorum detorsit imitatio; numquam te fecunditatis tuae, quasi exprobraret aetatem, puduit, numquam more aliarum, quibus omnis commendatio ex forma petitur tumescentem uterum abscondisti quasi indecens onus, nec intra uiscera tua conceptas spes liberorum elisisti*<sup>67</sup>.

Asimismo, cuando las riquezas que por herencia poseían las mujeres, solteras o viudas, fueron requisadas a favor del Estado, relata Tito Livio que “*las mujeres bloquearon las calles de la ciudad y todas las entradas al Foro*”. En el 169 a.d.C. se manifestaron contra la *Lex Voconia*, que restringía la riqueza que podían heredar.

En la literatura griega aparece constatada la *impotentia muliebris* o “*endeblez moral femenina*”. El tópico de la maldad innata de la mujer, debido a la debilidad moral, es la que la empuja a actuar por medio de engaños y artimañas. En Roma, el filósofo Séneca incide en la *muliebris impotentia*, basándose en el principio aristotélico de que la mujer es un ser instintivo no sujeto a la razón, espécimen ignorante, guiado por la opinión.

Peor paradas se encuentran las esclavas en Roma, que eran consideradas objetos y no sujetos de derecho, puesto que, además de tener los peores trabajos, debían complacer a sus dueños en sus relaciones extramatrimoniales. Las esclavas no podían casarse aunque sí podían unirse a otro esclavo, unión llamada *contubernium*.

---

<sup>66</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op Cit.*, p. 257.

<sup>67</sup> ANNAEUS SENECA, L., trad. BASORE W. J., *Moral Essays: vol. 2. Annaei Senecae Dialogorum liber XII ad helviam matrem de consolatione*, (Londres y Nueva York, 1932). “*El mal dominante del siglo, la desvergüenza, no te cuenta entre sus innumerables víctimas: ni las piedras preciosas, ni las perlas te han seducido; la riqueza no ha brillado para ti como el mayor bien de la humanidad; a ti, educada dignamente en una casa antigua y austera, no te ha desviado la imitación de los peores, peligrosa incluso para las gentes de bien*”.



En plena República, estando aún vigente el ideal de feminidad, se produce una emancipación de la mujer de forma progresiva, consolidándose a partir del siglo I a.d.C., y perdura durante casi toda la época imperial. La austeridad, que debía ser innata a la personalidad de la *matrona*, deja paso a una necesidad de lujo y ostentación social, y empieza a sentir emociones nuevas conociendo espacios de actividades antes prohibidos<sup>68</sup>.

La *matefamilias* ya no sigue los arquetipos de conducta fijados por el varón siglos atrás, y se inician en unos modos de vida desviados del modelo tradicional. La feminidad llega a confundirse con el mundo masculino. Veamos ésta reflexión en un texto de Séneca, recogido en su obra *Ad Lucilium Epistulae Morales*, XCV, 21: “*Non minus pervigilant, non minus potant, et oleo et mero viros provocant; aequae invitae ingesta visceribus per os reddunt et vinum omne vomitu remetiuntur; aequae nivem rodunt, solacium stomachi aestuantis. Libidine vero ne maribus quidem cedunt: pati natae (di illas deaeque male perdant! adeo perversum commentae genus impudicitiae viros ineunt. Quid ergo mirandum est maximum medicorum ac naturae peritissimum in mendacio prendi, cum tot feminae podagricae calvaeque sint? Beneficium sexus sui vitis perdiderunt et, quia feminam exuberant, damnatae sunt morbis virilibus*”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, pp. 258-259. Horacio, en sus *Odas y Epodos* lo refleja así: “*Nuestro siglo, fecundo en maldades, corrompió primero el tálamo nupcial, afrontando las casas y los linajes; de esta fuente deriva la peste que destruye el pueblo y a la patria. La virgen adulta se entrega sin freno a las danzas de Jonia, se instruye en las artes de la seducción y desde tierna edad sueña con amores incestuosos. Ya casada, solicita a los adúlteros más jóvenes en los banquetes de su esposo y no se detiene a elegir el amante a quien prodigue en las sombras sus ilícitos favores, sino que en presencia del marido, tolerante con sus desórdenes, acude a la voz del autor de tercerías o del mercader de la nave que paga a precio muy alto su deshonra*”.

<sup>69</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, p. 261. ANNAEUS SENECA, L., trad. GUMMERE, R. M., *Ad Lucilium epistulae morales* (Cambridge, 1917). “*Ni trasnochaban menos, ni bebían menos, y rivalizan con los hombres en la lucha y en el vino; desenvuelven por la boca lo que ingerieron contra la voluntad de las entrañas y vomitan todo el vino que bebieron; como ellos toman nieve para consolar al ardoroso estómago. En libido no ceden a los varones, aunque nacidas para un papel pasivo. ¡Ojalá las pierdan los dioses y las diosas! Han inventado un género de impudor tan perverso que hacen la parte del varón. Pues ¿cómo ha de extrañar que el mejor y más perito de los médicos sea cogido en mentira, ya que hay tantas mujeres con gota y calvas? Perdió la ventaja de su sexo con los viejos y, puesto que se despojaron de la feminidad, fueron condenadas a las enfermedades de los hombres*”.

Las mujeres romanas comienzan a explorar los oficios, desde el de peluquera o tejedora, hasta la obstetricia, la explotación de minas, naves y hoteles<sup>70</sup>. Ulpiano afirma que las mujeres están apartadas de todas las funciones civiles y públicas y por ello, no pueden ser jueces, ni actuar como magistradas o abogadas, ni intervenir en representación de alguien, ni ser procuradoras<sup>71</sup>.

En el proceso civil, las mujeres podían actuar como abogadas, hasta mediados del siglo I a.d.C., época en la que el Pretor introduce una cláusula en su Edicto, excluyendo a sujetos por razón de sexo, prohibiendo, por tanto, a las mujeres *postulare pro aliis*<sup>72</sup>. Esta prohibición se concretaba, en la práctica, en la prohibición de postular a las mujeres, en el sentido de no poder presentar demandas formales a favor o en nombre de terceros, ante los tribunales, no en otro lugar<sup>73</sup>.

Ulpiano, razona como motivo de esta prohibición, el evitar que las mujeres se mezclen con asuntos en contra del pudor de su sexo y que desempeñen oficios propios de los hombres, y recoge que

---

<sup>70</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, p. 263.

<sup>71</sup> D. 50,17,2. "*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*".

<sup>72</sup> D. 3,1,1,5. "*Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto. casum: dum caecum utrisque luminibus orbatum praetor repellit: videlicet quod insignia magistratus videre et revereri non possit. refert etiam labeo publilium caecum asprenatis noni patrem aversa sella a bruto destitutum, cum vellet postulare. quamvis autem caecus pro alio postulare non possit, tamen et senatorium ordinem retinet et iudicandi officio fungitur. numquid ergo et magistratus gerere possit? sed de hoc deliberabimus. exstat quidem exemplum eius, qui gessit: appius denique claudius caecus consiliis publicis intererat et in senatu severissimam dixit sententiam de pyrri captivis. sed melius mihi est, ut dicamus retinere quidem iam coeptum magistratum posse, adspirare autem ad novum penitus prohiberi: idque multis comprobatur exemplis*".

<sup>73</sup> GAMBOA IRIBARREN, B. "Mujer y sucesión hereditaria en Roma", pp. 25-53 en ASTOLA MADARIAGA, J. (ed.) *Mujeres y Derecho: Pasado y Presente*, I Congreso multidisciplinar de Centro, Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho (Bizkaia, 2008). D. 39,2,4,8. "*Hoc autem iudicium certam condicionem habet, si postulatum est: ceterum qui non postulavit, experiri non potest. postulare autem proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi*".

el origen de esa prohibición tiene su origen en un caso en el que una mujer llamada Cafrania, mujer muy descarada, al actuar sin pudor como abogada e importunar al magistrado, dio motivo a ese edicto<sup>74</sup>.

En la ley civil romana los derechos de la mujer estaban también muy limitados. Las razones que esgrimía la ley eran descritas como la “debilidad de su sexo” o la “estupidez de su sexo”. La mujer no era incapaz por sí misma, sino solamente para representar a otros. Las mujeres podían concluir contratos para ellas mismas e iniciar procesos en defensa de sus intereses ante cualquier órgano jurisdiccional. También realiza actos de disposición, como pueden ser litigar, tomar dinero a préstamo, recibe pagos válidamente, pudiendo colaborar con su marido en la realización de estos actos y negocios. Por el contrario, el *Senatusconsultum Veleiano* del año 46 d.d.C. prohibió a las mujeres la *intercessio pro aliis*, las mujeres no podían salir fiadoras, ni asumir préstamos en beneficio de terceros, no obstante, existen en la literatura ejemplos de negocios llevados a cabo por mujeres, que por realizarse en su provecho, se exceptúan de la prohibición de la *intercessio*<sup>75</sup>.

La liberación femenina tiene su reflejo en el ordenamiento jurídico romano. Aquellos autores que opinan que la emancipación de la mujer se produjo de forma progresiva, atribuyen el mismo a la promulgación de nuevas leyes, que emanan directamente de la voluntad del Emperador y de senadoconsultos<sup>76</sup>, que dicta un Senado

---

<sup>74</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 28. Paulo afirma en este sentido (D. 5,1,12,2) “Más no todos pueden ser nombrados jueces por aquellos que tienen poder para nombrar jueces; A algunos les es vetado por la ley ser jueces, a otros por la naturaleza y a otros por las costumbres: por la naturaleza al sordomudo; también al enfermo mental incurable y al impúber, ya que carecen de juicio; la ley lo impide al que fue expulsado del senado; las costumbres a las mujeres y a los esclavos, y no por carecer de juicio, sino porque está admitido por la costumbre que no pueden desempeñar funciones civiles”.

<sup>75</sup> *Ibid.* pp. 28-29.

<sup>76</sup> Un senadoconsulto es una opinión o respuesta del Senado a la consulta de un magistrado. No era considerado como un originario y directo valor preceptivo que se pudiera equiparar a la *lex*, sino que se imponía como norma mediante el *imperium* o *potestas* de los magistrados, que se plegaban a aquella opinión que representaba el sentir de la clase dirigente de la que ellos eran temporarios brazos ejecutores. El pretor, sin embargo, reconoció al senadoconsulto la misma relevancia que la ley y el

políticamente muy debilitado. Se llega así al final de una época histórica de servidumbre para la mujer y se instauraría una nueva era de igualdad jurídica entre el varón y la mujer. La jurisprudencia y el Pretor, mediante sus Edictos, desarrollarían también el derecho romano encaminado a la no discriminación de los sexos<sup>77</sup>.

Para el profesor Rodríguez-Ennes “en el curso de las generaciones anteriores, a finales de la República y principios del Imperio, las mujeres de los hombres públicos eran tratadas como seres periféricos que en poco o en nada contribuían a la posición pública de sus esposos. Se les daba el trato de “pequeñas criaturas”: su conducta y sus relaciones con los maridos no ofrecían mayor interés para el mundo masculino de los políticos. Podían minar el carácter de sus hombres a través de la sensualidad, podían inspirarles a causa del amor, un heroísmo impudente, frecuentemente se revelaban como generosas fuentes de valentía y buenos consejos en momentos difíciles”<sup>78</sup>.

Todas estas libertades conseguidas por la mujer en la época de la República, desaparecen a comienzos del Imperio, ya que se produce un regreso hacia los modelos antiguos y ejemplares de la vida ciudadana, volviendo paulatinamente al “ideal de feminidad”. Las medidas que se adoptaban tenían como objetivo una vuelta a los anteriores principios de ideal femenino. Cicerón recomienda una serie de pautas que se verían recogidas en el programa político de César. *“Solamente tú, C. César, has de levantar lo que ves con dolor que yace sacudido y destruido por la violencia de una guerra que fue necesaria; has de establecer la justicia, has de restablecer la buena fe; has de reprimir los libertinajes; has de apoyar la propagación de la prole; todo aquello que, por haberse separado del cuerpo político, se ha debilitado, debes afianzarlo con leyes severas”*<sup>79</sup>.

---

plebiscito (DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E. *Manual de derecho Romano*, 5ª ed. (Buenos Aires, 2005), p. 46.

<sup>77</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, p. 268.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 842.

<sup>79</sup> CICERÓN, *Pro Marcello*, VIII, 23 en IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, pp. 270-271. *“Omnia sunt excitanda tibi, C. Caesar, uni, quae iacere sentis belli ipsiis impetu, quod necesse fuit, peicula atque prostrata: constituenda indicia, revocanda fides, comprimendae*

De esta forma, se empieza a premiar económicamente a los casados con hijos que cumplen los principios de procreación legítima y matrimonio casto y puro. Se aprobaron una serie de *Leges*, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, *Lex Papia Poppaea* y la *Lex Iulia de adulteriis*. Estas leyes vinieron a establecer que todos los hombre entre veinticinco y sesenta años y todas las mujeres entre veinte y cincuenta debían contraer matrimonio. El que no lo hiciera se consideraría célibe y se vería castigado con la pérdida de capacidad de recibir herencias y legados, lo que suponía en la práctica la merma de capacidad patrimonial<sup>80</sup>.

Por lo que respecta al adulterio, la legislación augustea lo definía del siguiente modo: *“tendrán la calificación de adulterio todas las relaciones extramatrimoniales mantenidas por una mujer, fuese casada, virgen o viuda, a menos que, obviamente, la mujer fuera prostituta y con la excepción de la relación de concubinato”*. La *Lex Iulia de adulteriis* no se limitaba a recoger la violación de la fidelidad conyugal si no que pasaba a calificar como delitos públicos, y por tanto, juzgados por tribunales y perseguibles por iniciativa de cualquier ciudadano, los delitos sexuales.

Tiberio también promocionó la estricta moral ciudadana, apremiando a los ciudadanos para que adoptaran costumbres honestas. Prueba de ello es el siguiente escrito: *“Para dar ejemplo de economía, hacía servir en su casa, aun en las comidas más solemnes viandas del día anterior, y ya empezadas, como la mitad de un jabalí, y decía que aquella mitad era tan sabrosa como el cuerpo entero. Prohibió también la costumbre de besarse todos los días, y prohibió también demorar más allá de las calendas de enero el cambio de regalos de primero de año; acostumbraba recompensar en el acto y por su propia mano los que le hacían a él, con el cuádruplo de su valor; pero cansado de que le distrajesen a cada momento todo el mes, a los que, no habían podido visitarle el primer día no les dio ya nada. Restableció la antigua costumbre que un consejo de familia acordase por unanimidad de votos el castigo de las mujeres adúlteras que no tenían acusadores públicos. A un caballero romano, que había prometido no repudiar jamás a su esposa y que habiéndola sorprendido en adulterio con su yerno podía, por consiguiente, echarla. Tiberio le relevó de su*

---

*libidines, propaganda suboles, omnia, quae dilapia iam diffluxerunt, severis legibus vincienda sunt”*.

<sup>80</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, p. 271.

*juramento. Mujeres que habían perdido la reputación, para ponerse al abrigo de las penas que dictaba contra ellas la ley librarse de los deberes de una incómoda dignidad, habían optado por hacerse inscribir como cortesanas [...] Quitó a un senador la cuestura por haber repudiado el día siguiente de su matrimonio a una mujer que había obtenido por sorteo la víspera*<sup>81</sup>.

## 2.1.- Época Arcaica

### 2.1.1.- Mujer casada *in manu / sine manu*<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> SÜETONIO TRANQUILLO, C., *La vida de los doce césares* (Barcelona, 2003). XXXIV y XXXV.

<sup>82</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 108-114; 113; 114; 123; 136; 144. *‘Nunc de his personis uideamus, quae in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est’*; *‘Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent: in manum autem feminae tantum conueniunt’*; *‘Olim itaque tribus modis in manum conueniebant: usu, farreo, coemptione’*; *‘Usu in manum conueniebat, quae anno continuo nupta perseuerabat: nam uelut annua possessione usucapiebatur, in familiam uiri transibat, filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti conuenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cuiusque anni interrumperet. Set hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est’*; *‘Fareo in manum conueniunt per quoddam genus sacrificii in quo farreus panis adhibetur: unde etiam confarreatio dicitur, sed com plura praeterea huius iuris ordinandi gratia eum certis et sollempnibus uerbis, praesentibus decem testibus aguntur et flunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: nam Flamines maiores, id est, Diales, Martiales, Quirinales sacrorum nisi confarreatio. Coemptione in manum conueniunt per mancipationem, id est, per quandam imaginariam uenditionem, adhibitis non minus quam u testibus, ciuibus Romanis puberibus, item libripende, praeter mulierem eumque, cuius in manum conuenit’*; *‘Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo: aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae causa. Quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem: quae uero alterius rei causa facit coemptionem eum extraneo, uelut tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem’*; *‘Si tamen quaerat aliquis, quare coemptio na mea quidem, quae coemptionem facit seruillem condicionem mancipati mancipataeue seruorum loco consituuntur: adeo quidem, ut ab eo, cuius in mancipio sunt, naque hereditatem, neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona seruorum. Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus iisdem uerbis mancipio accipiantur, quibus serui; quod non similiter fit in’*; *‘Fecer Maximi et Tiberonis. Cum enim haec quod ad sacra tantum uideatur in manu esse, quod uero ad cetera perinde habeatur, atque si in manum non conuenisei potestate parentis liberantur, nec interest, an in uiri sui manu sint, aut extranei, quamuis hac solac loco filiarum habeantur, quae in uiri manu sunt’*; *‘Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habent, testamento res dare: masculini quidem sexus impuberibus (duntaxat; femini autem tan impuberibus), quam nubilibus, ueteres enim uoluerunt, feminas etiam si perfectae aetatis sint, propter animi leuitatem in tutela esse’*.

La concepción que tenían los romanos del matrimonio era muy diferente de la que tenemos en la actualidad en las sociedades occidentales, sobre todo debido a la influencia que ha ejercido el cristianismo a lo largo de los siglos.

El matrimonio en la época romana, podemos definirlo como una institución social con relevancia jurídica que consiste en una permanente situación, en un *status*, de convivencia de dos personas de sexo diferente con la voluntad de ser marido y mujer (*affectio maritalis*) y constituyentes de una sociedad doméstica. Predomina en esta unión el elemento anímico sobre el material, es decir, al matrimonio lo hace el consentimiento y no la unión carnal. Esta voluntad, no se requiere, como en la actualidad, que revista una forma de expresión solemne en un acto inicial del cual derivan el resto de consecuencias jurídicas permanentes del estado matrimonial<sup>83</sup>.

Ulpiano señala en el Digesto que “es derecho natural aquél que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra, del mar y a las aves. Del derecho natural deriva la unión del macho y de la hembra, que nosotros denominamos matrimonio, así como la procreación de los hijos y su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho”<sup>84</sup>.

Modestino lo define de la siguiente manera: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et femi? Uie et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (el matrimonio es la unión del varón y la mujer, sociedad de toda la vida, comunión del ordenamiento divino y humano)<sup>85</sup>. El consorcio para toda la vida significa que ambos integrantes del matrimonio se unían no por un período determinado, sino por un período indeterminado. No obstante, el vínculo podía romperse si

---

<sup>83</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 232.

<sup>84</sup> D. 1,1,1,3. “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer*”.

<sup>85</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 233.

cesaba la *affectio maritalis*, no tenía por tanto, que durar para toda la vida física de un ser humano<sup>86</sup>.

La mujer romana soltera se convierte en la transmisora de la ciudadanía romana a sus descendientes, hijos e hijas, que aunque nazcan fuera del matrimonio adquieren la ciudadanía que poseía su madre. Pero el hombre, por el contrario, necesita la existencia de un matrimonio legítimo, para transmitir la ciudadanía a sus descendientes<sup>87</sup>.

El matrimonio era la principal misión de la mujer romana. Era también el medio que las clases altas empleaban para establecer alianzas políticas o económicas entre familias, de tal forma que una mujer podía realizar tantos matrimonios como fueran convenientes para el interés de la familia.

El matrimonio, una vez que se celebra, no altera la anterior situación familiar agnaticia de ambos cónyuges. Por tanto, el marido pertenece a su familia, como *sui* o como *filius*, y la mujer a la suya, como *sui* o como *filia*. Como el parentesco agnaticio se transmite por línea masculina, los hijos e hijas que nazcan de esa unión matrimonial, pertenecerán a la familia del padre. Es por ello, que estos hijos y su madre pertenecerán a familias agnaticias distintas<sup>88</sup>.

El matrimonio tenía en Roma diferentes nombres. Se podía denominar *coniugium*, *matrimonium*, *connubium*, *consortiumnuptiae*, *coniunctio*, *communicatio*, *societas*, *pactum*, *foedus*... Para que el matrimonio pueda ser válido se requieren tres condiciones:

1.- La pubertad o idoneidad física: los contrayentes debían ser púberes. Debían tener capacidad fisiológica para poder tener hijos. Justiniano se estableció la edad del siguiente modo. En las mujeres doce años y catorce en los hombres.

2.- La capacidad jurídica (*connubium*): En el mundo antiguo no todos los sujetos tenían capacidad para constituir

---

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Op. Cit.*, p. 287.

<sup>87</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 31.



matrimonio válido. Para que existiera matrimonio válido con todos los efectos a él inherentes, debían ambos contrayentes tener el *conubium*. Los plebeyos no lo tuvieron con los patricios hasta que se promulgó la *Lex Cannuleia* en el año 445 a. d. C.<sup>89</sup>, ya que éste había sido prohibido cinco años antes por la Ley de las XII Tablas. No cabía el matrimonio entre libres y esclavos, cuya unión se denominaba *contubernium*.

3.- El consentimiento<sup>90</sup> de los esposos: en una primera época el *pater familias* decidía sin la opinión de sus hijos<sup>91</sup>. Este consentimiento que tienen el carácter de una *auctoritas*, se había requerido, según el derecho clásico, sólo para el momento inicial del matrimonio; no como el de los cónyuges que debe ser permanente. Así, una vez que el *pater* ha dado el consentimiento, su cambio de voluntad no puede alterar el hecho jurídico del matrimonio, cuya persistencia en el tiempo depende exclusivamente de la  *affectio maritalis*<sup>92</sup>.

Debemos señalar que para la celebración del matrimonio válidamente constituido, aparte de los requisitos señalados en los párrafos anteriores, hay que destacar que existían una serie de

---

<sup>89</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 234.

<sup>90</sup> D. 50,17,30. "*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*" (no es la cohabitación lo que hace el matrimonio, sino el consentimiento).

<sup>91</sup> SÉNECA THE ELDER, ed. GOTTLIEB KIESSLING, A., *Annaei Senecae Oratorum et rhetorum sententiae divisiones colores* (Leipzig, 1872). *Controversiae*, II, 3, 2: "*Cualquier animal, cualquier esclavo, ropa o útil de cocina, lo probamos antes de comprarlo; sólo a la esposa no se la puede examinar para que no disguste al novio antes de llevarla a casa. Si tiene mal gusto, si es tonta, deforme, o le huele el aliento, o tiene cualquier otro defecto, sólo después de la boda llegamos a conocerlo*".

<sup>92</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 234. D. 24,1,32,13. "*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*" (Si los cónyuges hubieran vivido separados mucho tiempo, pero se mantenían el recíproco respeto matrimonial... creo que las donaciones no son válidas, como si el matrimonio no se hubiese interrumpido, pues no es la unión de hecho lo que hace el matrimonio, sino el afecto matrimonial...). D. 35,1,15. "*Cui fuerit sub hac condicione legatum " si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*".

impedimentos para poder llevar a cabo la celebración. Derivan de motivos éticos, sociales, y religiosos. Son impedimentos absolutos si la incapacidad de contraer matrimonio es en relación con cualquier persona, y son relativos si esa incapacidad es respecto de personas determinadas<sup>93</sup>:

- Por matrimonio precedente: el matrimonio romano fue siempre monogámico.
- Por diferencias sociales: No parecía estar prohibido en el *ius civile* antiguo el matrimonio entre ingenuos y libertos, pero la *Lex Lidia* prohibió a la clase senatorial el matrimonio con libertas o con mujeres “abyectas”, como actrices, prostitutas... En el siglo VI d. C. se prohíbe el matrimonio de una mujer libre con un colono de otro.
- Por sanciones penales: La *Lex Iulia* prohibió el matrimonio de la adúltera<sup>94</sup>. Con posterioridad el del raptor con su víctima.
- Por motivos éticos: Esta prohibido el matrimonio del tutor, su *pater* y sus descendientes con la pupila, antes del rendimiento de cuentas. También el de los magistrados con mujeres de su provincia, hasta no haber terminado con sus funciones en esa provincia.
- Por motivos religiosos: Por influencia cristiana, se prohibió el matrimonio entre hebreos y cristianos y entre padrino y ahijada.
- Por motivos de parentesco: en línea recta, entre ascendientes y descendientes, está prohibido en cualquier grado. En grado colateral, está prohibido entre hermano y hermana y entre tíos y sobrinos. Claudio, para poder casarse con la hija de su hermano Germánico, obtuvo un

---

<sup>93</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 235.

<sup>94</sup> SÜETONIO TRANQUILO, C., *Op. Cit.*, XLIII. Cayo Julio César “*declaró nulo el matrimonio de un antiguo pretor que se había casado con una mujer al segundo día de separada de su marido, aunque no se la sospechaba de adulterio*”.

*senatusconsultum* que autorizó el matrimonio entre tío y sobrina, pero manteniendo la prohibición de casarse con una hija de una hermana. Por afinidad estaban prohibidos los matrimonios entre suegro y nuera, suegra y yerno, padrastro e hijastra, madastra e hijastro. La influencia cristiana extendió la prohibición a la línea colateral.

- Supuestos especiales: la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sin haber transcurrido diez meses desde la muerte de su anterior marido. Se amplió este plazo a un año y se extendió también a los supuestos de divorcio. Este margen de tiempo tenía como fin evitar la confusión en cuanto a la paternidad de eventuales hijos concebidos. Por ello, cesaba inmediatamente después de un parto. En este caso no sería un impedimento propiamente dicho, ya que el matrimonio resultante sería válido, pero contrayentes y *patres* que consintieron la unión quedaban sujetos a posibles sanciones, entre las cuales estaría la infamia.

La *conventio in manum* es el negocio jurídico por el cual la mujer entraba en la *manus* del marido, situándose *loco filiae*, “en el lugar de su hija”, del marido y hermana agnada de sus hijos legítimos; y si el marido era *alieni iuris* (sometido a la potestad de su *pater familias*), entraba ésta bajo la potestad del *pater familias loco neptis*, “en el lugar de una nieta”. Este hecho traía como consecuencia que los bienes de la mujer pasaban al titular de la *manus*<sup>95</sup>. La *manus* no se producía automáticamente por la celebración del matrimonio, sino que es necesario un acto legal especial. Por tanto, el matrimonio puede ser perfectamente válido y no existir *manus*, ya que esta potestad es algo que se puede añadir a la institución matrimonial<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> TELLO LÁZARO, J. C., *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>96</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 31.

La *conventio in manum* era un acto jurídico celebrado entre dos sujetos de manera privada, sin la intervención del pueblo, reunido en la curia, o del magistrado<sup>97</sup>.

En el derecho clásico se reconocen dos formas de creación de la *manus mariti*<sup>98</sup> y no dos formas de celebración del matrimonio:

- La *confarreatio* era una antigua ceremonia religiosa de los patricios, a la que asistían diez testigos y el sacerdote de Júpiter. Este nombre tiene su origen en el *panis farreus* (pan de cebada), que comido en común simbolizó una perfecta comunión de vida y constituido, tal vez, el antecedente de las modernas tartas de boda<sup>99</sup>.
- La *coemptio*, que es aquel acto en el que se produce una *mancipatio* mediante la cual la mujer era vendida ficticiamente o se vendía a sí misma a su futuro marido por causa *matrimonii*, y no como esclava, quedando así sometida a la *manus* de su marido. Este acto es casi inexistente en el último siglo de la República, ya que las mujeres odiaban la *manus*<sup>100</sup>.

En el Derecho Republicano existe otra forma de *manus*, denominada *usus*, el cual sería un modo arcaico aunque vigente en época de Cicerón. Es el ejercicio fáctico de un derecho que por el transcurso del tiempo daba lugar a la titularidad jurídica de ese derecho. Esto significa, en el caso que nos ocupa, que si la mujer durante un año había estado conviviendo con su marido, bajo su poder o el del *pater* de éste, se entendía, en virtud de la aplicación analógica del precepto decenviral sobre la usucapión, que sobre ella se

---

<sup>97</sup> NUÑEZ PAZ, M<sup>a</sup>. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca, 1988), p. 21.

<sup>98</sup> Rodríguez-Ennes afirma que en el derecho clásico “la alta sociedad romana rebusaba celebrar matrimonios en el que la mujer se hallaba in manu mariti; prefería el matrimonio libre o sine manu...” (RODRÍGUEZ-ENNES, L., “La larga lucha...”, *cit.*, p. 844)

<sup>99</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op.Cit.*, p. 228.

<sup>100</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 31.

había adquirido la *manus*. Esta forma no ha sobrevivido al fin de la República en su pugna con la *humanitas*<sup>101</sup>.

El matrimonio clásico celebrado entre romanos, era una unión libre y disoluble en igualdad<sup>102</sup>. Es una relación de hecho y no un negocio jurídico vinculante. No conlleva ni igualdad de religión ni comunidad de bienes entre ambos cónyuges<sup>103</sup>. La convivencia que se produce entre ambos sujetos, es una apariencia social de una relación monogámica entre dos ciudadanos, con algunas consecuencias jurídicas, que se distingue de otro tipo de uniones como el concubinato<sup>104</sup>.

Los cónyuges dentro de su unión, son considerados iguales el uno al otro. La mujer conserva el nombre de su familia originaria. La mujer no comparte la dignidad de su marido, excepto si este fuera *Senator*. Pero si comparte en cualquier caso el domicilio marital.

La mujer casada *cum manu* se hace hermana agnada de sus hijos, correspondiéndole, por tanto, el segundo grado de línea colateral respecto a su hijo, igual que los hermanos. Por lo que se refiere a la capacidad patrimonial, la mujer se encuentra en una situación parecida a la del hijo *in potestate* y es *heres legitima* de su marido, al igual que los hijos de éste último<sup>105</sup>.

La mujer *in manu* no podía poseer ningún tipo de patrimonio. Tanto el que tuviera antes de contraer matrimonio como el que adquiriese después de contraído se transmitía automáticamente al marido. Éste tenía derecho a disponer de él según su criterio, ya fuera *inter vivos* o *mortis causa*. La mujer era *heres legitima* de su marido, igual que los hijos *in potestate*<sup>106</sup>. Pero, en el testamento debía ser instituida heredera o desheredada expresamente, siendo suficiente, a diferencia de lo que ocurría con los *filia, nominatim*, fuese desheredada *inter ceteros*.

---

<sup>101</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 228.

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ-ENNES, L., “La larga lucha...”, *cit.*, p. 844.

<sup>103</sup> RUIZ FERNÁNDEZ, E., *El divorcio en Roma* (Madrid, 1988) en GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>104</sup> VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Valencia, 1997), p. 294.

<sup>105</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>106</sup> *Ibid.* p. 33.

Por otra parte, el testamento no sería válido, si con posterioridad a la redacción del mismo por parte del testador, éste por medio de la adopción o *adrogatio* introduce en su familia a un miembro nuevo. Tampoco se considerará válido si la mujer entra bajo la *manus* del testador o si la que estaba bajo *manus* se une sucesivamente en matrimonio con él<sup>107</sup>.

Los principios y reglas que los juristas realizan sirvieron para delimitar el régimen sucesorio de la mujer *in manu*. Para ello, dotan de contenido jurídico a usos y prácticas sociales que imponen al *pater* el atender a la mujer adecuadamente, ya sea durante el matrimonio con la concesión del un *peculium*<sup>108</sup>, como en el supuesto de supervivencia, legándole los mismos bienes en uso y la dote<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> *Ibid.* p. 48.

<sup>108</sup> D. 31,88; D. 33,8,26; D. 32,49,7; D. 31,34,6. "*Lucius titius testamento ita cavit: " si quid cuique liberorum meorum dedi aut donavi aut in usum concessi aut sibi adquisiit aut ei ab aliquo datum aut relictum est, id sibi praecipiat sumat habeat". filii nomine kalendarium fecerat. postea sententia dicta est et placuit id, quod sub nomine ipsius filii in kalendario remanserat, ei deberi, non etiam id, quod exactum in rationes suas pater convertisset. quaero, si id, quod exegisset pater ex nominibus filii ante testamentum factum, iterum post testamentum factum in nomen filii convertisset, an ad filium secundum sententiam pertineret. respondi id, quod ex eadem causa exactum in eandem causam redisset, deberi"; "titi filii, e medio praecipito sumito tibi que habeto domum illam, item aureos centum": alio deinde capite peculia filiis praelegavit. quaesitum est, an peculio praelegato et centum aurei et usurae eorum debentur, cum rationibus brevioribus in aere alieno et sortem et usuras inter ceteros creditores complexus sit. respondit, si id faenus nomine filii exercuisset et usuras ita, ut proponeretur, filio adscripsisset, id quoque peculio legato deberi"; "Hoc legatum et filio et filiae relinqui potest: " quae eius gratia parata sunt", et servo servaeque: et continebuntur quae ipsi sunt adtributa vel destinata"; "Lucius titius relictis duobus filiis suis heredibus diversi sexus institutis addidit caput generale, uti legata et libertates ab his heredibus suis praestarentur: quadam tamen parte testamenti a filio petit, ut omne onus legatorum in se sustineret, in hunc modum: " ea quaecumque in legatis reliqui vel dari praecepi, ab attiano filio meo et herede dari praestari que iubebo", deinde subiecit in praeceptione relinquenda filiae suae haec verba: " paulinae filiae meae dulcissimae si quid me vivo dedi comparavi, sibi habere iubeo: cuius rei quaestionem fieri veto. et peto a te, filia carissima, ne velis irasci, quod amplio rem substantiam fratri tuo reliquerim, quem scis magna onera sustentaturum et legata quae supra feci praestaturum". quaero, an ex his extremis verbis, quibus cum filia sua in testamento pater locutus est, effectum videatur, ut hereditariis actionibus id est omnibus filium suum oneraverit, an vero iam solum propter onus legatorum locutus esse videatur, petitiones autem hereditariae in utrumque heredem creditoribus dari debeant. modestinus respondit, ut actiones creditorum filius solus excipiat, iussisse testatorem non proponi".*

<sup>109</sup> *Ibid.*

En palabras de Gamboa Iribarren “la práctica más frecuente que perdura en la época clásica fue la de desheredar *inter ceteros* a la mujer *in manu* y legarle aquellas cosas *quae eius causa parata sunt*”<sup>110</sup>, de

---

<sup>110</sup> D. 32,45; D. 34,2,2; D. 34,2,10; D. 34,2,34,2; D. 34,2,32,6. “*Hoc legatum “uxoris causa parata” generale est et continet tam vestem quam argentum aurum ornamenta ceteraque, quae uxoris gratia parantur. Sed quae videantur uxoris causa parari? sabinus libris ad vitellium ita scripsit: quod in usu frequentissime versatur, ut in legatis uxoris adiciatur “quod eius causa parata sint”, hanc interpretationem optinuit, quod magis uxoris causa quam communis promiscuaeque usus causa paratum foret. neque interesse visum est, ante ductam uxorem id pater familias paravisset an postea an etiam ex his rebus quibus ipse uti soleret uxori aliquid adsignavisset, dum id mulieris usibus proprie adtributum esset”;* “*Qui tibi mandaverat, ut ornamenta in usum uxoris suae emeris, eidem uxori uti adsolet legavit quae eius causa parata erunt: tu deinde post mortem mandatoris ignorans eum decessisse emisti. Non debentur mulieri, quoniam ea verba ad mortis tempus referuntur. At si vivente testatore, muliere autem mortua emeris, non ineleganter dicitur inefficax hoc legatum esse, quando non possit vere dici eius causa paratum videri, quae prius decessit. eadem dicenda erunt et si vivat quidem mulier, sed diverterit et quaeratur, an post empta ei debeantur, quasi non videantur uxoris causa parata”;* “*Quintus mucius ait: si pater familias uxori vas aut vestimentum aut quippiam aliud ita legavit “quod eius causa emptum paratumve esset”, id videtur legasse, quod magis illius quam communis usus causa paratum esset. Pomponius: sed hoc verum est non solum, si ipsius viri et uxoris communis usus, sed etiam si liberorum eius aut alterius alicuius communis usus fuerit: id enim videtur demonstrasse, quod proprio usui uxoris comparatum sit. Sed quod quintus mucius demonstrat “vas aut vestimentum aut quid aliud”, efficit, ut falsa sint quae subiecimur: multum enim interest, generaliter an specialiter legentur haec. nam si generaliter, veluti ita “quae uxoris causa comparata sunt”, vera est illius definitio: si vero ita scriptum fuerit “vestem illam purpuram”, ut certa demonstraret, licet adiectum sit “ quae eius causa empta paratave essent”, licet neque empta neque parata neque in usum ei data sint, legatum omnimodo valet, quia certo corpore legato demonstratio falsa posita non peremit legatum. veluti si ita sit scriptum: “ stichum, quem ex venditione titii emi”: nam si neque emit aut ex alia venditione emit, legatum nibilo minus valet. plane si ita legatum fuerit “ vas aut vestimenta, aut quae uxoris causa parata sunt”, tunc aequae erit vera quinti mucii sententia: quo casu sciendum est, etiam si alienae res hae fuerint, quas putavit testator suas esse, heredem teneri, ut eas det”; “*Quod si ita legasset uxori “ aurum quod eius causa paratum erit”, tunc rectissime scribit quintus mucius, ut haec scriptura habeat in se et demonstrationem legati et argumentum: ideoque ipso iure alienata libra auri amplius quattuor pondo non remanebunt in obligatione, nec erit utendum distinctione, qua ex causa alienaverit testator”; “*Labeo testamento suo neratae uxori suae nominatim legavit “ vestem mundum muliebrem omnem ornamentaque muliebria omnia lanam linum purpuram versicoloria facta infectaque omnia” et cetera. sed non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio, quia labeo testamento lanam ac deinde versicoloria scripsit, quasi desit lana tincta lana esse, detractoque verbo “ versicolorio” nibilo minus etiam versicoloria debebuntur, si non appareat aliam defuncti voluntatem fuisse”.***

esta forma el marido garantizaba a la mujer el uso y disfrute de las cosas que habían estado a su disponibilidad durante el matrimonio”<sup>111</sup>.

El matrimonio *sine manu*, por el cual el *pater familias* podía tener hijos con una mujer sin agregarla a su familia, perteneciendo ésta, a la suya originaria y sometida a la autoridad de su *pater familias*. Esta posibilidad es más común, sobre todo entre las mujeres *sui iuris* (no sometidas a potestad paterna) y las que quieren conservar sus propios bienes administrándolos mediante un tutor<sup>112</sup>. En este matrimonio se produce una situación conyugal de independencia de la mujer en el campo jurídico, pero no logró alcanzar una igualdad plena con el marido, ya que su domicilio es el domicilio conyugal al cual puede obligar a la mujer a volver, penándose como delito solamente el adulterio de ésta<sup>113</sup>.

El matrimonio no acompañado de la *manus* o *potestas* del marido sobre la mujer, tiene su aparición ya en la Ley de las XII Tablas, pero no es hasta el siglo I a.d.C. cuando alcanza su máximo esplendor. En la época clásica, el matrimonio libre sería el matrimonio normal celebrado entre dos ciudadanos romanos. La *confarreatio* se celebraba en muy contadas ocasiones, ya que en época de Tiberio, no se podía encontrar de forma fácil al sujeto que debía ser el sacerdote de Júpiter, ya que este sujeto tenía que reunir una característica importante que es que hubiera nacido de patricios casados con dicha ceremonia religiosa<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> *Ibid.* pp. 48-49.

<sup>112</sup> TELLO LÁZARO, J. C., *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>113</sup> ESPIN CANOVAS, D., *Capacidad jurídica de la mujer casada* (Salamanca, 1969), p. 14.

<sup>114</sup> TACITUS, P. C., *Annali* (Milán, 1951). *Annalium Liber*, 4,16. “*Sub idem tempus de flamine Diali in locum Servi Maluginensis defuncti legendo, simul roganda nova lege disseruit Caesar. nam patricios confarreatis parentibus genitos tres simul nominari, ex quis unus legeretur, vetusto more; neque adesse, ut olim, eam copiam, omissa confarreati aduetudine aut inter paucos retenta (pluresque eius rei causas adferebat, potissimam penes incuriam virorum feminarumque; accedere ipsius caerimoniae distcultates quae consulto vitarentur) et quoniam exiret e iure patrio qui id flaminium apisceretur quaeque in manum flaminis conveniret. ita medendum senatus decreto aut lege, sicut Augustus quaedam ex horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset. igitur tractatis religionibus placitum instituto flaminum nihil demutari: sed lata lex qua flaminica Diali sacrorum causa in potestate viri, cetera promisco feminarum iure ageret. et filius Maluginensis patri*



Los matrimonios celebrados con este método no producen efectos patrimoniales, es decir, el marido no adquiere los bienes de la mujer. Tanto uno como otro, siguen siendo propietarios de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio, y los adquiridos durante el matrimonio eran de aquel que los adquiría, por cualquier método de adquisición de bienes, herencia, legados, donaciones...<sup>115</sup>.

La mujer no necesitaba, por ejemplo, autorización por parte de su esposo para los actos en los que intervenía, ni éste último era responsable de las deudas contraídas por su esposa<sup>116</sup>.

Alrededor de este tipo de matrimonio no existe ninguna comunidad patrimonial entre ambos cónyuges. Por tanto, el marido no está obligado a mantener a su esposa. Y por su parte, la mujer no es heredera legítima de su marido, ni el marido, a su vez, heredero legítimo de su mujer. El Pretor otorgaba la *bonorum possessio sine tabulis* a los dos cónyuges en defecto de parientes cognados<sup>117</sup>. Esto sucede así porque con el paso de los años a la mujer se le van reconociendo derechos sucesorios en calidad de *uxor*, una vez que los vínculos cognaticios o de sangre se transforman en los predominantes, sobre los agnaticios. De hecho el Pretor le concede la *bonorum possessio unde vir et uxor*, la cual le otorga el derecho de participar en la posesión de los bienes del marido después de los parientes de éste<sup>118</sup>.

A la vista de esta situación se hizo necesario desarrollar una costumbre matrimonial para regular situaciones concretas que se daban en este tipo de matrimonio. En virtud de costumbre, los cónyuges instituían en un testamento otorgado separadamente,

---

*suffectus. utque glisceret dignatio sacerdotum atque ipsis promptior animus foret ad capessendas caerimonias decretum Corneliae virgini, quae in locum Scantiae capiebatur, sestertium viciens, et quotiens Augusta theatrum introisset ut sedes inter Vestalium consideret”.*

<sup>115</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>116</sup> CI. 5,14,8. “*Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat. quamvis enim bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari, attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere”.*

<sup>117</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>118</sup> *Ibid.* p. 49.

heredero al otro cónyuge o disponían de un legado en favor del otro, para suplir las posibles deficiencias de la sucesión *ab intestato*. En lo que respecta a su propiedad particular se comportaban como si fuera común<sup>119</sup>.

También se desarrollaron una serie de normas para regular el patrimonio de ambos cónyuges. Una *praesumptio Muciana*, establece que en caso de duda, los bienes que tuviese la mujer en su poder, salvo prueba en contrario, provenían del marido, como consecuencia de donación<sup>120</sup>. A finales de la República, esta presunción sufre un revés, ya que las donaciones entre cónyuges se prohíben para evitar que uno de ellos se desprenda de sus bienes en beneficio del otro y por la frecuencia con que había divorcios<sup>121</sup>.

La disolución del matrimonio en Roma aparecía regulado en el Digesto del siguiente modo: “*Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*”<sup>122</sup>. Paulo refleja unas causas de disolución del vínculo conyugal, aunque no todas las derivadas de la concepción clásica que se tenía de aquel. El vínculo matrimonial puede deshacerse por las siguientes causas<sup>123</sup>:

- Por fallecimiento: una vez que fallece la persona, concluyen también los requisitos para la constitución del matrimonio.
- Por cautiverio: esta causa extingue la capacidad jurídica de otorgar consentimiento válido, y en consecuencia, el *conubium*.
- Esclavitud: puede darse un defecto del *conubium* en el patrono<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>120</sup> D. 24,1,51. “*Quintus mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur quintus mucius probasse*”.

<sup>121</sup> D. 24,1.

<sup>122</sup> D. 24,2,1.

<sup>123</sup> NUÑEZ PAZ, M<sup>a</sup>. I., *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>124</sup> D. 23,2,45,6. “*Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset. Et qui iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in*

- *Divortium*: Aquí se recogen todas las formas en las que se puede disolver el vínculo matrimonial en aquellos supuestos en los que cesa el consentimiento.

Desde Constantino se inicia una lucha contra el divorcio, estableciendo penas y desventajas patrimoniales para desalentarlo, pero no se llega a negar la validez del divorcio. En el derecho justinianeo se establece un régimen basado en cuatro hipótesis:

- *Divortium ex iusta causa*. Se produce por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges y está motivado por la culpa del otro. Esta culpa se puede producir por adulterio, atentado contra la vida, incitación a la prostitución, conspiración contra el emperador... El repudiado pierde la dote o la *donatio propter nuptias*, y si se trata de una adúltera, es encerrada en un convento.
- *Divortium sine causa*. Se produce unilateralmente, pero sin causas de culpabilidad del otro cónyuge. Se le imponen varias cargas y sanciones, pero se lo reconoce válido.
- *Divortium ex communi consensu*. Fue prohibido por Justiniano, pero restablecido inmediatamente después de su muerte en el año 565 d.d.C. por Justino II.
- *Divortium bona gratia*. Se produce por varios motivos especiales, tales como incapacidad para procrear, cautiverio bélico de más de cinco años, ausencia del soldado sin dar noticias por más de cuatro años, caída en la esclavitud de un liberto, locura furiosa, voto de castidad...

La fidelidad conyugal propia del matrimonio empieza a quebrantarse y el aborto se practica frecuentemente para encubrir determinadas libertades sexuales. El hombre se lamenta de esta situación. Juvenal, lo recoge en su obra *Satirae*, VI, 25 y 26, del

---

*captivitate propter patroni reverentiam. Certe si in aliam servitatem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium*".

siguiente modo: “Ella, olvidándose de su casa, de su marido y de su hermana, no se preocupó lo más mínimo de su patria, abandonó a sus hijos a pesar de sus lágrimas. Y aun cuando desde su infancia había dormido, en medio de grandes riquezas, sobre un colchón de pluma de su padre, en una cuna entretejida de oro desafió al mar; ya antes había desafiado el honor cuyo sacrificio cuesta muy poco a quienes se sientan en blandos sillones. Y así, su corazón intrépido afrontó las olas del Tirreno y el mar Jonio, que retumbaba a lo lejos. Es duro embarcar si te lo ordena un esposo; el olor de la sentina es molesto, la parte más alta del cielo da vueltas sobre sí misma; la que sigue a un adúltero aguanta con su estómago; la esposa vomita sobre su marido; con un amante come entre los marineros, circula sobre la popa y se divierte manejando las duras jarcias”<sup>125</sup>.

### 2.1.2.- Capacidad Jurídica / Capacidad de Obrar de la Mujer

En la actualidad, los juristas utilizan el término persona para referirse al ser humano. En la civilización romana, Gayo recoge en sus Instituciones, que eran *personae* los hombres libres, los esclavos, los ingenuos, los libertos, los *sui iuris* y los *alieni iuris*<sup>126</sup>.

En Roma la palabra *persona* no significaba lo mismo que sujeto de derechos, ya que en esa acepción estaban incluidos los esclavos, los libertos y los *alieni iuris*, los cuales tenían sus derechos restringidos de alguna manera.

En la actualidad, persona, sería aquel sujeto de derechos y obligaciones. Todo hombre por el mero hecho de serlo es

---

<sup>125</sup> IRIGOYEN TROCONIS, M. P., *Op. Cit.*, p. 264.

<sup>126</sup> Para el estudio de las Instituciones Jurídicas de Gayo seguimos la obra publicada por SAMPER POLO, F., *Instituciones Jurídicas de Gayo: texto y traducción* (Santiago de Chile, 2000). GAYO *Institutionis* 1, 3; 1, 10; 1, 48. “*Lex est, quod populus iubet atque constituit: plebiscitum est, quod populi appellatione universo cives significantur, connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent. Sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent. Itaque eo modo legibus exaequata sunt*”; “*Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini*”; “*Sequitur est de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*”.

considerado persona, y por tanto sujeto titular de derechos y obligaciones, desarrollando, por tanto, capacidad jurídica<sup>127</sup>.

Esta capacidad jurídica puede verse modificada, en el sentido de estar limitada, de tener restringida la titularidad de determinados derechos, como pudieran ser la condición de mujer, la tutela de las mujeres, la infamia, la religión, la condición social, política o profesional, las situaciones de libertad formal y el domicilio<sup>128</sup>.

Sin embargo, las causas o circunstancias excluyentes, limitadoras y modificativas de la capacidad de obrar, no suponen una limitación de derechos de la persona en lo que a su capacidad jurídica se refiere, pero si en el ejercicio de su autonomía. La edad, la enfermedad mental y la prodigalidad serían causas que modifican la capacidad de obrar<sup>129</sup>.

En Roma, la posibilidad de tener determinados derechos jurídicos dependía de la situación en que se encontrara el sujeto respecto al Estado y la familia. No todos los hombres tenían la posibilidad de hacer valer sus derechos, sino sólo aquellos que tenían la condición de libre, ciudadano romano y *paterfamilias*<sup>130</sup>.

El hombre y la mujer, en el Derecho romano gozaban de una consideración jurídica diferente.

El Derecho romano ubicó a la mujer en una posición de inferioridad frente al hombre, negándole una preeminente situación jurídica, de la que si gozaba el *paterfamilias* romano y la que la mujer jamás alcanzaría<sup>131</sup>. Esta situación es recogida por los juristas de la época; así, Papiniano señala que “en muchos artículos de nuestro derecho es peor la condición de las mujeres, que la de los varones”<sup>132</sup>. Ulpiano, por su parte, en una situación en la que debe decidir entre el

---

<sup>127</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>128</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Op. Cit.*, p. 198.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>131</sup> ESPIN CANOVAS, D., *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>132</sup> D. 1,5,9. “*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*”.

hombre y la mujer, decide en favor del varón, señalando que existe mayor dignidad en el hombre<sup>133</sup>.

La mujer se encontraba excluida de la potestad familiar, la mujer púber que no se encontraba sometida a la *patria potestas, manus o in mancipio*, está sometida a *tutela mulierum*<sup>134</sup>. Para la tutela legítima se llamaba al agnado más próximo; para la *uxor in manu*, el tutor era, en primer lugar, su hijo. De esta tutela antiguamente, estaban liberadas las vírgenes vestales, ya que por voluntad de honor están libres en honor de su sacerdocio<sup>135</sup>.

Cuando el magistrado designaba al tutor lo hacía mediante las *Lex Atilia* y *Iulia et Titia*, como en el supuesto de los impúberes. En el supuesto de la tutela testamentaria, el testador solía conceder a la pupila, la *optio tutoris*, mediante la cual ésta designaba a su tutor. La *optio tutoris* fue el primer paso para llevar a cabo la extinción de la *tutela mulierum*<sup>136</sup>.

En el supuesto de que fallezca su padre, siendo soltera o casada *sine manu*, o si muere el marido *sui iuris*, habiéndose celebrado esas nupcias *cum manu*, la mujer es *sui iuris*, pero en Roma, al no existir la posibilidad de que la mujer fuera *mater*, ejerciendo *potestas*, tenía que estar asistida por un tutor. En los albores de la República, esta práctica tenía que abolirse, ya que no se justificaba una tutela cuando se podían constituir peculios sobre hijas<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> D. 1,9,1. “*Consulari feminae utique consularem virum praeferendum nemo ambigit. Sed vir praefectorius an consulari feminae praeferatur, videndum. putem praeferri, quia maior dignitas est in sexu virili*”.

<sup>134</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 144. “*Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habent, testamento res dare: masculini quidem sexus impuberibus (duntaxat; feminini autem tan impuberibus), quam nubilibus. Veteres enim voluerunt, feminas etiam si perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*”.

<sup>135</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 145. “*Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis Virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII Tabularum cautum est*”.

<sup>136</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>137</sup> SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico* (Barcelona, 1960) en GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 34.

En la República, el *paterfamilias* puede mediante la *optio tutoris*, facultar a la mujer en testamento para que escogiera su propio tutor<sup>138</sup>. La jursiprudencia resolvió esta situación con la creación de la *coemptio fiduciae causa*<sup>139</sup>, ingresando la mujer bajo la *manus* de un hombre amigo, con la finalidad de romper el parentesco agnaticio que la liga a su familia. Una vez realizada se extingue a continuación por la existencia de un convenio anterior con la mujer, convirtiéndose así en *sui iuris* sin ningún parentesco con el tutor legítimo<sup>140</sup>. Cicerón así lo afirma: “*las leyes han establecido un gran número de principios muy sabios; la mayor parte han sido corrompidos y alterados por los jurisconsultos. Nuestros antepasados han decidido que las mujeres, a causa de la debilidad de su razón, estarían bajo la potestad de su tutor; los jurisconsultos han inventado tutores que*

---

<sup>138</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 150-154. “*In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare; hoc modo: TITIAE UXORI MEAE TUTORIS OPTIONEM DO. Quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas*”; “*Ceterum aut plena optio datur, aut angusta*”; “*Plena ita dari solet, ut proxime ac supra diximus. Angusta ita dari solet: TITIAE UXORI MEAE DUNTAXAT TUTORIS OPTIONEM SEMEL DO; AUT DUNTAXAT BIS DO*”; “*Quae optiones plurimum inter se different. Nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et saepius tutorem optare. Quae vero angustam habet optionem, si duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest: si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet*”; “*Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi*”.

<sup>139</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 114, 115. “*Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo: aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae causa, quae enim cum marito suo facit coemptionem, aput eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem: quae vero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem*”; “*Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio. Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. Set hunc necessitate coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit femina. Fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilominus filiae loco incipit esse. Nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit, eam filiae nancisci*”.

<sup>140</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 35. En el mismo sentido Espín Cánovas, afirma que “*el marido, cuando fallecía, para evitar que la tutela de su mujer fuera a parar a manos de ciertos parientes agnados, le concedía en el testamento la facultad de que ella escogiera su tutor, pudiendo el marido concederle incluso a su viuda una optio plena, mediante la cual podía cambiar de tutor a su voluntad, las veces que estimara oportuno. Entendemos, por tanto, que la misión de este tutor es puramente simbólica*” (ESPÍN CANOVAS, D., *Op. Cit.*, p. 9).

están bajo la potestad de las mujeres”<sup>141</sup>. Gayo, por su parte, señala que “para que las mujeres de plena edad estén en tutela, ninguna razón puede convencer suficientemente; pues lo que vulgarmente se cree de que es justo que sean gobernadas por la autoridad de los tutores, debido a que están frecuentemente expuestas a engaño por su ligereza, resulta una razón de más apariencia que verdad; pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas, y en algunos casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula; y frecuentemente incluso contra su voluntad, obligado por el pretor”.<sup>142</sup>

Augusto, por su parte, promulga la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, en el año 18 a.d.C. y la *Lex Papia Poppaea nuptialis* del año 9 a.d.C., comentadas por los juristas con la denominación de *Lex Iulia* e *Papia Poppaea*, la cual contiene varias disposiciones en el ámbito sucesorio. Debido a la baja natalidad que existía en este período histórico en Roma, concede en su regulación el *ius liberorum* a la mujer que hubiera dado a luz a tres hijos, o cuatro hijos en el caso de que fuera *liberta*, quedando exenta de la tutela<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> FANTHAM, E. *Cicero's Pro L. Murena* (EE.UU., 2013), 12. “*Hic vero, indices, et fuit in Asia et viro fortissimo, parenti suo, magno adiumento in periculis, solacio in laboribus, gratulationi in victoria fuit. Et si habet Asia suspicionem luxuriae quandam, non Asiam numquam vidisse sed in Asia continenter vixisse laudandum est. Quam ob rem non Asiae nomen obiciendum Murenae fuit ex qua laus familiae, memoria generi, honos et gloria nomini constituta est, sed aliquod aut in Asia susceptum aut ex Asia deportatum flagitium ac dedecus. Meruisse vero stipendia in eo bello quod tum populus Romanus non modo maximum sed etiam solum gerebat virtutis, patre imperatore libentissime meruisse pietatis, finem stipendiorum patris victoriam ac triumphum fuisse felicitatis fuit. Male dicto quidem idcirco nihil in hisce rebus loci est quod omnia laus occupavit*”.

<sup>142</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 190: “*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et aequum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur, quam vera mulieris enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant: et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam inuitus auctor fieri a Praetore cogitur*”.

<sup>143</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 145, 194. “*Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela permanet: tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. Loquimur autem exceptis Virginibus Vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII Tabularum cautum est*”; “*Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum, licet in legitima tutela sint: nam et ceterae, quae alterius generis tutores habent, velut Atilianos, aut fiduciarios, trium liberorum iure liberantur*”.



Teniendo en cuenta la regulación de estas leyes, a determinadas personas se las priva de la capacidad siendo incapaces para adquirir herencias y legados, y todo lo que no se adquiere en base a esta ley, constituyen bienes caducos. Son incapaces para adquirir, por tanto<sup>144</sup>:

- Célibes. Las mujeres comprendidas entre los veinte y los cincuenta años, y los varones de los veinticinco a los sesenta años que permanezcan célibes, los no casados, incluyéndose en este grupo a los viudos y divorciados<sup>145</sup>. Tienen prohibido la adquisición de herencias y legados. Se señala una plazo de 100 días para adquirir la *capacitas* desde que el causante ha fallecido, para contraer matrimonio. La mujer goza de un período de dispensa de 2 años en el supuesto de que haya enviudado y 18 meses para el divorcio.
- *Orbi*. Las mujeres comprendidas entre las edades de veinte a cincuenta años, casadas y sin hijos, y los hombres entre veinticinco y sesenta años, casados y sin hijos también, sólo podían recibir la mitad de la herencia y

---

<sup>144</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>145</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 111; 144; 286. “*Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur: item orbi, id est, qui liberos non habent, quos lex prohibet*”; “*Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an nom extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit. Ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse, aut uiuo testatore, aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit, aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate: in his casibus paterfamilias intestates moritur. Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo noemo heres extiterit*”; “*Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque, ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt. Eaque translate sunt ad eos, qui testamento liberos habent, aut si nullos liberos habebunt, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus*”.

D. 23,2,30; D. 31,52. “*Simulatae nuptiae nullius momenti sunt*”; “*Si senatori indulgentia principis fuerit permissum libertinam iustam uxorem habere, potest iusta uxor esse*”; “*Incestae nuptiae neque dotem habent et ideo omne quod perceptum est licet fructuum nomine auferetur*”.

legado<sup>146</sup>. En este supuesto, hay que analizar el número de hijos que se les exige a uno y otro género. Se afirma que para el hombre era suficiente con uno y para la mujer serían tres o cuatro, según fuera *ingenua* o *liberta*. En este punto, debemos reflexionar si Augusto fue capaz de establecer esta diferencia. En el caso de que dos cónyuges con un solo hijo, no se entiende por qué el hombre sería capaz y la mujer no<sup>147</sup>.

- *Pater solitarius*. Sería el viudo sin hijos, pero no aparece recogido en los textos para saber a quién se refiere en concreto y cuan incapaz era.
- Cónyuges. La mujer y el marido que no tienen hijos en el matrimonio solamente adquieren una décima parte. Si tienen hijos vivos de otro matrimonio, la *portio* aumenta una décima por cada hijo<sup>148</sup>. Si se les ha muerto un hijo en común, después de darle nombre se añade otra décima. El cónyuge puede adquirir a mayores de la décima, el usufructo de la tercera parte de los bienes del otro y la propiedad del tercio si tuvieron hijos<sup>149</sup>. La mujer puede adquirir la dote legada por el marido.

---

<sup>146</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 286.

<sup>147</sup> BIONDI, B., *Sucesión Testamentaria y Donación* (Barcelona, 1960), p. 141.

<sup>148</sup> D. 34,5,23; D. 34,5,24; D. 35,1,62. “*Si mulier cum filio impubere naufragio perit, priorem filium necatum esse intellegitur*”; “*Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est*”; “*Sed si hoc specialiter expressit testator, etiamsi ex alio post mortem suam liberus procreaverit, nihilo minus eam ad legatum admitti*”.

<sup>149</sup> D. 19,5,10; D. 22,1,48; D. 31,51,1. “*Partis tertiae usum fructum legavit: heredis bona ab eius creditoribus distracta sunt et pecuniam, quae ex aestimatione partis tertiae fiebat, mulier accepit fruendi causa et per ignorantiam stipulatio praetermissa est. quaero, an ab herede mulieris pecunia, quae fruendi causa data est, repeti possit, et qua actione. respondi in factum actionem dari debere*”; “*Maritus uxori suae usum fructum tertiae partis et, cum liberos habuisset, proprietatem legavit: eam uxorem heredes falsi testamenti et aliorum criminum accusaverunt, qua re impedita est legatorum petitio: interea et filius ei mulieri natus est eoque condicio legati exstitit. quaesitum est, cum testamentum falsum non esse apparuerit, an fructus etiam mulieri praestari debeant. respondit praestandos*”; “*Is cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non poterit adoptando tertiam partem consequi*”.

Los bienes caducos que no pueden ser adquiridos por los sujetos mencionados en la clasificación anterior, se atribuyen a aquellos que en el testamento tengan hijos, primero a los *heres*, y si no hay *heres*, a los legatarios<sup>150</sup>. Si faltan ambos, es decir herederos y legatarios, el fisco sería la adjudicataria de la cuota.

Claudio, promulga una *Lex Claudia*, en la que abole la tutela legítima sobre las mujeres, perdurando solamente el tutor testamentario con motivo del testamento del *paterfamilias* y el tutor dativo que la mujer puede solicitar al magistrado<sup>151</sup>.

La jurisprudencia y la legislación imperial establecen medidas para cambiar los fundamentos de la institución de la tutela, reduciendo su eficacia práctica y su aplicación.

Por lo que se refiere a la capacidad procesal de la mujer, en el antiguo procedimiento de las acciones de la ley, la mujer solamente podía actuar con la *auctoritas* del tutor en el procedimiento formulario, exceptuándose los *iudicia legitima*, no necesitando la asistencia de tutor en los *iudicia quae imperio continentur*, basados en el *imperium magister*<sup>152</sup>.

La mujer también tiene prohibida la defensa de otra persona, ejercitando la abogacía. Ulpiano señala a este respecto que “las mujeres no se mezclen, contra la honestidad correspondiente a su sexo, en causas ajenas, ni desempeñen oficios propios de hombres”, citando el origen de esta prohibición al hecho ocurrido a Carfania,

---

<sup>150</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 206, 207. “*Quod autem diximus, deficientis portionem in per damnationem quidem legato in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario accrescere, admonendi sumus, ante legem Papiam iure civilii ita fuisse: post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit, et ad eos pertinent, qui in eo testament liberos habent*”; “*Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatiorum liberos habentium; tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt*”.

<sup>151</sup> GAYO, *Institutionis* 1, 157. “*Sed olim quidem, quantum ad legem XII Tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Set postea lex Claudia lata est, quae, quod ad feminas attinet, tutelas sustulit. Itaque masculus quidem inpubes fratrem puberem, aut patrum habet tutorem; feminae vero talem habere tutorem non possunt*”.

<sup>152</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 36.

mujer corrompida, la cual abogó de modo inconveniente ante el Magistrado<sup>153</sup>.

Domiciano, en el siglo I d.d.C. suprime el *ius capiendi*, que es la capacidad para adquirir herencias y legados a las mujeres *probosas*, que serían aquellas que realizan oficios torpes, mujeres infames y prostitutas<sup>154</sup>. Esto ocurría así porque eran incapaces de contraer matrimonio, y por tanto no les era de aplicación la *Lex Iulia et Papia Poppaea*. Domiciano, trató de evitar que algunas mujeres se mantuvieran célibes y no pudieran contraer matrimonio dedicándose a oficios torpes, para evitar la *lex* mencionada sobre adquisición de legados y herencias, ya que no introdujo ningún supuesto nuevo de incapacidad hereditaria de las mujeres, sino que aplicó las limitaciones que ya constaban en la ley a las mujeres probosas<sup>155</sup>.

En el siglo II d.d.C., Adriano, recoge esta norma de Domiciano para aplicarla al testamento militar, en el sentido de la incapacidad independientemente de la capacidad para contraer matrimonio, se aplica a las mujeres por su conducta misma<sup>156</sup>.

En el siglo III d.d.C., gobernando Diocleciano, aparece la tutela de las mujeres recogida en una *constitutio*, para ser finalmente derogada entre los siglos IV y V d.d.C., no apareciendo ya en el Código Teodosiano, ni en la Compilación de Justiniano<sup>157</sup>.

Un caso concreto en el que observamos una protección de la mujer muy acusada, es la posibilidad que se le concede de invocar en

---

<sup>153</sup> ESPIN CANOVAS, D., *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>154</sup> D. 23,2,41,1; D. 37,12,3; D. 34,2,35. “*Et si qua se in concubinato alterius quam patroni tradidisset, matris familias honestatem non habuisse dico*”; “*Paconius ait: si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur: aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus*”; “*titiae amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo*”: *quaero, an heredes ad praestationem integrae materiae auri an ad pretium et quantum praestandum compellendi sint. paulus respondit aut aurum ei, de qua quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest*”.

<sup>155</sup> BIONDI, B., *Op. Cit.*, pp. 155-156.

<sup>156</sup> D. 29,1,41,1. “*Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut divus hadrianus rescripsit*”.

<sup>157</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 36.

favor suyo el desconocimiento de las leyes, en contra del principio general de que la ignorancia de las leyes no puede excusar su incumplimiento. El error o *ignorantis iuris*, que así se denominaba es alegable por parte de las mujeres en su provecho, aunque no con carácter general<sup>158</sup>.

### 2.1.3. La sucesión testamentaria de la mujer

Si obviamos la etapa gentilicia y predecenviral de los siglos X a VIII a.d.C. y su posterior transición a una sociedad en la que predominarán, en el Lazio y en la recién nacida Roma del s. VII a.d.C., las familias patriarcales, podemos señalar de modo formal, que a partir de la promulgación de las XII Tablas, los padres de familia romanos tuvieron reconocida plena libertad de disposición sobre su familia, mediante la realización de sus disposiciones testamentarias.

Esta afirmación aparece señalada en una norma decenviral que dice: "*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*"<sup>159</sup>. Esta norma establecía que lo que cada ciudadano hubiese testado o legado sobre su familia, debía tener eficacia jurídica vinculante frente a sus miembros y frente a terceros. A partir de esta norma imperativa, el derecho hereditario romano de las primeras etapas históricas, tuvo una de sus bases fundamentales en el *testamentum*, eje central y ley privada de las sucesiones del *pater* para después de su pasaje. Si bien es verdad, que no aparece en la Ley de las XII Tablas normas definidoras del testamento ni de los requisitos sobre su realización, si

---

<sup>158</sup> ESPIN CANOVAS, D., *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>159</sup> D. 50,16,53; D. 50,16,120. "*Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. nam cum dicitur apud veteres "adgnatorum gentiliumque", pro separatione accipitur. at cum dicitur "super pecuniae tutelaeve suae", tutor separatim sine pecunia dari non potest: et cum dicimus "quod dedi aut donavi", utraque continemus. cum vero dicimus "quod eum dare facere oportet", quodvis eorum sufficit probare. cum vero dicit praetor, "si donum munus operas redemerit", si omnia imposita sunt, certum est omnia redimenda esse, ex re ergo pro coniunctis habentur"; "Verbis legis duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium".*

contempló la sucesión legítima que entraba en vigor si el *paterfamilias* hubiera fallecido *ab intestato*<sup>160</sup>.

Podemos señalar que el poder testamentario de los *paterfamilias* es uno de los más antiguos, y genuinamente romano, perteneciente a la etapa Arcaica, a la época agraria de la *civitas*, anterior a la promulgación de la Ley de las XII Tablas<sup>161</sup>.

El sistema de sucesión que reconoce el *ius civile* se basa fundamentalmente en el hecho de que una o varias personas suceden *in ius* al difunto, esto es, se colocan en su misma situación jurídica con todas las consecuencias que ello llevaba consigo. La *hereditas* contiene al mismo tiempo *corpora* (cosas materiales) y *iura* (*actiones* o derechos del difunto). El conjunto así formado es una *universitas*. Para el derecho la *hereditas* es la universalidad patrimonial que corresponde al *heres*. El *heres* al adquirir el *universumius defuncti* se sitúa en la misma situación y en la misma posición jurídica del difunto<sup>162</sup>.

En Roma el *testamentum* era el acto de última voluntad mediante el que una persona designa uno o varios herederos, garantizando la unidad familiar. El *testamentum* es un instrumento singular en el derecho romano<sup>163</sup>, el cual expresa la última voluntad del *de cuius*<sup>164</sup>. Puede contener otras cláusulas, como serían manumisiones, legados, dación de tutor, pero, en principio, la eficacia de ellas dependerá de que exista la institución de heredero, de la cual Gayo afirma que es "*caput el funchtmentuvi testamenti*" (cabeza y

---

<sup>160</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal Civil de Legítimas* (Ourense, 1999), p. 16.

<sup>161</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, *cit.*, p. 16.

<sup>162</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 481. Para Fernández Barreiro, "*la Jurisprudencia tardo-republicana dota de significación técnica a la condición de heredero y a la herencia y concibe la sucesión hereditaria como subrogación en el conjunto de las relaciones jurídicas de las que hasta el momento de la muerte era titular el causante, lo que conduce a considerar al heredero como continuador de la personalidad jurídico-patrimonial del difunto*". (FERNÁNDEZ BARREIRO, A. "Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana" en AFDUDC (A Coruña, 2006), nº 10, pp. 279-302, p. 283)

<sup>163</sup> D.50,16,20. "*Verba contraxerunt gesserunt non pertinent ad testandi ius*".

<sup>164</sup> D. 28,1,1. "*Testamentum est mentis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*".

fundamento del testamento)<sup>165</sup>. En el siglo III a.d.C., el ciudadano romano, tenía libertad absoluta para disponer por testamento todos sus bienes<sup>166</sup>.

La Jurisprudencia dota de carácter imperativo a las cláusulas testamentarias que elabora el testador, y crea las formas que se deben utilizar en las disposiciones testamentarias para que la voluntad del testador sea eficaz; en las formas podemos apreciar la diferencia existente entre heredero y legatario. El testamento es, por tanto, un negocio formal y solemne que precisa asesoramiento técnico para su redacción, lo que supone un control sobre el mismo por parte del derecho testamentario y los expertos en la redacción de documentos negociales<sup>167</sup>.

Desde el punto de vista de la sucesión legítima, la Ley de las XII Tablas estableció un sistema de llamamientos y de distribución de la *familia pecuniaque*, más equitativo y justo que la que debieron realizar los testadores romanos en el ejercicio de su libre autonomía de la voluntad, en numerosas ocasiones<sup>168</sup>. Desde la Ley de las XII Tablas, en el año 450 a.d.C., las hijas heredaban en la sucesión testada de su padre igual que los hijos, ya que igual que sus hermanos, estaban sometidas a *patria potestas*.

Existen varios indicios que confirman esta libertad absoluta, de la que gozaban los *paterfamilias* en la Edad Arcaica<sup>169</sup>. El poder jurisdiccional sobre los hijos e hijas, *Ius Vitae et Necis*, la *Noxae Deditio* por actos ilícitos cometidos por los *filia* y esclavos frente a terceras personas que pertenecen a otros grupos familiares y gentilicios, que llevaba aparejada la posibilidad de la *Mannus Iniectio* sobre aquéllos, el derecho a reconocer o excluir como miembro del grupo, bajo patria

---

<sup>165</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 263.

<sup>166</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>167</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Op. Cit.*, p. 285.

<sup>168</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, *cit.*, p. 22.

<sup>169</sup> Para el profesor Fernández Barreiro “la Jurisprudencia republicana apuesta decididamente, no sólo por el testamento, sino también por la libertad de disposición testamentaria; el testador tiene plenas facultades en cuanto a la distribución de su patrimonio, pudiendo crear incluso obligaciones a favor de terceros y con cargo a los herederos, y supeditar los efectos de las disposiciones patrimoniales al cumplimiento de determinadas finalidades mediante cláusulas condicionales y otros expedientes” (FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Op. Cit.*, p. 286).

potestad, a los recién nacidos, *Ius Tollendi ad Liberos*, y la exclusividad de la emancipación de los hijos, son ejemplos de poderes absolutos; *Ius* de los padres sobre el grupo familiar. Poderes, con consecuencias muy graves para la familia. Si estas atribuciones no fueron limitadas, no parece que fuera probable la existencia en esta etapa de límites formales ni materiales a la autonomía testamentaria<sup>170</sup>.

A partir de los siglos III – II a.d.C., etapa del nacimiento de la II República Imperial en el Mediterráneo, se producen cambios en los valores de las nuevas clases sociales romanas. El nacimiento, la transformación, y el desarrollo de las instituciones jurídicas, desde el punto de vista del derecho de familia y de sucesiones, que comienzan a adoptar el Estado y la ciudadanía, generan los primeros principios jurídicos limitativos a la libertad absoluta de disposición *mortis causa*. En esta época, los sucesores, *heredes sui*, instituidos herederos empiezan a demandar equidad en el reparto de la *hereditas*. Debido a estas presiones de la sociedad romana, el Derecho Público adopta normas legislativas, que, si bien limitan la facultad de disposición del *de cuius* a título particular, esto es, a la libre distribución en número y cuantía de legados en favor de terceras personas extrañas a la patria potestad del fallecido, indirectamente, producirán el efecto de proveer a la tutela de los *heres sui*. Éstos amplían sus expectativas a suceder en cuotas mayores, porque en el caso de que fueran instituidos herederos de derecho propio<sup>171</sup>, comenzará a existir un patrimonio limitado para el testador en favor de terceros. Una limitación de estas liberalidades de que gozaba el testador la encontramos en la *Lex Cincia* del año 204 a.d.C., posteriormente reguladas en las *Leges Furia* y *Voconia*<sup>172</sup>. La interpretación jurisprudencial minimizó la efectividad de estos plebiscitos. La prohibición de la *Lex Cincia* se contrarrestó mediante la *donatio perfecta* y el carácter defensivo de los recursos procesales introducidos por el Pretor en favor del donante, quien podía controlar

---

<sup>170</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 21.

<sup>171</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 157. “*Sed sui quidem heredes ideo apellantur quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur: unde etiam si quis intestates mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necesarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, siue velint siue nolint, tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt*”.

<sup>172</sup> *Vid.* SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Donatio Mortis Causa* (Santiago de Compostela, 2012) pp. 112-119.



la efectividad de la donación<sup>173</sup>. La *Lex Furia Testamentaria* señala a este respecto que: “*Itaque lata est Lex Furia, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortuissae causa capere permissum non est*”<sup>174</sup>.

En este sentido, Gayo afirma que a partir de la promulgación en asamblea de la *Lex Furia Testamentaria*, probablemente en la mitad del siglo II a.d.C., se estableció una aprehensión corporal pura en favor del heredero y contra el legatario que hubiese recibido más de mil ases, sin necesidad de previa sentencia judicial firme<sup>175</sup>. Disponía que si un legatario obtuviera más de lo permitido se podía ejercitar contra él una acción ejecutiva, denominada *manus iniectio*, por el cuádruplo del exceso obtenido. No se contemplaban en esta prohibición los parientes consanguíneos hasta el sexto grado y el hijo del primo segundo<sup>176</sup>.

La intervención legislativa pretende poner frenos a las arbitrariedades de los testadores, que podían acabar con el patrimonio hereditario en favor de extraños a la familia, con la consiguiente reducción intolerable de las cuotas que sufrían los *heredes sui* instituidos. De esta forma, la asamblea romana aprobó y ordenó la primera limitación tímida de carácter patrimonial de la voluntad testamentaria<sup>177</sup>.

Aunque se intentó poder reducir el poder que tenía el testador a la hora de repartir sus bienes en su testamento, lo cierto es que para evitar esta limitación a la voluntad de testar, el testador, distribuyó su patrimonio en numerosos legados individuales siempre que no

---

<sup>173</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Op. Cit.*, p. 287.

<sup>174</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 225. “*Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortuissae causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit. Qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis milenos asses legando totum patrimonium erogare*”.

<sup>175</sup> GAYO, *Institutionis* 4, 23. “*Set aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actions per manus iniectioem, sed puram, id est, non pro indicato: velut lex testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortuissae causa plus M. assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret: item lex Marcia aduersus feneratoros, ut si ucuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur*”.

<sup>176</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, pp. 43-44.

<sup>177</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, *cit.*, p. 23.

excedieran de mil ases. Así, no se consiguió el objetivo de garantizar una porción de herencia al heredero; no obstante, posibilitó el camino para poner nuevos frenos a la absoluta libertad de testar que existía en esta época. La sociedad creía necesario que los herederos instituidos recibieran en todo caso una porción del as hereditario, y éste camino no había hecho más que empezar<sup>178</sup>.

La creación de esta *lex*, significó que el *populus* estaba actuando frente a las injusticias nacidas del hecho que terceras personas recibiesen todo o gran parte del patrimonio mobiliario e inmobiliario, en detrimento de la *familia proprio iure*. La norma quería reducir la cuantía de los legados y además persiguió que el heredero pudiese recibir algo del relicto<sup>179</sup>.

Estas demandas se intentan lograr a través de un plebiscito, *Lex Voconia*, propuesto por el tribuno Voconio, aprobado por la asamblea del pueblo en el año 169 a.d.C. La norma establecía que el legatario no puede recibir a título de legado o de liberalidades *mortis causa*, más patrimonio de lo que le corresponde al heredero instituido. Gayo cree que con esta ley parecía lógico que el heredero siempre pudiera obtener algún bien. Esta *lex* redujo los derechos de las mujeres, limitando la capacidad de la mujer para recibir mediante testamento. Recogió que los ciudadanos de la primera clase del Censo, con unas riquezas que fueran superiores a 100.000 ases, no les estaba permitido instituir herederas a las mujeres, pero si era posible la adquisición de los legados por un importe no superior a lo recibido por los *heres*<sup>180</sup>. Esta norma no era de aplicación a la sucesión intestada, a los legados y a los testamentos de las vestales y del *flamen*

---

<sup>178</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 225. “Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortis causa capere permixsum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit, qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis milenos asses legando totum patrimonium erogare”.

<sup>179</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 24.

<sup>180</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 274; 226. “Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicomisso relictam sibi hereditatem capere potest”; “Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortis causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; set tamen fere vitium simile nascebatur: nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, huius lucre gratia totius hereditatis onera sustinere”.

*Dialis*. También recogió esta norma, que sólo las hermanas se podía incluir entre los agnados femeninos a efectos de la sucesión *ab intestato*<sup>181</sup>.

El jurista critica esta ley ya que no reconoce al *heres* una cuantía exacta, es decir, una *portio* que el testador debería de dejarle. Esta circunstancia provocaba que el testador intentara burlar estas leyes que recortaban sus facultades de distribución del as hereditario<sup>182</sup>.

Esta norma tampoco cumplió con el objetivo que demandaba cada vez más la sociedad. Este no era otro, que el heredero recibiera algo del caudal relicto. Por ello, en el año 40 a.d.C. se promulga un nuevo plebiscito, propuesto por el tribuno Falcidio, conocido como *Lex Falcidia*, que fijó una cantidad indisponible para el testador<sup>183</sup>. Para el profesor Fernández Barreiro con la *Lex Falcidia* se “trata de asegurar un resultado adquisitivo mínimo al heredero, de manera que no se desinterese de la herencia y puedan salvarse los legados, aunque tengan que verse reducidos en su cuantía, surgiendo así una responsabilidad limitada del heredero en cuanto a los legados, pues si no hay patrimonio neto a causa de las deudas del causante caen los legados”<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>182</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 226. “Ideo postea lata est *Lex Voconia*, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; set tamen fere vitium simile nascebatur: nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere”.

<sup>183</sup> D. 35,2,1. “*Lex falcidia* lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: “ qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit”. secundo capite modum legatorum constituit his verbis: “ quicumque civis romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant, eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare inssus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est””.

<sup>184</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Op. Cit.*, p. 287.

Gayo señala que el heredero testamentario tiene derecho a la predetracción del cuarto, *quartam partem*, del haber hereditario<sup>185</sup>. Por su parte, Paulo afirma que el cuarto debe ser detraído si han sido instituidos varios sucesores, teniendo libertad el disponente para distribuir las tres cuartas partes de la herencia del modo que estime más conveniente a modo de legados<sup>186</sup>. Esta *Lex* mantiene una confrontación con la *Lex Voconia*, ya que admite la capacidad de las mujeres, consintiendo que por esta vía, las tres cuartas partes del patrimonio, puedan recibirla a título de legado<sup>187</sup>.

Por tanto, por acción del Derecho Público, los *heredes sui* si eran nombrados siempre tenían que recibir una porción del caudal hereditario, inexigible por terceras personas ajenas a la *potestas*, configurándose así por ley una *portio* en contra de los legatarios, en favor de los *heredes suos* testamentarios. La *rogatio* aprobada por la asamblea de la plebe estableció la reserva de un cuarto del caudal patrimonial paterno, frente a terceros que pudieran venir a la sucesión con el título de legatarios<sup>188</sup>.

Pero aunque se haya regulado este problema, el padre podía omitir a sus *heredes sui* del testamento, instituirlos pero con asignación de cuota paupérrima<sup>189</sup>, o desheredarlos sin causa alguna que justificase su decisión de apartar al *heres sui* del círculo familiar. Estas situaciones hacían quebrar la idea de que la cuarta constituía una *portio* del *as* hereditario que debería en todo caso el disponente a los hijos

---

<sup>185</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 227. “*Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus legare liceat, quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. Et hoc nunc iure utimur*”.

<sup>186</sup> D. 35,2,14. “*Pater filiam, quae a viro diverterat, heredem pro parte instituit et ab ea petit, ut fratri et coheredi suo portionem hereditatis acceptam deducta sexta restitueret, admissa compensatione dotis in falcidiae ratione. si pater dotem consentiente filia non petisset, falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram respondi, quia dos in hereditate patris non inveniretur*”.

<sup>187</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>188</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 26.

<sup>189</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 224. “*Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII Tabularum permittere videbatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO. Quare qui scripti heredes errant, ab hereditate se abstinere; et idcirco plerique intestate moriebantur*”.

que permanecieron bajo *patria potestas*, hasta el momento de su fallecimiento. Así, el testador sólo resultaba obligado cuando voluntariamente instituía a los *heredes sui* y además dejaba legados en favor de terceros que agotaban el caudal hereditario por debajo del cuarto en favor de los instituidos<sup>190</sup>.

La cuarta poseía sus limitaciones, ya que no era un derecho de reserva del patrimonio hereditario que los sucesores tuvieran en todos los casos; era una limitación indirecta para el testador, ya que en último caso, dependía de su libre voluntad de disposición *mortis causa*. El testador tenía varias posibilidades a la hora de testar<sup>191</sup>:

- Instituir a sus *domestici heredes* sin conferir legados, pudiendo alguno de estos herederos escritos, tener derecho a una cuota menor del cuarto<sup>192</sup>, o ser instituidos herederos en el mero título sin sustancia<sup>193</sup>.
- Preterir a aquéllos libremente de la sucesión privándoles del título de herederos civiles.
- Practicar una *exheredatio* irregular sin consecuencias civiles sancionadoras sobre la legalidad del testamento realizado.
- Vaciar la sustancia con anticipos en vida en favor de terceras personas, o de un heredero.
- Dejar exhausto el patrimonio hereditario con donaciones *mortis causa*.
- Burlar a los herederos mediante la entrega fideicomisaria de la herencia a una tercera persona, práctica que se desarrolló desde finales de la República.

---

<sup>190</sup> D. 28,5,13,1. "*Pater familias distribuere hereditatem in tot partes potest quot voluerit: sed sollemnis assis distributio in duodecim uncias fit*".

<sup>191</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., pp. 26-27.

<sup>192</sup> D. 28,5,17,3. "*Sed si asse expleto alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet. aliter atque si ita scripsisset expleto asse: " ex reliqua parte heres esto", quoniam, cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est*".

<sup>193</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 224.

La *Falcidia* generó un sentimiento al *heres sui* de ser un auténtico reservatario. La sociedad romana ha aprobado que el heredero tenga derecho a un cuarto del caudal frente a terceros. Quedan los caminos abiertos para el desarrollo de una *portio debita*, o reserva judicial, en favor de los herederos, frente a los diferentes modos de evasión de la *hereditas*, fruto de la amplia libertad testamentaria que tenían los ciudadanos romanos<sup>194</sup>.

El Principado otorgó al régimen de la *Quarta Falcidia* la consideración de *ius publicum*, pero el derecho hereditario discurría ya por otros derroteros.

Los caracteres que debía revestir el *testamentum* a modo de resumen serían los siguientes:

- Es un acto personal, ya que se requiere la manifestación de voluntad del sujeto que realiza el testamento.
- Es *iuris civilis*, solamente lo podían realizar aquellos ciudadanos romanos que eran catalogados como *cives romani*. Éste requisito desaparece al extenderse la ciudadanía romana en época de Caracalla.
- Es un acto formal, realizado con las formas que impone la *lex romana*.
- Es un acto unilateral, derivado de la voluntad del testador.
- Es un acto *mortis causa*, ya que despliega sus efectos una vez que el *de cuius* fallece.
- Es un acto revocable, ya que el testador puede cambiarlo en cualquier período de su vida a su parecer<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 28.

<sup>195</sup> D. 34,4,4. "*Quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*".

Por lo que respecta a la forma del testamento, Gayo afirma que las formas más antiguas fueron el *calatiis comitiis* y el *in procinctu*. El primero se realizaba ante el *populus* reunido en los *comitia curiata*, presidido por el Pontífice Máximo, celebrándose dos veces al año, los días 24 de marzo y mayo, con la finalidad de otorgar testamento. El segundo, se realizaba ante el ejército formado para la batalla, nombrando al heredero de los bienes del testador<sup>196</sup>.

Si un *civis* fallecía sin haber podido realizar testamento por uno de los dos métodos mencionados en el párrafo anterior, fallecía intestado. Es por ello, que se creó la *mancipatio familiae*, mediante el cual cuando alguien que veía que podía fallecer en un espacio corto de tiempo, y no habiendo hecho testamento quería disponer de sus bienes hacía una *mancipatio* de su patrimonio a un amigo (*familiae emptor*), el cual cuando falleciera el testador debía entregar el patrimonio a la persona que hubiera señalado que sería el verdadero heredero<sup>197</sup>.

Posteriormente, debido a que la *mancipatio familiae* tenía varios problemas de seguridad jurídica para el heredero, ya que quedaba a merced de la buena fe del *familiae emptor*, que obtuviera los bienes transmitidos por el *de cuius*, se crea el *testamentum per aes et libram*, que va a ser el testamento reconocido por el *ius civile* en la época clásica<sup>198</sup>.

Para Gayo<sup>199</sup> el *testamentum per aes et libram* se realizaba así: el testador, delante de cinco testigos y el *librepens*, mancipa su patrimonio

---

<sup>196</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 527.

<sup>197</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 103. “*Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*”.

<sup>198</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 528.

<sup>199</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 104. “*Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIA MQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC*

al *familiae emptor*. Éste último recita la fórmula siguiente: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio; eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, aeneaque libra, mihi empta*<sup>200</sup>; golpea con el cobre la balanza y se lo deja al testador en lugar de precio; el testador pronuncia a su vez la *nuncupatio*, sosteniendo las tablas del testamento: *Haec ita ut in tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, quirites testimonium mihi perhibetote*<sup>201</sup>.

En el testamento civil *per aes et libram*, la *mancipatio* se mantiene *pro forma*, pero ya no se produce el efecto traslativo de bienes sino que los bienes pasarían directamente a la persona que el mancipante ha nombrado en la *nuncupatio* como adquirente *mortis causa*<sup>202</sup>.

Por último, señalamos que la jurisprudencia hizo posible que el acto testamentario fuera secreto, cuando el disponente quería, dando validez a la declaración del testador por la que manifieste que las *tabulae testamenti* contenían el testamento, sin que fuera necesario revelar los términos y cláusulas del mismo<sup>203</sup>.

En el testamento pretorio, en concordancia con lo expresado por Gayo<sup>204</sup>, el pretor afirma que concede la *bonorum possessio* a quien

---

*AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAEQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare”.*

<sup>200</sup> “Afirmo que, conforme a tu mandato, tu familia y tus bienes están bajo mi custodia y, para que conforme a Derecho puedas hacer testamento según la ley pública, los compro con este bronce”.

<sup>201</sup> “Así como está escrito en estas tablas de cera, así doy, lego y testo y así vosotros, ciudadanos, sedme testigos de ello”.

<sup>202</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 529.

<sup>203</sup> *Ibidem*.

<sup>204</sup> GAYO, *Institutionis*, 2, 119. “Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, uelut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit”.



fuera nombrado heredero en un documento suscrito por siete testigos como mínimo.

Se hace necesario mencionar que existen dos sistemas en este momento histórico. Uno, el *ius civile*, que atribuía la *delatio* a los herederos civiles y otro, el edicto del Pretor, que concedía la *bonorum possessio* a los herederos señalados en las *tabulae*. En un primer momento, los herederos civiles *ab intestato* tenían prevalencia, pero más tarde Antonio Pío concedió a los *bonorum possessores* la *exceptio doli mali* para interponer contra los primeros<sup>205</sup>. Y así fue como el *heres scriptus* era preferido siempre al *heres iuris civilis*<sup>206</sup>.

En el derecho posclásico la ley intenta compatibilizar la existencia de testamento pretorio y civil, eliminando elementos formales. El *testamentum per aes et libram* desaparece, dando paso a un nuevo tipo regulado por Teodosio II y Valentiniano III en una constitución del año 349<sup>207</sup>. En esta legislación se recogen las

---

<sup>205</sup> GAYO, *Institutionis*, 2, 120, 147-149. “*Sed uideamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali*”; “*Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae uel ab initio non iure facta sunt uel iure facta postea irrita facta aut rupta sunt. nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et ciuis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod puta ciuitatem uel etiam libertatem testator amisit aut quia in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptiui patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere*”; “*Qui autem secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sunt aut iure factae postea ruptae uel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re; si uero ab his auocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re*”; “*Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo uel ex posteriore testamento uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare; si uero nemo sit alius iure ciuili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec nullum ius aduersus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur*”.

<sup>206</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 530.

<sup>207</sup> CI. 6,23,21. “*Hac consultiissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire uolunt quae in eo scripta sunt, signatam uel ligatam uel tantum clausulam involutamque proferre scripturam uel ipsius testatoris uel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero ciuibus romanis puberibus omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti*

características que debe contener un testamento privado escrito: por lo que respecta a la escritura, puede ser escrita de puño y letra por parte del testador o realizada por un escribano en su nombre; el testamento debe efectuarse ante siete testigos que deben ser simultáneos y rogados. Debe realizarse el acto en unidad de tiempo y contexto. Es necesario salientar que no pueden actuar como testigos las mujeres, los dementes, los impúberes, los sordos y los mudos, los *irrestabiles*, los siervos y los extranjeros<sup>208</sup>. Es sorprendente la equiparación que realiza la legislación en lo que a los testigos se refiere, al equiparar a las mujeres, con dementes, sordos o mudos, ya que tanto unos como otros no pueden formar parte de los siete testigos que se requieren para que el testamento otorgado sea válido.

En época de Justiniano se mantienen tanto la forma oral como la escrita para otorgar testamento. El testamento que se realiza de manera manuscrita se denomina *tripertitum*, siendo la unión de los principios del *ius civile*, el Derecho pretorio y el Derecho imperial<sup>209</sup>. Existen en esta etapa histórica dos testamentos diferenciados:

- Público: dividido a su vez en dos: *testamentum apud acta conditum* y el *testamentum principi oblatum*.
- Privado: exigiendo los mismo requisitos que el recogido en la constitución de Teodosio II y Valentiniano III<sup>210</sup>.

#### 2.1.4. La sucesión legítima *ab intestato* de la mujer

La expresión legítima para denominar la sucesión *ab intestato*, tal vez no sea la correcta, ya que en las fuentes leemos que la ley

---

*subscripserit: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus valere testamentum nec ideo infirmari, quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento*".

<sup>208</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 530.

<sup>209</sup> IUSTINIANI INSTITUTIONES 2,10,3. "*Nihil autem interest, testamentum in tabulis an in chartis membranisque vel in alia materia fiat. Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum optinentem tamen observationem omnibus factis. quod interdum et necessarium est, si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quae humanis necessitatibus imminent*".

<sup>210</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 531.

también es causa de sucesión testamentaria, ya que el *heres* encuentra en ella su propio reconocimiento<sup>211</sup>. De hecho, en el derecho romano hay herederos *ab intestato* que no se reconocen en la ley, como son los *bonorum possessores*<sup>212</sup>.

La sucesión *ab intestato* se produce siempre que el *de cuius* no haya realizado testamento válido, o haya resultado éste último nulo (*ruptum vel irritum*), o no haya sido aceptado por los herederos instituidos como tales<sup>213</sup>.

La sucesión *ab intestato* se consagró en el Derecho romano antiguo en la legislación de las XII Tablas; fue corregida más tarde por el pretor, como veremos en los siguientes epígrafes y también por derecho imperial, para terminar con la reglamentación que hizo Justiniano de ella.

En lo que hace referencia a la sucesión testamentaria, en la primera época romana lo que se pretendía era la continuidad de la familia agnaticia. Por tanto, una vez que el *paterfamilias* fallece su posición era ocupada por sus hijos y su *uxor in manu* asegurando así en palabras de Kaser “la continuidad de la familia, la prosecución del culto a los dioses domésticos, y también la subsistencia unitaria de la empresa agrícola de la casa...”<sup>214</sup>.

Las personas que designan las XII Tablas como herederos *ab intestato* son denominados *heredes legitimi*, distribuyéndose en *sui heres*, *agnatus proximus* y *gens*<sup>215</sup>.

Cuando el *paterfamilias* fallecía sin haber realizado testamento, los llamados en primer lugar a la herencia eran los *heres sui*. Dentro de este grupo se encontraban los descendientes del causante que estuviesen bajo su potestad directa, ya sea por adopción, por

---

<sup>211</sup> D. 50,16,130. “*Lege obvenire hereditatem non inproprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*”.

<sup>212</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 507.

<sup>213</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 283.

<sup>214</sup> KASER, M., trad. SANTA CRUZ TEJEIRO, J., *Derecho romano Privado*, 5ª ed. (Madrid, 1968) p. 299.

<sup>215</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 37.

nacimiento o por *conventio in manum*. En defecto de ellos, serían llamados a la herencia los agnados más próximos.

Los *heredes sui* sucedían al fallecido sin necesidad de aceptar la herencia y sin poder renunciar a ella debido al principio *semel heres, semper heres*, la sucesión se llevaba a cabo por cabezas, es decir, la herencia sería repartida por igual, pero en el caso de que alguno hubiera premuerto, o se hubiera emancipado, sus descendientes más directos ocuparían su lugar, consiguiendo la categoría de *sui iuris*. Este tipo de sucesión sólo podía darse en los descendientes por línea masculina, ya que aquellos que pertenecían a la línea femenina no les era de aplicación, porque aunque las mujeres eran *sui iuris*, jamás alcanzarían la categoría de *pater*. Por tanto, en estos supuestos la sucesión tenía lugar por stirpes y no *in capita*. Este supuesto lo recoge Gayo en sus *Institutionis* de la siguiente forma: “*Igitur cum filius filiaue et ex altero filio nepotes neptesue extant, pariter ad hereditatem uocantur; nec qui gradu propior est, ulteriorem excludit; aequum enim uidebatur nepotes neptesue in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisue sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisue, simul omnes uocantur ad hereditatem. Et quia placebat nepotes neptisue, item pronepotes proneptisue in parentis sui locum succedere, conueniens esse uisum est non in capita, sed in stirpes hereditatem diuidi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresue nepotes alteram dimidiam; item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte uel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia*”<sup>216</sup>.

Los *heres sui*, en definitiva, no pueden ser preteridos en el testamento. El *de cuius* tenía el deber de mencionarlos, ya sea con la finalidad de desheredarlos, nombrando nominativamente a aquellos

---

<sup>216</sup> GAYO, *Institutionis*, 3, 7-8. “Así pues, cuando quedan un hijo o una hija y los nietos y nietas de otro hijo, son llamados juntamente a la herencia, y el que está más próximo en grado no excluye al más remoto, pues parece equitativo que los nietos y las nietas sucedan en el lugar y en la porción de su padre. Por idéntica razón, si hay un nieto o una nieta hijos de un hijo varón, o un bisnieto o una bisnieta hijos de un nieto varón, todos son llamados a la herencia simultáneamente. Y puesto que se estimó justo que los nietos y las nietas, así como los bisnietos y las bisnietas sucedieran en el lugar de su padre, pareció conveniente que la herencia fuera dividida no por cabezas, sino por stirpes, de tal manera que el hijo obtenga la mitad de la herencia y los dos o más nietos hijos de otro hijo la otra mitad; asimismo, si hay nietos hijos de los dos hijos, pero de un hijo sólo uno o quizá dos, y del otro tres o cuatro, media parte pertenece al uno o a los dos y la otra mitad a los tres o a los cuatro”.

que estaban sometidos a *potestas* en el momento del fallecimiento o *inter ceteros* (sin realizar mención individual) al resto de *sui*, para instituirlos en cuota mayor o menor. La preterición producía la nulidad del testamento, si el preterido hubiera sido un hijo varón, iniciándose así la sucesión *ab intestato*. Por el contrario, si el heredero preterido fuera una hija, un nieto o una nieta, el testamento tendría que rectificarse para incluirlo en la cuota *ab intestato*, en el caso de que concurra con otros *sui*, o bien la mitad de la herencia frente a herederos extraños<sup>217</sup>.

El pretor modificó el orden sucesorio de las XII Tablas, en caso de muerte del *paterfamilias*, llamando a la herencia paterna a los hijos desvinculados de la *potestas*. Las personas que el pretor llama a la herencia no se hacen por eso herederos de derecho, pues el pretor no puede hacer herederos, ya que éstos lo son únicamente por ley o una disposición análoga. El pretor ofrece la posesión de los bienes hereditarios a los que él considera con derecho preferente<sup>218</sup>.

El pretor ponía al *bonorum possesor* en el ejercicio hecho del *ius hereditarium*, que correspondía al antiguo heredero civil, mediante *actiones ficticiae*. El heredero pretorio o *bonorum possesor* no dispone de la *hereditatis petitio*, sino del *interdictum quorum bonorum*, mediante el cual puede entrar en posesión del patrimonio hereditario.

En el siglo I a. C. existían tres cláusulas pretorias:

- La primera es relativa a la *bonorum possessio secundum tabulas*, concedida a los herederos civiles instituidos por testamento.
- La segunda se refiere a la sucesión en caso de los que han sido instituidos herederos no se adelanten a exhibir las *tabulae* testamentarias. Aquí obtienen la *bonorum possessio* los herederos que habrían sucedido como herederos civiles *ab intestato*.

---

<sup>217</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *Op. Cit.*, pp. 19-20.

<sup>218</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 481.

- La tercera cláusula prevé que el pretor decidirá sobre la base de la *aequitas* cuando no se presenten sucesores, ya sean testamentarios o *ab intestato*.

Cuando existía una situación *sine testamento et lege data*, también el que no era heredero civil podía recibir la *bonorum possessio*. En el derecho sucesorio de la época ciceroniana conocía ya una forma de *bonorum possessio sine tabulis*<sup>219</sup>.

La aplicación de la Ley de las XII Tablas supone graves perjuicios para las mujeres de la época<sup>220</sup>. Gayo señala que la mujer emancipada es excluida de la herencia civil paterna, si el *de cuius* fallece *ab intestato*, o si el que ha realizado es nulo de pleno derecho por no respetar los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico<sup>221</sup>.

Tampoco son llamados a la sucesión *ab intestato* todos los familiares cognaticios unidos en parentesco por línea ascendiente femenina; es decir, no suceden la madre al hijo o la hija, ni al contrario. Los nietos quedan excluidos de poder representar a su madre emancipada premuerta, y a sus tíos maternos de ambos sexos, en la sucesión de su abuelo<sup>222</sup>. En esta clase de herederos no se aplica el principio de representación, por tanto, el agnado más próximo excluye a los demás. Varios agnados del mismo grado suceden *per capita*. En las XII Tablas hombres y mujeres, no son reconocidos en este tipo de familiares con absoluta igualdad<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> *Ibid.* p. 482.

<sup>220</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer romana en el derecho de sucesiones* (Ourense, 1997), p. 10.

<sup>221</sup> GAYO, *Institutionis* 3, 19. “*Statim enim emancipati liberi nullum ius in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint siu beredes esse*”.

<sup>222</sup> GAYO, *Institutionis* 3, 24. “*Similiter non admittuntur cognati qui per femini sexus personas necessitudine iunguntur; adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis copiendae ius competat, praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis iura inter eos constiterint*”.

<sup>223</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 37.

El Pretor intentó remediar esta situación mediante su Edicto, ya que concede una *bonorum possessio* hereditaria a personas que la sucesión civil *ab intestato* no prescribe<sup>224</sup>.

Ulpiano, en el Libro XXXIX de sus Comentarios al Edicto, recoge a qué hijos el Pretor concede la *bonorum possessio contra tabulas* y la *bonorum possessio unde liberi*<sup>225</sup>.

En la categoría establecida de *liberi* se encuentran los descendientes “mujeres” que son llamados a la vez que los hermanos *alieni iuris*, esto es, de los que permanecieron bajo la patria potestad del ya fallecido, a la sucesión<sup>226</sup>.

La mujer que fue preterida por el testador, sin ser nominalmente instituida ni desheredada, también está legitimada para impugnar el testamento, *bonorum possessio contra tabulas*<sup>227</sup>.

La hija, que está bajo potestad del ascendiente, es llamada en primer lugar, a la par que sus hermanos que hayan estado bajo la potestad o no del fallecido. La delación de la herencia comprende también a las adoptadas, las emancipadas, las nietas nacidas después de la emancipación de su padre premuerto bajo la potestad de su abuelo, las dadas en adopción y después emancipados por su padre político<sup>228</sup>.

La nieta emancipada tiene el beneficio de la *Bonorum Possessio* de su padre natural, fallecido con anterioridad a su abuelo. En el mismo caso se encuentra la hija nacida de un padre emancipado,

---

<sup>224</sup> GAYO, *Institutionis* 3, 25. “*Sed haec iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*”.

<sup>225</sup> D. 37,4,1 y D. 37,4,1,6. “*In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales, sive adoptivos, si neque instituti, neque exheredati sunt*”. “*Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor; sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem; sed adoptivae patris non potest, ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet*”.

<sup>226</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de...*, cit., p. 11.

<sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> *Ibid.* p. 12.

siembre que su abuelo haya fallecido con posterioridad a la muerte de su padre<sup>229</sup>.

Justiniano reguló esta situación en sus *Novellae* 118 y 127<sup>230</sup>, sustituyendo para siempre la *agnatio* por la *cognatio*, equiparando a

---

<sup>229</sup> *Ibid.* Ulpiano confirma las ideas mencionadas en el Libro XXXIX de sus Comentarios al Edicto.

<sup>230</sup> *NOVELLAE IUSTINIANI* 118. “*Praefatio: Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas inveniunt, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnis simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere, itaque prioribus legibus pro hac causa positae vacantibus de cetero ea sola servari quae nunc constituimus. Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium et descendentium et ex latere, quae in agnatos cognatosque dividitur, primam esse disponimus descendentium successionem*”; “*Caput I: Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponeatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filios, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praepone praecipimus, quorum sub potestate fuit qui defunctus est, in illis videlicet quae secundum alias nostras leges patribus non adquiruntur. Nam in usu earum rerum, qui debet adquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus, sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alias descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quantumque sint, quantum eorum parens si viveret habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri non volumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia sive masculi seu feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis seu sub potestate sint constituti. Et haec quidem de successione descendentium disposuimus: consequens autem esse perspeximus et de ascendentibus constituere, quomodo ad descendentium successionem vocantur*”; “*Caput II: Si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praepone sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequencia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praepone iubemus qui proximi gradu reperiuntur masculos et feminas, sive materni seu paterni sint. Si autem eundem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quantumque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantumcumque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem. Nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminae seu masculi fuerint qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi seu per feminae personam copulantur, et sive suae*”



---

*potestatis seu sub potestate fuerit cui succedunt. Reliquum est ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere et in agnates cognatosque dividitur, ut et hac parte disposita undiquo perfecta lei inveniatur”; “Caput III: Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum seu per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre tibiis masculis et feminis, et quantumque fuerint, tantam ex hereditate portionem percipient, quantum eorum parens futurus esset accipere si superstes esset. Unde consequens est, ut si forte praemortuus frater, cuius filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsitan aut matrem ei iungebantur, praeponebantur istius filii propriis tibiis, licet tertio sint gradu (sive a patre sive a matre sint tibi, et sive masculi sive feminae), sicut eorum parens praeponebatur, si viveret. Et e diverso, si quidem superstes frater ex utroque parente coniungitur defuncto, praemortuus autem per unum parentem iungebatur, huius filios ab hereditate excludimus, sicut ipse si viveret excluderetur. Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum aut feminarum filiiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli autem alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. Sed et ipsis fratrum filiiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis indicantur tibiis masculis et feminis, sive paterni sive materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permitimus, neque si ex utroque parente eorum pater aut mater defuncto iungebatur. Quandoquidem fratris et sororis filiiis tale privilegium dederimus, ut in priorum parentum succedentes locum soli in tertio constituti gradu cum his qui in secundo gradu sunt ad hereditatem vocentur, illud palam est quia tibiis defuncti masculis et feminis sive a patre sive a matre praeponebantur, si etiam illi tertium similiter cognationis obtineant gradum. Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicuti diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniore gradu ipsi reliquis praeponebantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniuntur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividitur, quod in capita nostrae leges appellant”; “Caput IV: Nullam vero esse volumus differentiam in quacumque successione aut hereditate inter eos qui ad hereditatem vocantur masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionebus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sive per emancipationem vel per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus”; “Caput V: Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, et quae de tutela sunt manifesta consistunt. Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur aut solus aut cum aliis, et functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure, sed omnibus similiter ad tutelam vocandis quique ex masculorum quique ex feminarum prole descendunt minori coniuncti. Haec autem diximus, si masculi et perfectae aetatis sint et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere neque excusatione competenti sibimet utuntur. Mulieribus enim etiam nos interdiximus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit: his enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permitimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani*

---

senatusconsulti renuntiant. Haec enim servantes omnibus a latere cognatis ad tutelam praeponebantur, testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas: defuncti namque voluntatem et electionem praeponebant volumus. Si autem plurimi eundem cognationis habentes gradum ad tutelam vocantur, iubemus communiter convenientibus apud iudicem, cui huius partis sollicitudo est, unum aut plures, quanti ad gubernationem substantiae sufficient, ex ipsis eligi et denunciari, et eum vel eos minoris res gubernare, tutelae periculo omnibus imminente qui ad tutelam vocantur, et substantiis eorum minori tacite subiacentibus pro huiusmodi gubernatione”; “Caput VI: Haec autem omnia quae de successione generis sanximus, in illis volumus obtinere, qui catholicae fidei sunt. In haereticis autem iam a nobis positae leges firmas esse praecipimus, nullam novitatem aut immutationem ex praesenti introducentes lege. Quae igitur per hanc constitutionem in perpetuum observandam sancivit nostra tranquillitas, in illis volumus obtinere casibus, qui a principis Iulii mensis praesentis sextae indictionis evenerunt aut post haec emergunt. Praecedentes namque casus, qui usque ad memoratum tempus pertransierunt, secundum veteres leges incidi praecipimus.

*Epilogus:* Tua igitur gloria per praesentem legem a nobis disposita ad omnium cognitionem venire procurat, in hac quidem regia civitate edictis consueae propositis, in provinciis autem praecipuis dirigendis ad clarissimos praesides earum, ut nulli nostri imperii subiectorum sit ignota nostrae circa eos mansuetudinis providentia, ita tamen ut sine omni dispendio civium aut provincialium in omni loco praesentis legis fiat insinuation”.

NOVELLAE IUSTINIANI 127. “Praefatio: Nostras leges emendare nos non piget ubique utilitatem subiectis invenire volentes. Meminimus igitur scripsisse legem, per quam iussimus, ut si quis moriatur relinquens patres et filios alterius praemortui fratris, ad similitudinem fratrum et praemortui fratris filii ad hereditatem vocentur paternum adingredientes gradum et illius ferentes portionem. Si vero moriens relinquat ascendentium aliquos et fratres ex utrisque parentibus coniunctos sibi et filios ex praemortuo fratre, fratres quidem iussimus per ipsam legem cum parentibus vocari, fratris vero filios exclusimus”; “Caput I: Hoc itaque iuste corrigentes sancimus, ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres qui possunt cum parentibus vocari et alterius fratris praemortui filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur et praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantum futurus erat eorum pater accipere si vixisset. Haec vero sancimus de illis fratris filiis quorum pater ex utroque parente iungebatur defuncto, et absolute dicendum quem eis dedi, mus ordinem quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere iubemus et quando cum fratribus vocantur ascendentium aliqui ad hereditatem: hoc iubentes ex kalendis Ianuariis praesentis undecimae indictionis”; “Caput II: Illud quoque dignum correctione aliqua esse iudicantes, partem hoc praesentis facimus legis. Ex ipso enim rerum invenientes experimento necessarium esse mulieribus actis monumentorum antenuptiales donationes insinuari, ut vel si principalia instrumenta pereant, quod facile est, per monumenta eis matrimonii probatio maneat, sancimus necessitatem habere viros ipsos aut etiam qui pro eis antenuptiales seu propter nuptias donationes scribunt, si quingentorum solidorum transcendit quantitatem, insinuare eam in actis monumentorum in regia quidem civitate apud magistrum census, in provinciis autem apud civitatis uniuscuiusque defensorem aut apud quos omnino talia documenta confici possunt. Si vero non insinuent eas, quantum quidem ad partem mulieris etiam sic eas valere iubemus, et si tempus fiat exactionis donationis aut partis eius, non opponi mulieri non fuisse insinuatam donationem. Si vero dotalium pacta et horum eventus parti viri concedant exactionem dotis aut etiam partis eius, nullam eum habere iubemus actionem, si non donationem insinuavit actis monumentorum, sicuti dictum est. Viris enim habentibus potestatem insinuare donationes pro non insinuatam periculum mulieribus imminere ineptum nobis esse videtur”; “Caput III: Quia vero et mulieres ad secundas

hombres y mujeres, al tomar en cuenta el parentesco por ambas líneas sucesorias. La parentela adoptiva sólo se equipara a la de la sangre si está establecida en una *adoptio plena*, sino, sólo da derecho a la delación del hijo a la sucesión del padre adoptivo y no al revés. El *filius familias* quedaba equiparado a los *sui iuris*.

El Derecho Justiniano estableció cuatro órdenes para ser sucesores de *de cuius*, sin distinción de sexo. En cada uno es llamado el grado más próximo preferentemente al más lejano y por su falta o renuncia se pasa el siguiente grado; sólo ante la falta de parientes de una clase se pasa a la siguiente<sup>231</sup>:

- En primer lugar se encontraban los *suius heres* sin distinción entre *sui heredes* y *liberi*. Son herederos todos los descendientes, sin tener en cuenta que hayan estado bajo patria potestad o de cualquier consideración de sexo y limitación de grado. Suceden *per capita* los hijos legítimos, legitimados y adoptivos con respecto a la madre y también los tenidos fuera del matrimonio. Así pues, el nieto sólo heredaría al abuelo en el supuesto de que su padre hubiera premuerto. En este caso, la sucesión se llevaría a cabo por estirpes, correspondiéndoles a los

---

*nuptias non venientes praepositione aliqua dignas ultra eas quae secundo nubunt esse putamus, sancimus, si qua amisso viro alteris abstineat nuptas, habere quidem eam ad usum antenuptialis donationis, sicut prius sancivimus, habere vero eam et proprietatis tantum quantum filiorum quantitas facit, ut secundum proprietatis rationem unius et ipsa filii personam obtinere videatur. Haec vero valere non in matribus solis iubemus, sed etiam in patribus et aliis ascendentibus volumus ad secundas nuptias non venientibus”; “Caput IV: Quia vero interdiximus dudum per nostram legem et viris et mulieribus repudia mittere et transigere matrimonia, nisi tamen quaedam sit causa nostrae legi cognita, et poenas hoc facientibus et viris et mulieribus imposuimus, mutationem quandam circa poenas viri et mulieres facientes et ad melius hoc transformantes sancimus, nullam esse differentiam quantum ad poenas inter virum et mulierem hoc praesumentes, sed iisdem poenis quae contra mulieres a nobis definitae sunt, si sine causa nostrae legi cognita matrimonia distrabant, etiam viros subdi hoc praesumentes, et similes esse poenas in viro et muliere. In delicto enim aequali proximas eis imminere poenas iustum putavimus esse. Epilogus: Praesentem igitur generalem nostram legem manifestam tua gloria faciat per edicta sollemnia et his qui hanc maximam civitatem et qui provincias habitant, ut nullus omnium quae ad salutem communem sancita sunt a nobis ignoret”.*

<sup>231</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, pp. 288-289.

nietos, hijos del premuerto, la parte que le hubiera correspondido a su padre si estuviera vivo<sup>232</sup>.

- En su defecto se llamaba en segundo lugar al padre, a la madre, y a los demás ascendientes o a los hermanos germanos, es decir, hermanos de padre y madre, y los hijos de uno de éstos ya fallecido. Si sólo hay ascendientes, suceden por líneas; es decir, concurren por mitades los paternos y maternos de un mismo grado, el más próximo. Si en ese grado sólo hay ascendientes de una sola línea, ellos heredan todo, pues al no haber representación, quedarían excluidos los ascendientes de la otra línea que existieran en un grado superior. En virtud de la *Novellae* 118, los hermanos y hermanas germanos heredaban por cabezas, y si uno de ellos falleciera con anterioridad, ocuparían su lugar sus hijos, pero no sus ulteriores descendientes, por derecho de representación sucediendo por estirpes en concurrencia con sus tíos. La Novela 127 permite la representación en el supuesto de aquellos hermanos que concurren a la herencia con los ascendientes del causante. Así, los descendientes de un hermano premuerto son llamados a la herencia en concurrencia con sus tíos y con los ascendientes del causante<sup>233</sup>.

- En tercer lugar sucedían los medios hermanos. En este apartado nos encontramos con hermanas y hermanos consanguíneos del mismo padre o uterinos de la misma madre, y también los hijos de los que hubieran muerto con anterioridad. Sucederían *per capita*. El derecho de representación sólo aparecía respecto a los hijos, no abarcando a los ulteriores descendientes.

- En cuarto lugar sucederán los demás colaterales. Si no existen sucesores, como hemos vistos anteriormente,

---

<sup>232</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *La representación sucesoria en el Derecho Común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria* (Santiago de Compostela, 2008), p. 26.

<sup>233</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *Op. Cit.*, p. 27.

suceden *per capita* aquellos que ostentan el grado más próximo con exclusión de los demás. No cabe aquí por tanto la representación.

Las *Novellae* no señalan si la limitación del sexto y séptimo grado que se recoge en la compilación y que existía desde la *bonorum possessio* de los *cognati* queda o no derogada.

- En último lugar, en defecto de todos los mencionados hasta ahora heredaba el cónyuge viudo, el cual sería llamado a la sucesión *ab intestato* del causante, en virtud de la disposición recogida en el edicto denominada *bonorum possessio unde vir et uxor*. Sin embargo, la viuda o el viudo quedaron incluidos en la *Novellae* 53, siempre que no hubiera habido divorcio y a falta de los demás familiares. Justiniano recogió que la viuda pobre tuviera derecho a una cuota igual a la de sus hijos, limitada a un cuarto y a cien libras de oro, del patrimonio de su esposo fallecido. Esta cuota era solamente usufructuaria si concurría a la sucesión con sus propios hijos<sup>234</sup>.

Los hijos naturales y la concubina, se incluyeron en la *Novellae* 89, otorgándoles una sexta parte de la herencia, con la *conditio* de que no hubiera viuda, ni descendientes legítimos, en cuyo caso sólo tendrían derecho a una pensión alimenticia.

Si no hubiera sucesores *ab intestato*, el fisco reivindica la herencia vacante del siguiente modo. La de eclesiásticos está destinada a la Iglesia o al convento; la de los decuriones, a la curia; la de los soldados, a la respectiva legión; la de ciertos profesionales a su respectiva corporación...<sup>235</sup>

### **2.1.5.- Sucesión legítima de la mujer en el derecho imperial**

Con anterioridad a que se dictase el *senatusconsultum Tertullianum*, para la distribución de una herencia, tomaban protagonismo dos sistemas a tenor del derecho sucesorio romano, la

---

<sup>234</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 289.

<sup>235</sup> *Ibid.*

*hereditas* y la *bonorum possessio*. Ambos sistemas sucesorios coincidían en que contenían antiguos principios del Derecho romano que regían la normativa aplicable a ambos<sup>236</sup>.

Estos principios de la regulación hereditaria romana, eran los responsables de la limitación de los derechos de sucesión recíproca entre parientes consanguíneos de primer orden. Así, en el antiguo *ius civile* la sucesión de hijos a la madre y, de la madre a los hijos no era habitual, solamente pudiéndose suceder como cognados, precedidos siempre por los agnados del *de cuius*<sup>237</sup>.

Estas condiciones desfavorables a los derechos hereditarios entre consanguíneos, fueron el origen de la futura legislación imperial, iniciada por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. Un ejemplo de la serie de cambios que van a ocurrir sería que el matrimonio *in manus* comienza a desaparecer, considerándose injusta la sucesión existente hasta el momento con respecto a la madre cuyo matrimonio había sido lleva a cabo *sin manus*, ya que en este supuesto la mujer pasaba a integrarse dentro del tercer grupo pretorio, el *unde cognati*. Para paliar esta injusta situación, se crean dos senadoconsultos, el *senatus consultum Tertullianum*, de la época de Adriano, y el *senatus consultum Orfitianum* que data del año 178, mediante los cuales la madre heredaría a los hijos y éstos a su madre y por ello se les consideraría dentro de la categoría de *legitimi* otorgándoles así la *bonorum possessio unde legitimi*<sup>238</sup>.

Ésta nueva situación que se produce en ambos senadoconsultos, conduce al abandono del concepto de familia agnaticia, para otorgar más protagonismo al concepto cognaticio. De este modo, en el final del período clásico y a lo largo de la edad

---

<sup>236</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., *El ius adrecedendi en la sucesión ab intestato romana* (Alicante, 2009): 633.

<sup>237</sup> *Ibid.* p. 634.

<sup>238</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *Op. Cit.*, pp. 24-25.

posclásica, se produjo el reconocimiento de la filiación como base del derecho hereditario<sup>239</sup>.

Con esta preferencia de los vínculos de sangre sobre los vínculos agnaticios tiene su origen el denominado *ius civile novum*, el derecho civil que tomó como base el derecho civil pretorio, una vez que éste ya no podía desarrollarse más<sup>240</sup>.

La llamada a la herencia realizada por *ius civile*, hace referencia al *delatus* como cognado del *de cuius*, tomando como base las relaciones de consanguinidad, prescindiendo de cualquier cambio en el *status familiae* a consecuencia de una *capitis deminutio minima*, antes o después de la delación hereditaria<sup>241</sup>.

Vaccaro señala 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 encontrar disposición legal que lo recoja; *a fortiori*, sostiene que no era necesaria, ya que dicha verificación se producía por necesidad jurídica<sup>242</sup>.

Esta modificación llevada a cabo en la regulación hereditaria por la legislación imperial, primero con los *senatusconsultum* que estudiaremos a continuación, y posteriormente con las constituciones tuvo como consecuencia el reconocimiento de las relaciones privadas patrimoniales que no eran consideradas como tal por el derecho romano antiguo.

---

<sup>239</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adcrendi* en la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano” en RIDROM-UCLM (Ciudad Real, 2011), pp. 518-591, p. 520.

<sup>240</sup> D. 38,17,1,8; D. 38,17,1,9; D. 38,17,1,10; D. 38,17,2,20; D. 38,17,2,22.

<sup>241</sup> D. 38,17,1,8. “*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, ad legitimam hereditatem admittetur, nisi magna capitis deminutio interveniat, quae vel civitatem adimit, ut puta si deportetur*”.

En el mismo sentido D. 38,16,11. “*Capitis deminutione pereunt legitima hereditates, quae ex lege duodecim tabularum veniunt, sive vivo aliquo sive antequam adeatur hereditas eius capitis minutio intercessit, quoniam desinit suus heres vel adgnatus recte dici: quae autem ex legibus novis aut ex senatus consultis, non utique*”.

<sup>242</sup> VACCARO DELOGU, R., *L'acrescimento nel diritto ereditario romano* (Milan, 1941), p. 39 y ss. en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adcrendi*...”, *cit.* p. 522.

La evolución del Derecho romano en la segunda mitad del período clásico y en toda la edad posclásica trajo consigo el reconocimiento de la relación de filiación como base en el derecho hereditario<sup>243</sup>.

Dos constituciones posteriores, una Valentiniana y otra Anastasiana, continuaron la tendencia, iniciada por el pretor y continuada por los senadoconsultos que estudiaremos a continuación.

### 2.1.5.1.- *Senatus Consultum Tertullianum*

La legislación decenviral no recogía la sucesión recíproca entre madres e hijos salvo como *proximus agnatus*, estando la mujer bajo *manus* del esposo, debiendo esperar al Edicto del Pretor para que la sucesión fuera posible en la clase de los *cognati*, con posterioridad a los agnados<sup>244</sup>.

Claudio recoge la importancia de la familia fundamentada en vínculos de sangre, concediendo a la madre el derecho de ser llamada a la herencia de sus hijos *ad solatium liberorum amissorum*.

El *senatus consultum Tertullianum* derogaba el antiguo régimen. Juliano lo recoge perfectamente con la afirmación "*Tullianus recte putat circa Tertullianum locum esse succedenti agnato*".

Bajo el gobierno del emperador Adriano en los años 117 a 138 d. C. se dicta el *senatus consultum Tertullianum*, el cual concedía a la madre agnada, la cual no se hallaba *in manu* del padre del *de cuius*, el derecho de suceder a sus hijos muertos sin descendencia en la clase de los agnados, si ésta gozara del *ius liberorum*, entrando en la herencia a partes iguales con las hermanas y excluyendo a los demás agnados, de tercer o ulterior grado, si bien dando preferencia sobre ella a los *sui*, a los *liberi*, al padre y a los hermanos del *de cuius*<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> MEINHART, M., *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* (Graz-Wien-Köln, 1967), p. 11 y ss.

<sup>244</sup> PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano* (Roma, 1928), II, p. 590 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., "El *ius adrecedendi*...", *cit.* p. 525.

<sup>245</sup> MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M., *Op. Cit.*, p. 25.



La capacidad de la madre para suceder a sus hijos, como recoge Meinhart, debía estar en posesión del *ius liberorum* y ser ciudadana romana<sup>246</sup>. La *latina ingenua*, quien conseguía la ciudadanía romana por el hecho de haber tenido tres hijos, obtenía la herencia legítima de su hijo al ser considerada igualmente ciudadana romana<sup>247</sup>. Esta concesión se aplicaba también a la *mulier famosa*<sup>248</sup>.

Ulpiano también recoge que la madre sucedería al hijo impúber cuando el testamento pupilar quedaba ineficaz, por la renuncia del sustituto pupilar. Lo expresa así: “*Impuberem , cui pater secundas tabulas fecit, tunc certum est intestatum decessisse, cum omiserint substituti hereditatem eius. Quare et si impubes adrogatus sit, dicendum est matrem ad bona eius admitti, quae haberet, si intestatus decessisset*”<sup>249</sup>.

Voci en su obra *Diritto ereditario romano* afirma que la madre no sucedía por el *senatusconsulta Tertullianum* 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. 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<sup>250</sup>.

En definitiva, el llamamiento consideraba a la madre heredera, con preferencia a los agnados, si no existen hijos del propio difunto tanto *sui* como emancipados, o no hubiese padre natural, o no tuviese el *de cuius* hermanos o hermanas consanguíneos<sup>251</sup>.

---

<sup>246</sup> MEINHART, M., *Op. Cit.*, p. 133 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adreascendi...*”, *cit.* p. 527.

<sup>247</sup> PS., 4,9,8. “*Latina ingenua ius quititium consecuta si ter peperit, ad legitiman filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa*”.

<sup>248</sup> D. 38,17,2,4. “*Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittetur*”.

<sup>249</sup> D. 38,17,2,5. “*Impuberem, cui pater secundas tabulas fecit, tunc certum est intestatum decessisse, cum omiserint substituti hereditatem eius. quare et si impubes adrogatus sit, dicendum est matrem ad bona eius admitti, quae haberet, si intestatus decessisset*”.

<sup>250</sup> VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, II, (Milán, 1963), pp. 18-19.

<sup>251</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adreascendi...*”, *cit.* p. 529.

Además, si el padre natural hubiera sido adoptado *in aliena familia* y, además de la madre existieran agnados, por la existencia de éstos se excluye al padre, pudiendo la madre ejecutar su derecho<sup>252</sup>.

En el supuesto de que hubiera hermanas consanguíneas, a falta de hermano consanguíneo, la madre concurriría con las mismas dividiendo la herencia a partes iguales<sup>253</sup>. Si, por el contrario, el conjunto de llamados a la herencia son hermanos y hermanas, sucedían todos, excluyendo a la madre, como así se recoge en *Tit. Ulp. XXVI, 8*: “*Intestati filii hereditas ad matrem ex lege Duodecim Tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina, 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 sôror consanguinea sit, utrasque pertinere iubetur hereditas*”<sup>254</sup>.

Existen otros casos en los que el derecho de la madre estaba en espera. Se recogen dos supuestos<sup>255</sup>:

1.- Para proteger los intereses de un *nasciturus* tutelado con la *missio ventris nomine*.

2.- Para salvaguardar el interés legítimo de un hijo ya nacido, que se encontraba protegido con la *possessio Carboniana*, con la *possessio furiosi nomine*, o con la *possessio infanti per tutorem petita*.

---

<sup>252</sup> D. 38,17,2,17. “*Si sit adgnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et Mater, admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit*”.

<sup>253</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adcrendi*...”, cit. p. 530.

<sup>254</sup> *Ibid.* pp. 530-531.

<sup>255</sup> D. 38,17,2,11; D. 38,17,2,12; D. 38,17,2,13. “*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. Igitur et si furioso decreto petita sit possessionem et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit; Sed si quis, cum status controversiam pateretur, carbonianam solam acceperit, an noceat matri bonorum possessionem, quaesitum quidem est: sed cum haec tempore finiatur, dicendum est matri post tempus non nocere aut, si impubes decesserit, matrem posse admitti; Sed si infanti per tutorem petita sit possessionem, licet statim decesserit, dicendum erit matri obstatisse: non enim similis est ei, quae furioso datur*”.

Por otra parte, en el senadoconsulto que estamos analizando, ya no encontramos ninguna referencia al principio *in legitimis non est successio*, es por lo que, si los sujetos que precedían a la madre no adquirirían la herencia, renunciaban a ella o se les restituía íntegramente contra la adquisición, la madre era llamada en lugar de ellos, y sólo si la madre no acepta la herencia serían llamados los agnados más próximos.

Perozzi critica la regulación del senadoconsulto Tertuliano, ya que para él, la madre podía perder la herencia que le correspondía legítimamente, si se interponía una *bonorum possessio*<sup>256</sup>.

Se hace necesario señalar que el senadoconsulto Tertuliano se aplicó ampliamente, aunque varias constituciones imperiales intentaron acotarlo, perjudicando la sucesión de la madre. Prueba de ello es el siguiente rescripto de Antonio Pío: “*Sed si quis decessisset relicta filia, quam in adoptionem legitime dederat, relicta et matre, divus pius decrevit cessare senatus consultum tertullianum et simul esse admittendas ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem et filiam, sed quod idem iulianus scripsit matrem ex senatus consulto non posse admitti, si filia in bonorum possessione petenda cessaverit, verum non erit: succedit enim filiae. Et ideo dicendum erit matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, bonorum possessionem accipere non posse, quoniam succedere quasi legitima speraretur*”<sup>257</sup>.

Sin embargo, la verdadera evolución del derecho sucesorio de la mujer se produce en épocas de Constantino, Teodosio y Valentiniano.

Constantino, acaba por concederle a la madre desprovista del *ius liberorum* un tercio de la herencia, en concurso con los agnados de cualquier grado, quienes recibían los dos tercios restantes. Admitió asimismo, que los agnados singulares comprendidos entre el tercer y el quinto grado obtuviesen, incluso *capite deminuti*, un tercio del as

---

<sup>256</sup> PEROZZI, S., *Op. Cit.*, p. 591 y ss en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius aderescendi...*”, *cit.* p. 532.

<sup>257</sup> D. 38,17,2,9. “Los hijos del difunto que se encontraban *in adoptiva familia* debían relegar a la madre en la sucesión”.

hereditario en concurso con la madre que sí tenía el *ius liberorum*, quedando en este supuesto dos tercios del total<sup>258</sup>.

El porcentaje que recibía la madre, ha ido aumentándose hasta dos tercios en épocas de Teodosio y Valentiniano.

Justiniano con una constitución del 528 abolió el *ius liberorum*, otorgando a la madre una cuota viril, en concurso con hermanos y hermanas del causante. También reguló que la madre tenga preferencia sobre los agnados y cognados más alejados al hijo; no obstante, el *parens manumisor* si no existen hermanos y hermanas consanguíneas sucedería en lugar de la mujer; y si el padre muriera, la herencia se dividía por cabezas entre la madre, hermanos y hermanas<sup>259</sup>.

Con el senadoconsulto Tertuliano, en palabras de Fernández Vizcaíno, “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 existen de hermanas consanguíneas del difunto en un principio, hasta que Justiniano la admitió, incluso ante la existencia de hermanos consanguíneos. Si existen hermanos y hermanas consanguíneos del hijo difunto, que eran preferidos a la madre, hasta Justiniano sucedían aquéllos, con exclusión de la madre; 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 solo hermano varón, la madre se veía privada de todo derecho sucesorio respecto de la herencia de su propio hijo”<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> LAVAGGI, G., “Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano” en *Scritti giuridici raccolti per il Centenario della casa editrice Jovene: 1854-1954* (Nápoles, 1954) pp. 749-776.

<sup>259</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adrecedendi*...”, *cit.* p. 535.

<sup>260</sup> *Ibid.* p. 536.

Vaccaro opina, que el *ius accrescendi*, sólo se aplicaba si los sucesores del *de cuius* fueran madre con hermana o hermanas consanguíneas, ya que era el supuesto en el que existía una llamada a heredar solidaria<sup>261</sup>.

Por el contrario, Meinhart, se opone a la tesis de Vaccaro, señalando que no se podía aplicar el derecho de acrecer entre la madre y la hermana del *de cuius*, ya que no se daba la llamada *in solidum*; la explicación que ofrece este autor, es que el título de delación con el que madre y hermana acuden a la herencia es distinto. La hermana era llamada *ex iure antiquo*, y *ex iure novo* sería llamada la madre. La diferente naturaleza en el orden de llamamiento, se explica como consecuencia de la situación jurídica que se creaba al promulgar nuevas normas civiles que modificaban el antiguo *ius civile*, pero que no lo derogaban. Atendiendo a la literalidad del texto del *Digesta Iustiniani* 38, 17, 2, 18, nos encontramos que Ulpiano señala que la hermana consanguínea del fallecido tiene derecho a la herencia, en concurrencia con la madre, excluyendo de la misma al padre adoptado o emancipado. También recoge el supuesto en el que, si la hermana consanguínea no aceptaba la herencia, la madre no podía concurrir a ella por causa del padre, quedando en suspense a la espera de la llamada por derecho pretorio del padre. Podía obtener, no obstante, los bienes en el orden *unde cognati*. Por último, si el padre no solicita la *bonorum possessio*, la madre sucedía sólo en virtud del senadoconsulto Tertuliano<sup>262</sup>.

Voci, sin embargo, destaca el hecho de la adquisición por parte de la hermana, como condición necesaria para la *delatio* de la

---

<sup>261</sup> VACCARO DELOGU, R., *Op. Cit.*, p. 40 y ss. en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius accrescendi*...”, *cit.* pp. 537 y 542.

<sup>262</sup> MEINHART, M., *Op. Cit.*, p. 286 y ss en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius accrescendi*...”, *cit.*, p. 538. El autor desarrolla esta tesis interpretando los siguientes textos de Ulpiano: D. 38, 17, 2, 18. “*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*”.

madre. Así, si deja de aceptar la herencia de la hermana del *de cuius*, la madre no obtenía los bienes de la herencia de su hijo por falta de delación, y no por falta de aplicación del *ius accrescendi*<sup>263</sup>.

Si existían madre y hermana consanguínea, la aceptación de la hermana ocasionaba la delación de la madre, como vimos en el párrafo anterior; no obstante, si ésta última no acepta su parte, la hermana adquiriría el total de la herencia, no en virtud del *ius accrescendi*, 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 senatusconsultum*<sup>264</sup>.

Otro supuesto de adquisición de los bienes por parte de la *mater*, el cual ha sido objeto de estudio por Meinhart se encuentra en el *Digesta Iustiniani* 38, 17, 2, 19. “*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 rursus ex senatus consulto potest venire*”. Es el supuesto de una hija casada y con hijos, que había quedado bajo potestad de su *pater*, estando sus hijos nacidos de su matrimonio *in potestate* con su marido; si el padre de la mujer adoptaba a su nieto, tanto la madre como el hijo se encontraban bajo la misma potestad, calificándose ambos de consanguíneos, así como con vínculos agnaticios. Por tanto, si moría el padre de la mujer, y el nieto por él adoptado, la herencia le correspondía a la madre consanguínea excluyendo a su marido, heredando la madre consanguínea-agnada en perjuicio de su marido. En este caso, el *senatusconsultum* que estamos estudiando no sería de aplicación, al no preferir al padre en lugar de la madre<sup>265</sup>.

Este *senatusconsultum* también recogió la delación sucesiva, derogando el principio *in legitimis non est successio*. Es por ello, que la no aceptación, renuncia o *restitutio in integrum* de las personas preferidas a la madre, producía el efecto de que ella sería la llamada a la herencia

---

<sup>263</sup> VOGLI, P., *Op. Cit.*, SDHI, XXXIV: 397 y ss. en recensión a MEINHART, M., *Op. Cit.*

<sup>264</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius accrescendi*...”, *cit.*, p. 544.

<sup>265</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius accrescendi*...”, *cit.*, pp. 539-540.

de su hijo; pero, si la madre no aceptaba la herencia, ésta podía ser solicitada por los agnados más próximos, como así ocurría antiguamente, pues la llamada a la madre significaba la derogación de la delación hereditaria del *ius civile vetus*; por el contrario, cuando la madre no provocaba la supresión, serían de aplicación los principios del *ius civile* antiguo<sup>266</sup>. De hecho, si los sucesores que tenían prioridad sobre la madre no aceptaban o se abstendían, este *senatusconsultum* requería que la herencia le fuera devuelta a la madre, como así se desprende de dos textos de Ulpiano, recogidos en el *Digesta Iustiniani*<sup>267</sup>.

La Pira, por el contrario, aunque admite la delación sucesiva a favor de la madre por el derecho del pretor, por los cambios producidos el nuevo *ius civile*, la niega para los llamados por las XII Tablas, ya que entre los *legitimi ex lege XII tabularum* no estaba permitida la delación sucesiva<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> *Ibid.* pp. 545-546. D. 38,17,2,20; D. 38,17,2,22; D. 38,17,2,47; D. 38,16,8,1: “*Si mater hereditatem filii filiaeve non adierit ex senatus consulto tertulliano, in bonorum possessione antiquum ius servandum est: cum enim esset praelatio matre omittente senatus consulti beneficium, ius succedit vetus*”; “*Quod autem diximus ius antiquum servari matre non adente, cui personae deferatur hereditas, videndum, utrum ei, quae nunc proxima invenitur, cum mater repudiat, an ei quae fuit, cum intestato decessisse certum est? ut puta fuit patruus, cum intestato decederet, et patrii filius: cum mater repudiasset, patruo nondum delatam hereditatem atque ideo defuncto eo matre deliberante patrii filium vocari*”; “*Videndum est, matre prohibita ius suum vindicare utrum ceteros admittamus, atque si mater non esset, an ipsam heredem dicimus fieri vel aliud nomen successionis induere, sed denegamus ei actiones? et invenimus rescriptum ab imperatore nostro antonino augusto et divo patre eius mammiae maximinae pridie idus apriles plautiano iterum consule matre remota eos admitti, qui venirent, si mater non fuisset: ergo et agnati ceterique succedent aut, si nemo sit, bona vacabunt*”; “*Si quis praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum esset matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat*”.

<sup>267</sup> D. 38,17,2,8; D. 38,17,2,10. “*Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. africanus et publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstant, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est*”; “*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*”.

<sup>268</sup> LA PIRA, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Florenca, 1930), pp. 276-277 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “*El ius adreascendi...*”, *cit.*, pp. 548-549.

Estos problemas que se plantean surgen debido a la vigencia de dos sistemas sucesorios diferentes, sin haber abolido uno de ellos<sup>269</sup>.

La Pira, hace referencia a la controversia que existe sobre los efectos que tenía la abstención de un *suus* a la herencia de su padre, en conexión con el derecho sucesorio de la madre, recogido en el *Digesta Iustiniani* 38, 17, 2, 8: “*Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinuit se hereditate. africanus et publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, et tunc ei obstant, quotiens rem haberent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est*”.

Para este autor, si la madre era precedida de *sui*, aun absteniéndose de la herencia excluían a la madre de la sucesión civil del hijo. Pero, podía solicitar la *bonorum possessio unde cognati*, si el *suus* no la solicitó como primer llamado a la sucesión pretoria. Cuando el *suus* se abstenía, la madre, obtenía la herencia del hijo, incluso en la *bonorum possessio*, como así afirman Africano y Publicio<sup>270</sup>.

La Pira para defender su tesis se apoya en un texto de *Ulpiano*<sup>271</sup>, en el que se recogen dos supuestos. Si el que fuera puesto en posesión mientras estaba en el claustro materno no perjudicaba el derecho de la madre, sí la perjudicaba si fuera un *suus*, heredero civil por el *ius vetus*<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> D. 38,17,2,7; D. 38,1,9; D. 38,17,10,1. “*Si vero apud hostes est filius vel nasci speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur*”; “*Operae in rerum natura non sunt*”; “*Quando in pendenti est, an quaedam personae possint obstare matri, et casus tulerit, ut non inducerentur, matris ius integrum erit, quod medio tempore appenderit: veluti si filio intestato mortuo postumus ei filius potuerit nasci nec natus sit aut mortuus editus, vel quod etiam filius qui in hostium potestate erat postliminio non sit reversus*”.

<sup>270</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adreascendi*...”, *cit.*, pp. 550-551.

<sup>271</sup> D. 38,17,2,11. “*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. igitur et si furioso decreto petita sit possessio et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit*”.

<sup>272</sup> LA PIRA, G., *Op. Cit.*, p. 282 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adreascendi*...”, *cit.*, p. 554.



Vaccaro señala que Africano, Publicio y Ulpiano admitieron la delación del *ius civile vetus*, a la nueva regulación del *ius civile* que ha surgido de los senadoconsultos, por razones de oportunidad y equidad<sup>273</sup>.

Por lo que se refiere al derecho de acrecer y la delación sucesiva, Vaccaro Delogu<sup>274</sup> opina que se emplea el primero en detrimento del segundo en sede del *senatusconsultum Tertullianum*<sup>275</sup>. En el texto de Ulpiano recogido en el *Digesta Iustiniani* 38, 17, 2, 14, se recoge que la madre no debía ser llamada por este senadoconsulto ni a la parte de sus hijos, de lo que podemos deducir que si había varios sucesores preferidos a la madre, entre ellos aparecía un concurso efectivo que daba lugar al derecho de acrecer.

En el derecho justiniano la distinción recogida en el párrafo anterior es inútil, ya que los hijos debían adir la herencia y, si no la aceptasen, su presencia aún siendo *sui*, no perjudicaba, como así sucedía en derecho clásico a los sucesores llamados por el *ius civile*<sup>276</sup>.

### 2.1.5.2.- *Senatus Consultum Orphitianum*

El *senatus consultum Orphitianum*, realizado por Marco Aurelio y Cómodo en el año 178 d.d.C., mediante una *oratio*<sup>277</sup>, estableció la sucesión *ab intestato* de los hijos a la madre, no sometida al poder marital, con preferencia a cualquier sucesor, incluidos los ilegítimos, los *vulgo concepti*<sup>278</sup>, sin distinción de sexo<sup>279</sup>, los cuáles podían suceder a

---

<sup>273</sup> *Ibid.* p. 553.

<sup>274</sup> VACCARO DELOGU, R., *Op. Cit.*, p. 42 en *Ibid.* p. 555.

<sup>275</sup> D. 38,17,2,14. “*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*”.

<sup>276</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius ad crescendi*...”, *cit.*, p. 557.

<sup>277</sup> *Ibid.* p. 559.

<sup>278</sup> D. 38,17,1,2. “*Sed et vulgo quaesiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem*”.

<sup>279</sup> D. 38,16,10; D. 38,17,1,9; D. 38,17,6,1; D. 40,5,47,4. “*Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat vel non manumissori bonorum possessio competat, mater defuncti summovetur*”; “*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante*

su madre como *cognati*, introduciéndose el principio de consanguinidad en la sucesión frente a la preferencia por la agnaticia. Pero, no se admitía la *successio in locum*, hasta que sería reconocida en el año 389 mediante la constitución recogida en C. Th. 5, 1, 4.

La madre concedía sus bienes hereditarios a todos sus hijos, tanto *sui* como *alieni iuris*, preferentemente a otro consanguíneo o agnado. Esto supuso que al *filiifamilias* se le reconocía la capacidad para ser heredero *ab intestato*, aún estando bajo la *potestas* del *paterfamilias*<sup>280</sup>.

A las relaciones que se daban en los llamados por este *senatusconsultum* les era de aplicación el principio *successio ordinum*<sup>281</sup>. Los *filia* concurrían entre sí a partes iguales<sup>282</sup>.

Gayo no consideró esta sucesión *hereditas legitima*, es por ello que los hijos que sucedían en virtud de este *senatusconsultum* eran *heredes legitimi*, término que se reservaba a los sucesores *ab intestato* según las XII Tablas. Ambos senadosconsultos otorgaban una protección

---

*filiio patrono defertur*"; "Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel adgnatus adierit, videndum propter haec verba " si nemo filiorum volet hereditatem suscipere", quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est"; "Quaedam cum in extrema esset valetudine, praesentibus honestis viris compluribus et matre sua, ad quam legitima hereditas eius pertinebat, ita locuta est "ancillas meas maeviam et seiam liberas esse volo" et intestata decessit; quaero, si mater ex senatus consulto legitiman hereditatem eius non vindicasset et hereditas ad proximum cognatum pertinuisset, an fideicommissa libertas deberetur. Respondi deberi: nam eam, quae in extremis dixisset "ancillas meas illam et illam liberas esse volo", videri ab omnibus, qui legitimi heredes aut bonorum possessores futuri essent, petisse, ut hoc fieri possit".

<sup>280</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., "El *ius adreascendi*...", *cit.*, p. 562. D. 38,17,6; D. 38,17,9. "Filiū mater ex hoc senatus consulto, etiamsi in aliena potestate sit, ad hereditatem admittitur"; "Sacratissimi principis nostri oratione caveatur, ut matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate erunt, pertineat".

<sup>281</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano* (Nápoles, 1979), p. 541 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., "El *ius adreascendi*...", *cit.*, p. 562.

<sup>282</sup> TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano* (Milán, 1990), p. 711 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., "El *ius adreascendi*...", *cit.*, p. 563.

sucesoria *iure civile*. Pero, es en la época posclásica cuando ya adquieren la consideración de herederos legítimos *iure civile*<sup>283</sup>.

Los hijos que eran llamados a la herencia por el *senatusconsultum Orphitianum*, asimilan su posición jurídica a los llamados por ley, por tanto, concurrían entre sí a partes iguales, basándose en el nacimiento. Tenían derecho a la herencia de su madre, una vez hubiesen cumplido el requisito de la *aditio*, sin necesidad de acudir a la *bonorum possessio* como cognados de la mujer<sup>284</sup>. Una vez dictado este senadoconsulto, los hijos serían herederos *iuris civilis*, mediante la *bonorum possessio unde legitimi* de los bienes de la madre<sup>285</sup>.

Este derecho que tienen los hijos respecto a la herencia de su madre, se extendió a otros ascendientes de línea femenina en la época imperial por una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 389<sup>286</sup>.

El llamamiento a la herencia, no tenía relación con el *status* que ocupa el llamado a la herencia dentro de la familia, por lo que no existe ninguna influencia de la *capitis deminutio* en el llamamiento<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup> TURIEL DE CASTRO, G., “La sucesión intestada en Derecho romano” en Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I (Ourense, 1998), p. 75. en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adcrendi*...”, *cit.*, p. 563.

<sup>284</sup> *Ibid.* p. 564.

<sup>285</sup> D. 38,7,2,4; D. 38,8,1,9. “*Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusve consultum. denique mater, quae ex senatus consulto venit tertulliano, item qui ex orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt*”; “*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 senatus consultum orphitianum et " unde legitimi" petere poterit, quia mortis tempore in utero fuit*”.

<sup>286</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adcrendi*...”, *cit.*, p. 565.

<sup>287</sup> D. 38,17,1,8. “*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 consultiis delatae non peremuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur, nisi magna capitis deminutio interveniat, quae vel civitatem adimit, ut puta si deportetur*”.

En el derecho justiniano ya serían llamados a la sucesión de la madre los nacidos en servidumbre, es por lo que todos los hijos eran llamados a la herencia de la madre<sup>288</sup>.

En el *senatusconsultum* que estamos estudiando en este epígrafe, no se hace referencia al derecho de acrecer, no obstante se aplicaba habitualmente mediante la fórmula de la interpretación<sup>289</sup>.

Ulpiano interpreta que el derecho de acrecer se establecía para los hijos llamados a la sucesión de la madre *ex senatusconsultum*<sup>290</sup>.

Vaccaro, en consonancia con Ulpiano, opina que éste último daba prioridad al *ius acrescendi* sobre la delación sucesiva. En consecuencia, sólo cuando todos los hijos no pudieron o quisieron adir la herencia, ésta pasaba a los otros sucesores por el antiguo sistema<sup>291</sup>.

Voci, por lo que respecta al orden de los llamamientos, señala que los agnados serían excluidos cuando los hijos adquirirían la herencia de la *mater*, ya que la renuncia o la *resitutio in integrum* hacía renacer el derecho antiguo. También propone la aplicación extensiva de este *senatusconsultum* al supuesto en que los hijos y la madre de la fallecida podían realizar la partición de la herencia a partir de la interpretación del término *constitutiones* recogido en las *Institutiones*<sup>292</sup> de Justiniano, refiriéndose a las constituciones del Bajo Imperio<sup>293</sup>.

---

<sup>288</sup> LA PIRA, G., *Op. Cit.*, p. 294 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius acrescendi*...”, *cit.*, p. 567.

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> D. 38,17,1,9. “*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adrescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur*”.

<sup>291</sup> VACCARO DELOGU, R., *Op. Cit.*, pp. 43-44.

<sup>292</sup> IUSTINIANI INSTITUTIONES 1,3,3,3. “*Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in eius admitti detrimentum: si enim ingenua ter vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum; quid enim peccavit, si non plures sed paucos pepererit? et dedimus ius legitimum plenum matribus sive ingenuis sive libertinis,*

Volterra<sup>294</sup>, por su parte, confirma la aplicación del derecho de acrecer, señalando que en éste *senatusconsultum Orphitianum* se abrogaba el *ius antiquum* en lo que al orden de sucesores se refiere, fijado en el *ius civile*, concediendo a los hijos el derecho a tomar la herencia materna con fundamento en su voluntad de hacerlo. Solamente si todos los hijos no aceptaran la herencia de la madre, sería de aplicación el antiguo orden sucesorio recogido en el *ius civile*. Si uno sólo de los hijos afirma que desea aceptar los bienes de su madre, el *ius antiquum* no podía tener lugar<sup>295</sup>.

Si ningún sucesor *ab intestato iuris civilis* aceptaba la herencia de la mujer, los hijos tenían el derecho de sucederla, cumpliendo la *aditio* en el siguiente año desde la *delatio*. Pero, si la *aditio* de los hijos era anulada por la *restitutio in integrum* u otra causa que impidiese la aceptación de la herencia por parte de los hijos, los sucesores *ab intestato iuris civilis* podían volver a ejecutar su derecho<sup>296</sup>.

---

*etsi non ter enixae fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quaeve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem. Sed cum antea constitutiones iura legitima perscrutantes partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem ei abstrahentes certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrariam faciebant: nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus legitimis personis anteponi et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint sive sola cognationis iura habentes, ut quemadmodum eam toto alio ordini legitimo praeposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen ut, si quidem solae sorores cognatae vel adgnatae et mater defuncti vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant, si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis vel etiam cum sororibus sive legitima sive sola cognationis iura habentibus intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suae suboli consulere: scituris eis quod, si tutores liberis non petierint vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur. Licet autem volgo quaesitus sit filius filiave, potest ad bona eius mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti”.*

<sup>293</sup> VOCI, P., *Op. Cit.*, pp. 19-23-41.

<sup>294</sup> VOLTERRA, E., *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma, 1961), p. 797.

<sup>295</sup> D. 38,17,1,9. “*Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio aderescet. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur”.*

<sup>296</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “*El ius adreascendi...*”, *cit.*, p. 574.

En el *Digesta Iustiniani* 38, 17, 1, 10, Ulpiano afirma que sobre el hijo existía delación, y con la aceptación éste adquiriría el título de heredero, cuya consecuencia era que en el sistema civil existía un *heres*, no podía abrirse la delación a favor de otros, por tanto, no podía volverse al *ius antiquum*. El hijo que renuncia a la herencia de la madre, también le sería de aplicación este texto de Ulpiano, ya que ambos casos entran dentro del significado léxico de “*nolle*”<sup>297</sup>.

Ulpiano, con esta interpretación, inició el camino para procurar la fusión entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, tendencia que quedó suspendida después de los Severo, volvió a ser importante en época posclásica. Ulpiano recoge la cláusula *si nemo filiorum volet* que admitía el retorno al *ius antiquum*, con una delación a favor de los agnados de la madre muerta, suspendiendo de este modo la regla *semel heres semper heres*, equiparando al restituido y al repudiante<sup>298</sup>.

Volterra, Solazzi y La Pira afirman que Ulpiano en su redacción responde a la letra y al espíritu del senadoconsulto Orficiano, contribuyendo al desarrollo del derecho civil.

Por lo que respecta al derecho de acrecer en la sucesión de la *liberta*, debemos empezar su estudio por la Ley de las XII Tablas. Ésta última llamaba al patrono, como *agnatus proximus*, a la herencia del liberto en la sucesión intestada y ante la falta de *suus heres*. Sin embargo, si moría intestado, pero habiendo dejado un *suus heres*, el patrono no tenía derecho sobre los bienes del *de cuius*. No obstante, por el principio *feminae nunquam suum heredem habere possunt*, el patrono recibía de la *liberta* todos sus bienes, ya que ésta carecía de poseer parentela civil<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> D. 38,17,1,10. “*Si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, an ius antiquum possit locum habere? verba admittunt, ut possit: "volet ad se", inquit, "eam hereditatem pertinere": nam et hic non vult, etsi aliquando voluit: et dico posse ius antiquum locum habere*”.

<sup>298</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius ad crescendi*...”, *cit.*, p. 576.

<sup>299</sup> *Ibid.* pp. 580-581. D. 38,2,37; D. 38,6,1,3. “*Iulianus ait, si patronus libertatis causa imposita libertae revenderit, filium eius a bonorum possessione summoveri, scilicet quia nec contra tabulas testamenti liberti bonorum possessionem accipiat, quotiens pater eius donum munus operas liberti revenderit. plane si patroni filius libertatis causa imposita revenderit, nihilo minus familiam bonorum possessionem contra tabulas liberti accipere ait, quia filius revendendo libertatis*”.

En el *senatusconsultum* objeto de estudio en este epígrafe esta admitida la sucesión de la *liberta*, como así se recoge en el *Digesta*<sup>300</sup>.

En el supuesto de la ingenua sus hijos eran preferidos a los *agnados* de la mujer, y los patronos relegados por los nacidos de la que fue esclava<sup>301</sup>. El patrono sólo adquiriría la herencia por el derecho antiguo en el caso de que todos los hijos de la *liberta* rechazaran los bienes otorgados por ella.

Posteriormente, en una constitución del año 531, recogida en el *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex*, se señala que eran preferidos al patrono los hijos, los nietos *ex filio* y *ex filia* de la *liberta*. En conclusión, existiendo descendientes de la *liberta* en cualquier grado se excluye al patrono<sup>302</sup>.

Lavaggi señala que la herencia legítima de la madre, no sometida al poder del marido, pertenecía a los hijos, excluyendo a consanguíneos y agnados. Pero, en su opinión no se encuentran entre estos últimos el patrono, la patrona, los *liberi patroni* y el *parens manumisor ex remanipatione*<sup>303</sup>.

---

*causa imposita fratrem suum non summovet*"; "Plane si tempora quidem petendae bonorum possessionis ex testamento largiebantur, verumtamen repudiata est bonorum possessio, dicendum erit ab intestato bonorum possessionem iam incipere: cum enim is qui repudiavit petere bonorum possessionem non potest post repudiationem, consequens erit, ut ab intestato posse peti incipiat".

<sup>300</sup> D. 38,17,1. "Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto orphitiano".

<sup>301</sup> D. 38,17,1,9. "[...] et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur".

<sup>302</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., "El *ius adrecedendi*...", *cit.*, p. 583. CI. 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 femini sexus personas descendentes, quocumque 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..."

<sup>303</sup> LAVAGGI, G. "La successione della liberta e il SC Orfizian" en *SDHI*, XII (1946), pp. 177-180 en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., "El *ius adrecedendi*...", *cit.*, p. 584.

En contraposición a este autor, Meinhart señala que la doctrina ofrece el mismo tratamiento a la *liberta* y a la *ingenua*, afirmando la prioridad del hijo frente al patrono<sup>304</sup>.

En ambos texto se recoge que los hijos eran admitidos, sin distinción de sexo, a la herencia de su madre fallecida intestada por el *senatusconsultum Orphitianum*, aún estando sometidos a la potestad del otro, preferentemente sobre consanguíneos y agnados de su madre.

En lo que se refiere al derecho de acrecer en la sucesión de la madre *liberta*, desde la promulgación de este senadoconsulto, si algún hijo o aquel que tuviera derecho de patronato, no aceptara la herencia, la parte que le correspondiera acrecía a los que si la aceptaban<sup>305</sup>.

En virtud del *senatusconsultum Orphitianum* se llamaba a la herencia a varios herederos de la *liberta* fallecida. Los que aceptaban su parte de la herencia tenían derecho de acrecer sobre los bienes que habían quedado sin poseedor debido a la falta de aceptación por parte de sus herederos legítimos. Esta nueva sucesión civil se admitía en vía de interpretación, como así observamos en la redacción del *Digesta Iustiniani*<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> MEINHART, M., *Op. Cit.*, p. 75 y ss en FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adcrendi...*”, *cit.*, p. 585. Así se recoge en el *Digesta Iustiniani* 38,17,1,9, citado anteriormente y en la Instituciones de Justiniano 3,4,1. “*Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orphitiano effectum est, quod latum est Orphito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris. 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. Sciendum autem est, huiusmodi successiones quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferantur. Novissime sciendum est, etiam illos liberos qui vulgo quaesiti sunt ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti*”.

<sup>305</sup> FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., “El *ius adcrendi...*”, *cit.*, p. 587.

<sup>306</sup> *Ibid.* p. 588. D. 38,17,1; D. 38,17,1,9. “*Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto orphitiano*”; “*si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto*”. *hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio adcreset. et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur*”.



Como venimos señalando, el acrecimiento de los bienes de la herencia se produciría en caso de que hijos o nietos no aceptaran su porción hereditaria, pudiéndose llegar al patrono en la delación sucesiva, en el supuesto de que la herencia quedara vacante en su totalidad<sup>307</sup>.

En conclusión, el *ius adcrescendi* tenía eficacia en el ámbito de este senadoconsulto, en detrimento del patrono. En palabras de Fernández Vizcaíno siempre sería “un fenómeno necesario, que tenía efectividad sin necesidad de voluntad o conocimiento del heredero, siguiendo la máxima: *ipso iure, etiam ignorantibus et invito herede, portio portionis adcrevit, non personae*”<sup>308</sup>.

## 2.2.- Reformas Imperiales del Bajo Imperio

En el derecho imperial se produce una convivencia entre el derecho del Pretor y ciertas modificaciones llevadas a cabo a través de Senadoconsultos y Constituciones, afectan a cuestiones de derecho sucesorio. Arias Ramos y Arias Bonet señalan a este respecto que “el derecho imperial no operó una reforma sistemática de conjunto sino que modificó situaciones concretas dando categoría heredes civiles a personas ligadas al difunto con parentesco basado en la procreación, no en la potestas, pero, al mismo tiempo, declarando que tales personas sólo serían herederos a falta de otras que no tenían derecho a la hereditas civil, sino solamente a la *bonorum possessio*, con arreglo al Edicto del Pretor. Entremezcló así - con una incoherencia en la construcción sistemática reveladora del rango que en la realidad social había adquirido el Derecho sucesorio pretorio - el *ius civile*, que regía la hereditas, con el *ius honorarium*, que regulaba la *bonorum possessio*”<sup>309</sup>.

La legislación posclásica libera a la madre de la condición de tener el *ius liberorum* para suceder al hijo. Constantino reconoce un tercio a la madre. Teodosio y Valentino dos tercios. Y Justiniano la deja libre de esa condición<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> *Ibid.* p. 590.

<sup>308</sup> *Ibid.* p. 591.

<sup>309</sup> ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano, vol II* (Madrid, 1984), p. 834.

<sup>310</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 287.

### 2.2.1.- La *Collatio Emancipati*

La *collatio emancipati* nace como respuesta a un problema surgido en equiparar jurídicamente a los *sui* y a los emancipados, aunque no de hecho, ya que mientras el padre no fallezca, la situación patrimonial es diferente entre ambos. Al concurrir conjuntamente en la herencia paterna los *sui* y los emancipados, los últimos participan de las adquisiciones de los primeros, ya que integran el *as* hereditario, pero los *sui heredes* no participan de las adquisiciones de sus hermanos ya emancipados. El pretor, permitió a los *sui heredes* participar del patrimonio de los emancipados, naciendo así la *collatio emancipati*, que supuso la culminación de la *bonorum possessio contra tabulas* y de la *bonorum possessio intestati* en la clase *unde liberi*<sup>311</sup>.

La *collatio emancipati* aparece en el Libro XXXVII del *DIGESTA IUSTINIANI*. Podemos definirla como la obligación que tienen los hermanos emancipados de repartir su patrimonio como condición *sine qua non*, para poder participar en la sucesión intestada del ascendiente fallecido.

La cronología exacta del instituto de la *collatio emancipati* es ignorado ya que no se encuentran en las fuentes datos ni fechas que lo indiquen con exactitud. Su origen va a estar supeditado al nacimiento del sistema sucesorio pretorio, *Bonorum Possessio*<sup>312</sup>.

La doctrina romanística ha mantenido diversas hipótesis sobre el surgimiento de esta institución:

- Un sector de la doctrina opina que la *collatio* debió surgir coetáneamente a la creación de la *Bonorum Possessio* “*cum re*”. Desde este momento, la *hereditatis petitio* ejercida por los herederos civiles no puede prevalecer frente a la posesión de los bienes obtenida por los “herederos pretorios” *ab intestato*.

---

<sup>311</sup> Coll. 16,7,2. “*Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bonorum possessione, ita tamen, ut bona si qua propria habent, his qui in potestate manserunt conferant. Nam aequissimum putavit neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus*”.

<sup>312</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de...*, cit., p. 12.

- En otro lado se encuentra Cicerón, autor de finales de la República, que muestra en sus textos como los pretores otorgaron eficacia jurídica a los testamentos presentados ante su presencia con las firmas y los sellos de siete testigos.
- Si otorgamos validez a lo escrito por Guarino y Bonfante, la normativa de la *collatio* surge a finales de la República, concretamente en el siglo I a.d.C. Esta tesis también es la mantenida por Volterra y por Arangio-Ruiz. Se apoyan para realizar esta afirmación en los textos ciceronianos, y en el presupuesto de que la *Bonorum Possessio edictalis* fue en todas las ocasiones “*cum re*” porque es imposible que el rescripto antonino haya dado vida a todo un nuevo sistema sucesorio y además el valor legislativo de los *Rescriptos* no podía ser superior al Edicto del Pretor<sup>313</sup>.

Podrían ser diversas causas las que motivaron el nacimiento de esta institución. Pero la que cobra más importancia es la que propone que surge de la peculiar organización familiar romana y en la evolución que experimenta el derecho hereditario en materia de sucesión *ab intestato*, desde mediados de la República.

Hasta la primera mitad de la República, la estructura familiar romana tiene un carácter político, que condiciona la posición de cada miembro de la familia con respecto al grupo. La relación que une al cabeza de familia con sus miembros es de carácter agnaticia y se exterioriza a través de la patria potestad.

Sin embargo, desde comienzos del Principado y hasta transcurrido el s. V, coexistían dos ordenamientos sucesorios, el sistema de llamamientos prescrito por la Ley de las XII Tablas, para los herederos civiles, y las normas recogidas por el pretor en su Edicto, que intentan solucionar el obsoleto ordenamiento civil. El nuevo procedimiento jurídico tiene su origen en la visión que sobre la familia comienza a desarrollar en ésta época. Las relaciones de

---

<sup>313</sup> *Ibid.* p. 13.

consanguinidad comienzan a cobrar importancia en detrimento de la parentela agnaticia<sup>314</sup>.

La doctrina ha intentado explicar las causas de la naturaleza jurídica de esta institución:

- Para algunos autores, la actividad pretoria se apoyó en acciones ficticias para dar soluciones al conflicto generado por la participación de los emancipados en la herencia del cabeza de familia; el pretor concede al sucesor *sui iuris* la categoría de *liberi* posibilitándole entrar en el concurso hereditario, que de otra manera no podría haber logrado<sup>315</sup>.
- Para otros, encabezados por La Pira, afirma que el origen de la *collatio emancipati* se encuentra en la familia agnaticia; en concreto, en el ámbito de la *revocatio in comunione* de los peculios de los *fili familias*. Esta postura es criticable ya que las fuentes no aportan ningún dato que corrobore esta tesis<sup>316</sup>.
- Otros autores como Leist, reconoce que la porción de bienes que recibe el *heres sui* del emancipado, es consecuencia de la parte del as hereditario que va a recibir éste, pues su concurso perjudica y reduce los derechos hereditarios civiles de su hermano en el caudal *relictio*<sup>317</sup>.
- Los autores contemporáneos, parten de la literatura de Ulpiano recogida en el Digesto<sup>318</sup>. Este autor cree que la *aequitas* es el elemento que da sentido a la colación. El pretor da prevalencia a las relaciones cognaticias, y

---

<sup>314</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de...*, cit., pp. 14-15.

<sup>315</sup> GUARINO, *Le collazioni ereditarie* (Nápoles, 1944), en *Ibid.* p. 15.

<sup>316</sup> LA PIRA, *Op. Cit.*, p. 371.

<sup>317</sup> LEIST-GLUCK *Commen. Pandette*. L 37-38: 518 y ss en SUÁREZ BLÁZQUEZ, G. *La colación de los emancipados en el derecho hereditario romano clásico* (Ourense, 1995), p. 16.

<sup>318</sup> D. 37,6,1. "*Hic titulus manifestam habet aequitatem*".

respetar los sentimientos existentes entre los miembros de la familia.

Ulpiano manifiesta que para que sea posible la colación, debe comenzar la sucesión *ab intestato* y los coherederos tienen que ser *bonorum possessores*, ya que son los únicos que gozan de legitimación para participar en el procedimiento de la colación.

Los sujetos de la *collatio emancipati* son, el emancipado, que sería el sujeto obligado a la colación y el *suus heredes*, que sería el beneficiario de la misma.

Además del emancipado que ha sufrido una *capitis deminutio* mínima, están obligados a colación también, los hijos del emancipado que permanecieron bajo su potestad y solicitan la *bonorum possessio* de la herencia de su abuelo y los hijos que solicitan la *bonorum possessio* de la herencia del padre natural, estando bajo *potestas* de un tercero, cuando fallece su *pater*<sup>319</sup>.

Con respecto a este último supuesto, las fuentes nos proporcionan varios testimonios que examinamos a continuación<sup>320</sup>:

- El nieto retenido bajo la patria potestad del abuelo puede ser llamado a la sucesión del padre emancipado<sup>321</sup>.
- El *filius in adoptionem datus*, instituido heredero de padre natural, puede obtener la *bonorum possessio contra tabulas* mientras aún se halle en poder del adoptante<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *La collatio emancipati* (Madrid, 1997), p. 100.

<sup>320</sup> *Ibid.* p. 108.

<sup>321</sup> D. 38,6,5,1. “*Si retentus fuerit in potestate nepos filio emancipato, admittitur nepos vivo avo ad patris bonorum possessionem*”.

<sup>322</sup> D. 37,4,8,11. “*In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint, et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt. Ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad bonorum possessionem contra tabulas admittamus*”.

- El nieto nacido después de la emancipación del padre y dado en adopción al abuelo, tiene la opción de la *bonorum possessio* del padre natural<sup>323</sup>.
- El nieto que estando bajo potestad del abuelo puede ser llamado a la sucesión del padre dado en adopción y muerto después como *sui iuris*<sup>324</sup>.

En el supuesto del hijo instituido heredero que fue dado en adopción, el cual solicita la *bonorum possessio contra tabulas*, sabiendo que no iba a ser beneficiario de la colación de sus hermanos emancipados preteridos, era para obtener como *bonorum possessor* una porción mayor de bienes a los que le correspondería como *heres scriptus*<sup>325</sup>.

El objeto de la colación del emancipado preterido serían los bienes que adquirió desde su emancipación hasta el momento de la muerte del *de cuius*. Pero el objeto de la colación del padre adoptivo es todo el patrimonio que éste tuviera al tiempo de la muerte del causante.

Los emperadores resolvieron esta injusticia vinculando a un posible *emancipatio* del nieto la exoneración de la colación del abuelo. Así, aunque por la emancipación del abuelo perdiera la ventaja de la sucesión quedaba liberado de la colación<sup>326</sup>.

El nieto emancipado adquiriría para sí todo el *emolumentum bonorum possessionis* sin la consiguiente contrapartida de la colación. El

---

<sup>323</sup> D. 37,4,3,8. “*Idemque est et si emancipatus filium, quem post emancipationem quaesierat, patri suo in adoptionem dederit et decesserit: nam et hic nepos iste ad bonorum possessionem patris sui admitti debet, quasi non sit in alia familia*”.

<sup>324</sup> D. 37,4,21. “*Si is, qui filium et ex eo nepotem in potestatem habebat, filium in adoptionem dedit nepote retento in potestate, postea filius emancipatus a patre adoptivo decessit extraneis heredibus institutis: filius huius, qui in potestate avi remansit, contra tabulas patris sui bonorum possessionem petere poterit, quamvis numquam in potestate huius fuerit. Ideo nec debuisse in potestate esse videtur. Nam, si aliter observatur, nec si emancipates filius fuerit, nepos ex eo, qui in potestate avi remansit, bonorum possessionem contra tabulas petere poterit*”.

<sup>325</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.* p. 128.

<sup>326</sup> *Ibid.* 129.

nieto emancipado, *moriente patre*, no habría adquirido nada en nombre propio; si se impusiera la colación, ésta carecería de contenido<sup>327</sup>.

Con todo lo expuesto, la perjudicada con esta resolución es la *sua heres* del padre premuerto, que con la concurrencia del hermano a la herencia paterna verá disminuida su cuota hereditaria sin la contrapartida de la colación. Los emperadores alegaron que, una vez que el abuelo ha fallecido, todos los hermanos podían acudir en representación del padre a la *bonorum possessio* de aquél. Aunque sin el derecho a la colación se frustraban las expectativas actuales de la *sua heres* sobre el patrimonio del abuelo, éstas se harían realidad en un futuro mediante la *bonorum possessio*<sup>328</sup>.

El *heredes sui* es el beneficiario de la colación, y será el sujeto que está autorizado a pretenderla, siempre y cuando, *commisso per alium edicto*, hubiera efectuado la *adgnitio* a la *bonorum possessio contra tabulas* o a la *bonorum possessio intestati unde liberi* y la concurrencia del emancipado a la herencia le hubiese ocasionado algún perjuicio en la cuota hereditaria que le correspondía *ex iure civili*<sup>329</sup>.

El *heres sui* debe repartir con sus hermanos emancipados el caudal dejado por el *de cuius*. A su vez, los emancipados deben colacionar sus bienes con los *heredes sui* si quieren participar de la herencia paterna<sup>330</sup>. Por otra parte, la colación es beneficiosa para los *sui iuris* pues, gracias a la *bonorum possessio*, obtienen legitimidad sucesoria como *liberi*.

Por lo que respecta a los concebidos pero no nacidos, el jurista Paulo sostiene que todos los sujetos que deseen participar en la colación deben haber nacido. En concreto, afirma que la delación *ab intestato* debe ser suspendida hasta que se verifique el nacimiento, ya que a partir de ahí ese sujeto puede ser titular de relaciones jurídicas:

---

<sup>327</sup> *Ibid.* p. 129.

<sup>328</sup> *Ibid.* p. 130.

<sup>329</sup> *Ibid.* p. 141.

<sup>330</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de...*, *cit.*, p. 20. Ulpiano en los comentarios que realizó al Edicto señala que Juliano escribió: “*Ibidem Iulianus ait, si bonorum possessione accepta decesserit is, qui in potestate est, ad collationem bonorum cogendum emancipatum, ut tantum heredi eius conferat*” (D. 37,6,1,8).

- Desde el momento que el magistrado tiene noticia de la existencia de un *postumus*, nombra un *curator ventris*, que es el que recibe la posesión de los bienes. En este supuesto actuará como tal la madre embarazada.
- El *status* que se otorgará al *nasciturus* dentro de la sociedad romana, por Derecho Clásico, atiende al momento de la concepción; ésta circunstancia determina la posición del sujeto como titular de relaciones jurídicas<sup>331</sup>.

Conforme a estas premisas, la colación debe ser suspendida hasta el momento del nacimiento del *nasciturus*. En palabras de Caballé Martorell “*aunque la admisión a la bonorum possessio del póstumo non nato responde al hecho de que, en determinadas ocasiones, el ser in utero es considerado como ya nacido, lo cierto es que los clásicos no conocían un principio de carácter general sobre éste punto, pues la máxima tantas veces enunciada: nasciturus pro iam nato habetur, no es de origen clásico*”. Para la doctora Caballé, a los efectos de preservar el derecho al *commodum collationis* en concreto, al concebido no se le tiene por nacido, no se le tiene por estipulante en la *cautio de conferendis bonis* mediante la cual operaba jurídicamente la colación en el Derecho clásico<sup>332</sup>.

Con respecto a los bienes que deben colacionar los emancipados, Ulpiano indica que son aquellos bienes propiedad del emancipado en el momento de la muerte del *de cuius*. El momento de la muerte es el límite legal en relación con la obligación de colacionar por parte de los emancipados, porque desde que se produce el fallecimiento, todas las adquisiciones que realicen los *heredes sui* pasan a formar parte de su propio patrimonio. Por tanto, la muerte del ascendiente paterno convierte a todos los hijos *alieni iuris* en *sui iuris*,

---

<sup>331</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de...*, *cit.*, p. 22. En el mismo sentido Volterra señala que “en aplicación de este principio, las sucesiones por causa de muerte son suspendidas en espera del nacimiento del que va a suceder y la conservación de los bienes pueden corresponder al que ha de nacer es confiada a un *curator* llamado *curator ventris*” (VOLTERRA, E., trad. DAZA MARTÍNEZ, J. *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Madrid, 1986), p. 75 y ss.).

<sup>332</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, pp. 143-144.



con todas las consecuencias jurídicas patrimoniales que ello conlleva<sup>333</sup>.

Una excepción al principio general se produjo habitualmente cuando los soldados eran capturados y hechos prisioneros en las sucesivas guerras que Roma mantuvo a lo largo de los años. El militar que consigue regresar dentro de la jurisdicción del estado romano, tiene derecho, *iure postliminii*, a la posesión de los bienes que hubiese obtenido antes de caer en cautividad, y llevará a colación lo que tendría al morir el padre<sup>334</sup>.

Otro límite se manifiesta en el hecho de que el emancipado queda obligado siempre que su presencia en la sucesión intestada reduzca los derechos hereditarios de sus hermanos, que permanecieron bajo potestad. Si su presencia mejora las cuotas que deben adjudicarse entre ellos, la colación no se realiza<sup>335</sup>.

Las reglas generales para la atribución de cuotas cambian a partir de la formulación de la *Nova Clausula Iuliani de Coniungendis*. La nueva norma recogida en el Edicto, establecía que cuando el abuelo emancipase al hijo y retuviese bajo su potestad a los nietos nacidos de ese hijo, el emancipado recibiera la mitad de la cuota que le hubiese correspondido como *bonorum possessor* y la otra mitad los nietos nacidos de él; recibiendo con ella, en línea exclusiva, el derecho a la colación<sup>336</sup>.

El emancipado llevará a colación sólo para los nietos nacidos de él, ya que, compartiendo la misma porción en la *bonorum possessio*, es a ellos a los que perjudica. En el supuesto de no existir *nepotes ex se*,

---

<sup>333</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de...*, cit. p. 30.

<sup>334</sup> *Ibidem*.

<sup>335</sup> D. 37,6,1,5. "*Toties igitur collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati; ceterum si non est collatio cessabit*".

<sup>336</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, p. 145. Se recoge en el D. 37,8,1,13. "*Emancipatus filius si quidem nepotes in avi potestate non habeat, fratribus suis conferet; sed si sint nepotes, voluit eum praetor filiis suis qui sunt in potestate solis conferre, merito, quia veniendo ad bonorum possessionem illis solis iniuriam facit*".

deberá colacionar en favor de los *sui heredes* colaterales que se vean perjudicados por su concurrencia<sup>337</sup>.

Las fuentes nos ilustran con varios supuestos de funcionamiento de la *collatio bonorum* en el marco del edicto de *coniugendis*:

- Una familia formada por un hijo emancipado y dos nietos bajo potestad, y no queda ningún descendiente más, el emancipado recibe la mitad de la cuota, y los nietos la otra mitad. Pero si existiera otro hijo, ocurrirá que el tío paterno recibe la mitad, y el emancipado con sus hijos recibe la otra mitad<sup>338</sup>.
- Juliano afirma que el hijo del emancipado adoptado por el abuelo *filii loco* tiene la íntegra porción *ab intestato* en la *bonorum possessio* del abuelo, de tal manera que el padre emancipado sólo colacionará para los *nepotes ex se* que reciban, con él, una única cuota en la *bonorum possessio*<sup>339</sup>.
- Otra situación se produce cuando dos nietos obtienen la posesión de los bienes con dos bisnietos, hijos de un tercer nieto premuerto. El emancipado debe colacionar una cuarta parta de sus bienes al nieto que vive y otra

---

<sup>337</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>338</sup> D. 37,8,1,14. “Nunc videamus quantum iis conferat. Et quidem Semper, cum fratribus emancipatus confert, virilem sibi detrahit. Utrum et in eo casu virilem detrahat, an vero, quia dimidiam partem habeat bonorum possessionis, dimidiam partem etiam bonorum suorum conferat? Ei puto, dimidiam tantum bonorum iis partem conferre nam etsi alius emancipatus sit filius, alius in potestate retentus, filius emancipatus his duobus nepotibus unam partem tantum conferet, et patruo eorum, qui in potestate mansit, unam partem debet, tertiam ipse haberit; nec quod nepotibus confertur a patruo emancipato, ipsi patri conferent; hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea iis accessit”.

<sup>339</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, p. 147. D. 37,6,3,6. “Qui duos filios in potestate habebat et ex uno eorum nepotem, emancipavit filium, ex quo nepotem habebat: deinde emancipatus factus procreavit filium, quem avus in locum filii adoptavit et vel intestatus, vel testamento facto praeterito emancipato filio, decessit: quaesitum est, quid de bonorum possessione, quid de collatione iuris esset. Respondi, bonorum, de quibus quaeritur, tres partes fieri debent, ex quibus una pertinet ad filium qui in potestate remansit, altera ad nepotem, qui in locum filii adoptatus est, tertia ad emancipatum filium et nepotem, qui in potestate remanserit, ita ut pater soli ei conferat, cum quo bonorum possessionem accipiat”.

cuarta parte a los dos bisnietos que suceden por derecho de representación<sup>340</sup>.

- Si un *paterfamilias* fallece dejando tres hijos. Uno de ellos sería *sui iuris*. El segundo estuvo bajo su potestad hasta el momento de su defunción. El tercero había fallecido con anterioridad a su *pater*. Éste dejó en la familia dos nietos, de los cuales uno estuvo bajo la potestad de su abuelo, del mismo modo que uno de sus tíos paternos, y el otro tiene la condición de emancipado. De esta forma, el emancipado colaciona un tercio de sus bienes a su hermano, y un tercio a los dos nietos, esto es un sexto a cada uno. Los nietos serían tratados como si fueran un único sujeto<sup>341</sup>.

El Edicto del Pretor recoge que la colación debe llevarse a cabo, jurídico-procesalmente mediante la prestación de una caución.

Cuando fallece el *paterfamilias*, y el pretor ofrece la posesión de los bienes a los sucesores *ab intestato*, los *heredes sui* observan como los *emancipati* se posicionan para sucederlo, reduciendo las expectativas económicas y patrimoniales de los primeros. Es por ello, que el pretor obliga a los emancipados a prestar una *cautio* que garantice la obligación estipulada de que colacionarán sus bienes<sup>342</sup>. Más concretamente, Caballé Martorell afirma que “*el pretor obliga al emancipado que obtiene la bonorum possessio a prometer, mediante stipulatio*

---

<sup>340</sup> *Ibid.* p. 149. D. 37,8,1,15. “*Eveniet igitur, ut pater emancipates si centum in bonis habeat, quinquaginta sibi detrahat, residua quinquaginta omnibus nepotibus, id est filiis suis conferat, aut si unum nepotem habeat et duos ex alio pronepotes, ita dividat quinquaginta, ut nepos habeat viginti quinque, pronepotes ex alio una viginti quinque: nam et bonorum possessionis ambo unam partem habent*”.

<sup>341</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de...*, cit. pp. 47-48. D.37,8,1,16. “*Si it filius in potestate, alius emancipatus, ex defuncto unus nepos in potestate, alius nepos emancipatus, eleganter Scevola tractat, patruus emancipatus quantum nepotibus, quantum fratri suo conferat, et ait, posse dici, tres eum partes facere, unam sibi, unam fratri, unam istis collaturum, quamvis hi minus quam patruus ex hereditate avi concurrente patre sint habituri; quae sententia vera est*”.

<sup>342</sup> *Ibid.* p. 49.

*garantizada con fiadores, que hará colación de su patrimonio a los sui heredes que hayan obtenido, a su vez, la possessio de los bienes de la herencia*<sup>343</sup>.

La *cautio collationis* tiene el fin de proteger a los *heredes sui* con la *Actio ex stipulatu*. Esta es un instrumento que sirve para presionar al emancipado para que cumpla con su obligación de colacionar. El Edicto del Pretor recogió este importante instrumento<sup>344</sup>. La realización del contenido estipulatorio se lleva a cabo mediante el arbitrio de un *boni viri* por mandamiento del pretor<sup>345</sup>.

El *heres suus* obliga al emancipado a cumplir con la *cautio*, después de haber solicitado la *bonorum possessio*. Para poder cumplir la *cautio de conferendis bonis*, los *sui iuris* tienen un intervalo de tiempo desde que los emancipados prestan la promesa de colacionar su patrimonio y el ejercicio de la acción. Los juristas clásicos no señalan un término en concreto. El pretor fijó el plazo de tiempo de una manera discrecional para cada caso en concreto<sup>346</sup>.

Una vez que ha transcurrido este plazo estimado, si la promesa no ha sido cumplida, los *sui heredes* están legitimados para interponer la acción y dar comienzo al proceso formulario. El contenido estipulatorio es fijado por el juez mediante *Litis Aestimatio*, en sentencia firme. El valor pecuniario de los bienes que debe aportar el emancipado es fijado por el *iudex* en la *condemnatio*. Ulpiano recoge en sus comentarios, que si el emancipado no realiza la colación en

---

<sup>343</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, pp. 143-155. D.37,6,1,9. "*Iubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur: caveri autem per satisfactionem oportere Pomponium ait...*"

<sup>344</sup> D. 37,6,5,1. "*Stipulatio autem collationis tunc committitur, cum interpellatus cum aliquo spatium, quo conferre potuit, non facit, maxime cum boni viri arbitratu collationem fieri edicto praetoris insertum est*".

<sup>345</sup> D. 37,6,2,2. "*De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. et plerique putant ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere: et hoc ex illis verbis intellegendum est, quibus praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona: vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet nec dolo nec culpa desiit habere*".

<sup>346</sup> D. 37,6,5,1.

virtud de estipulación, obrando con dolo, será condenado en el importe que costara la cosa<sup>347</sup>.

A pesar de esta imposición, el emancipado puede hacer pagos parciales y los *heredes sui* pueden exigir el resto por incumplimiento de los estipulado, si aquel no lo suple con otros medios establecidos a tal efecto en el Edicto del Pretor, como son el caso de los fiadores o con bienes mismamente<sup>348</sup>.

Los juristas señalan otros métodos, diferentes de los recogidos en el Edicto del Pretor. Uno de ellos sería la posibilidad de efectuar, sin previa *stipulatio*, la colación material con la entrega efectiva de los bienes<sup>349</sup>. Los presupuestos que se deben dar para poder llevar a cabo este tipo de colación son:

- Que la *cautio conferendis bonis* haya sido prestada.
- Ulpiano señala que se dará la colación entre aquellos sujetos a los que se otorgó la posesión. El emancipado y los *heredes sui* deben haber obtenido la posesión de los bienes para que aquél pueda realizarla<sup>350</sup>.
- Trifonino afirma que todos los sucesores tenían que poseer el mismo tipo de *Bonorum Possessio*, ya se *Unde Liberi* o *Contra Tabulas*<sup>351</sup>.

---

<sup>347</sup> D. 37,6,5,3. “*Et sive quis non conferat ex hac stipulatione sive dolo fecerit, quo minus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur*”.

<sup>348</sup> D. 37,6,5,2. “*Sive ergo in totum collatio facta non est sive in partem facta, locum habebit haec stipulation*”.

<sup>349</sup> D. 37,6,1,11. “*Quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem Pomponius libro septuagésimo nono ad edictum scripsit. Aut enim re, inquit, aut cautione facienda collation est. Igitur dividat, inquit, bona sua cum fratribus et quamvis non caveat, satisfacit edicto. Sed et si quaedam dividat, de quibusdam caveat, aequè dicimus eum satisfecisse. Sed cum possint esse quaedam in occultis, non satis confert qui non cavit, quamvis dividat. Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipate, sufficiens collation est division: si non constet, sed dicantur quaedam non esse in commune redacta, tunc propter incertum cautio erit interponenda*”.

<sup>350</sup> D. 37,6,1,1. “*Inter eos dabitur collatio, quibus possessio data est*”.

<sup>351</sup> D. 37,4,20,1. “*Videamus tamen isto casu, quo utrique ad bona patris veniunt, an ei conferre debeat emancipatus: nam neque ex hac parte edicti verbis id facere cogitur, unde contra tabulas*”.

- La participación del emancipado tiene que producir un agravio patrimonial en la porción hereditaria que le corresponde al *heres sui*. La colación se produce si la intervención del emancipado produce algún perjuicio al que se encuentra bajo potestad<sup>352</sup>.

Ulpiano en sus Comentarios al Edicto recoge otros procedimientos para proceder a la *collatio*:

- a) La *datio in solutum* supone que el emancipado dona un fundo u otra cosa distinta del objeto debido por la porción de bienes que hubiera de llevar a colación. Para Guarino, la *datio in solutum* es voluntaria. El derecho clásico deja a la libre autonomía de la voluntad de las partes obligadas, su posible utilización.

---

*accepit bonorum possessionem, quae inter eos, quibus ita bonorum possessio dabitur, caveri de collatione ab emancipato iubet: iste enim qui mansit in potestate quod exheredatus nominatim fuit, non est vocatus ad bonorum possessionem contra tabulas: neque ex illa parte edicti, qua intestato patre mortuo emancipatus ad bonorum possessionem admissus ad collationem compellitur, quia etsi frater ab intestato heres sit, emancipatus tamen non inde accepit bonorum possessionem. et vereor, ne hactenus filio suo profuerit factum heredis scripti non adeptus, ut eum ad portionem admitteret bonorum paternorum, non etiam eorum, quae emancipatus propria habuit, et hoc sit consequens illi, quod, cum ex minore parte scriptus a patre heres relictus in potestate, admissio fratre emancipato ad contra tabulas bonorum possessionem, eius beneficio plus consequatur, quamvis edicti verbis collatio inducatur, ex mente praetoris denegandam eam respondetur. multo magis autem huic conferri non oportet, quia ei a patre exheredatus, a praetore ad bonorum possessionem contra tabulas non vocatus occasione omissae hereditatis a scripto herede (nihil habituro propter delatam emancipato a praetore contra tabulas bonorum possessionem) nomen sui heredis adeptus est”.*

<sup>352</sup> D. 37,6,1,4; D. 37,6,1,5; D. 37,6,1,6; D. 37,6,1,7. “Pater filium quem in potestate habebat et extraneum heredem scripsit, emancipatum praeteriit: bonorum possessionem contra tabulas uterque filius accepit. potest non incommode dici emancipatum ita demum conferre fratri suo debere, si aliquid ei ex causa hereditaria abstulerit: nam si minore ex parte quam dimidia is qui in potestate erat heres scriptus fuerit, inique videbitur collationem postulare ab eo, propter quem amplius hereditate paterna habiturus est”; “Totiens igitur collationi locus est, quotiens aliquo incommodo adfectus est is qui in potestate est interuentu emancipati: ceterum si non est, collatio cessabit”; “Vel maxime autem tunc emancipatum conferre non oportet, si etiam iudicium patris meruit nec quicquam amplius nanciscitur, quam ei pater dedit”; “Sed et si legatis meruit semissem vel tantum, quantum contra tabulas bonorum possessione occupat, dicendum est non esse cogendum ad collationem”.

- b) Mediante la delegación de créditos. El emancipado cede un derecho de crédito a otros sujetos deudores de su *pater*.
- c) A través de la remisión de deudas. El emancipado deduce de la cuota que le corresponda, a cuenta de la masa hereditaria, la cantidad de bienes que debe entregar a sus hermanos a título de colación<sup>353</sup>.

Guarino afirma que estas tres formas de colacionar son frutos de extensiones postclásicas.

En el supuesto de que el obligado a colacionar no pueda cumplir con la entrega patrimonial porque carece de medios económicos suficientes, el pretor concede al interesado la posibilidad de buscar fiadores que respondan de su obligación, *satisdatio*, y mide el comportamiento subjetivo del emancipado. Si dolosamente no cumple con la aportación, se le niegan sus acciones, pero si es por falta de medios, *inopiam*, se buscan soluciones jurídicas alternativas<sup>354</sup>.

Para Paulo, los *heredes sui*, administran la cuota hereditaria que corresponde a su hermano emancipado, durante el tiempo que sea necesario para que éste ofrezca garantías de que no disminuirá los derechos hereditarios de los primeros. Los *alieni iuris* deben prometer la restitución, para cuando el obligado a colacionar preste la *cautio de conferendis bonis*<sup>355</sup>. Ulpiano, señala que la persona encargada de custodiar la cuota hereditaria es un *curator* nombrado por el pretor<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> D. 37,6,1,12. “*Sed et si tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suis habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri: idem et si nomen paterni debitoris delegaverit vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit*”.

<sup>354</sup> D. 37,6,2,9. “*Si per inopiam emancipatus cavere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit invenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his qui in potestate sunt actio detur ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit*”.

<sup>355</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de...*, cit. p. 64.

<sup>356</sup> D. 37,6,1,10. “*Si frater cavere non possit, curator portionis eius constituitur, apud quem reflecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit. quod si per contumaciam actiones denegatae sint, oblata postea cautione recipit pristinum ius*”.

Así, la cuota del emancipado es administrada por terceros si los *sui iuris* no pueden o se niegan a prestar la *cautio*. A esta afirmación llega también Papiniano, en lo que respecta a la posesión de los bienes que compete al furioso<sup>357</sup>.

En el supuesto de que dos emancipados se hallen obligados a prestar *cautio* y sólo uno de ellos la lleve a cabo, la cuota aprovecha al *heres sui*. El otro emancipado es excluido y se le niegan las acciones<sup>358</sup>.

Por lo que respecta a los supuestos de contumacia de los frutos, los *heredes sui* no están obligados a devolver los que fueron consumidos. En aquellos de inopia de los frutos, el emancipado tiene derecho a ellos<sup>359</sup>.

Bajo estos presupuestos distinguiremos entre:

1.- Bienes colacionables: son aquellos que constituyen el patrimonio de los *sui iuris* en el momento de la muerte del ascendiente; se incluyen el caudal relicto y los legados que obtiene el nieto o nieta póstumos que han conseguido la posesión de los bienes, en nombre del hijo emancipado premuerto. Tal y como afirma Voci, serían los bienes que el hijo habría adquirido para el padre, caso de

---

<sup>357</sup> D. 37,3,1. "*Furioso titius substitutus est: bonorum possessionis tempus, quamdiu furiosus in eadem condicione est, neque instituto neque substituto cedit. nec, si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praeinitum est, videbitur cedere: nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. quid ergo, si curator accipere nolit? nonne iustus atque utilius erit ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona iaceant? quo admissio substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret. nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem acquireret*".

<sup>358</sup> D. 37,6,2. "*Cum emancipati filii nomine nepotem postumum post avi mortem editum dicimus bonorum possessionem accipere oportere, necessarium erit dicere bona sua eum conferre, licet non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat. igitur sive hereditatem a patre sive legatum acceperit, hoc conferre debebit*".

<sup>359</sup> D. 37,7,5. "*Filius emancipatus, qui possessionem contra tabulas accipere potuit, intestati patris possessionem accepit: atque ita filia, quae mansit in potestate, cum eiusdem familiae fratre heres instituta, possessionem intestati patris errorem fratris emancipati secuta accepit. dotem scripto fratri conferre non cogetur, cum ea possessio frustra petita sit et filia patris voluntatem fini virilis partis retineat, id est ut omnes trientes habeant et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita*".



haber permanecido bajo su potestad, y que, entonces, hubieran sido divididos entre los coherederos<sup>360</sup>.

El *dies cedens* es el día en que los juristas romanos señalan el momento en que el emancipado adquiere y debe colacionar el legado porque consideran que el momento de su adquisición se retrotrae al momento de la muerte del ascendiente. Se produce así la ficción jurídica de que el legado ha ingresado en el patrimonio del emancipado mientras los restantes coherederos *heredes sui* seguían bajo la patria potestad del padre de familia hasta el momento del óbito<sup>361</sup>.

Como bienes colacionables se incluyen en el cómputo global los siguientes:

- a) Todos los frutos e intereses que hayan producido los *bona emancipati*, desde el día en que falleció el *pater familias*<sup>362</sup>.
- b) Como *bona emancipati* están comprendidos también, los créditos existentes, que se deben bajo condición, surgidos de una *stipulatio* entre el obligado a colacionar y terceras personas deudoras<sup>363</sup>.
- c) En el supuesto del fallecimiento de un padre natural, que había entregado a un hijo en *adrogatio* a otro *pater familias*, que ha premuerto antes que aquél, el impúber tiene que colacionar la acción que se le otorga para reclamar la *Quarta Pii Divi*. Ulpiano, señala que si el padre natural

---

<sup>360</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, p. 178.

<sup>361</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de...*, cit. p. 31.

<sup>362</sup> Aunque en el *Digesta Iustiniani* 37,6 “*de collatione*” no aparece ninguna referencia a la tesis mencionada, si la recoge Papiniano en el *Digesta Iustiniani* 37,7,5, refiriéndose a la obligación que tienen la hija *heres sua* de colacionar la dote a sus hermanos emancipados, lo que se aplicaría por extensión a la *collatio bonorum*, estudiada en este epígrafe. “*Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi facit; viri boni arbitrato cogetur fecit usuras quoque dotis conferre quum emancipatus frater enim fructus conferat, et filia partis suas fructus percipiat*”.

<sup>363</sup> En el D. 37,6,2,1 Paulo afirma que “*Sed si sub conditione debeat, non statim in deducere debebit, sed id quoque conferre, contra autem caveri ei oportebit ab eo, qui in potestate est, ut existente conditione defendatur pro ea parte, quam contulit*”.

vive, no hay esperanza para el adoptado, porque no recibe la cuarta parte hasta que fallezca aquél.

- d) Si el emancipado es titular activo de una acción de hurto, puede con su ejercicio perseguir al autor material del delito, al objeto de recuperar la cosa sustraída y conseguir una indemnización<sup>364</sup>.
- e) El legado hecho al emancipado por tercero<sup>365</sup>.
- f) La *quarta divii Pii* del impúber arrogado que acude, muerto el *arrogator*, a la *bonorum possessio* del padre natural, pues se trata de una *personalis actio*<sup>366</sup>.
- g) Lo distraído del propio patrimonio por *dolo malo*, antes de la muerte del *de cuius*<sup>367</sup>.
- h) Los frutos e intereses producidos por los bienes sujetos a colación, a partir del momento de la muerte del causante, cuando el emancipado fue moroso en la prestación de la caución<sup>368</sup>.

2.- Bienes excluidos: los bienes que no pertenecen al patrimonio del emancipado no serán colacionables. Éstos podemos clasificarlos en:

---

<sup>364</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de...*, cit. p. 33.

<sup>365</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, p. 179, D. 37,6,1,18. “*Si emancipato legatum fuerit, cum pater morietur, etiam hoc conferre debet*”.

<sup>366</sup> *Ibidem*. D. 37,6,1,21. “*Si impuberi adrogato secundum divi pii rescriptum quarta debetur, videndum est, an, si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat. quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem an non. et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est: igitur etiam de quarta conferenda cavere eum oportebit, sed hoc ita demum, si iam nata est quartae petitio. ceterum si adhuc pater adoptivus vivat, qui eum emancipavit, dicendum est cautionem quoque cessare: praematura est enim spes collationis, cum adhuc vivat is, cuius de bonis quarta debetur*”.

<sup>367</sup> *Ibidem*. pp. 179-180, D. 37,6,1,23. “*Conferuntur autem etiam si quid eius non fuerit, dolo malo autem factum sit, quo minus esset: sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod eius esse desiit dolo malo: ceterum si id egit, ne acquireret, non venit in collationem: nam hic et sibi insidiatus est*”.

<sup>368</sup> *Ibidem*. D. 37,7,5,1. “*Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitrato cogetur usuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat*”.

- a) El *peculium castrense nec quasi castrense*<sup>369</sup>. Existen excepciones a esta regla. Sería el caso de una familia compuesta por el abuelo, un hijo emancipado y un nieto, poseedor de un peculio. Si fallece el abuelo, el emancipado no colaciona el *peculium castrense* de su hijo, pues es un bien privativo de éste. Si fallece el nieto, y a continuación el abuelo, existe un intervalo de tiempo en el que este conjunto de bienes ha pasado, *ipso iure*, a la propiedad del emancipado<sup>370</sup>.
- b) Las cantidades que el *paterfamilias* prometió o entregó a su hijo independizado, con el fin de sufragar los costes

---

<sup>369</sup> Se entiende por *peculium* una masa o conjunto de bienes. Hay varios tipos de *peculium*:

- *Peculium profecticio*: era el conjunto de bienes que un *pater* entregaba al hijo o a un esclavo para su administración o goce. La propiedad seguía siendo del *pater*. La jurisprudencia y el pretor admitieron que el *paterfamilias* respondiera de las obligaciones contraídas hasta el monto del *peculium*.
- *Peculium castrense*: Para los *filiifamilias* (no incluidos ya los esclavos), a partir de Augusto, el peculio castrense fue comprendiendo lo adquirido por el *filius* durante y con motivo de su carrera militar, y ciertas donaciones y herencias. Sobre él el *filius* se comporta como un *pater*: si manumite, él resulta patrono y no su *pater*; puede donar *mortis causa* y testar.
- *Peculium quasi castrense*: era el conjunto de bienes que un hijo de familia adquiría en el ejercicio de un cargo en la corte imperial o en la Iglesia. Se puso en práctica desde los tiempos del emperador Justiniano.
- *Peculium adventicio* o *bona materna*: era el conjunto de bienes que recibía el hijo de su madre, abuela o cónyuge. Se puso en práctica desde el emperador Constantino. Justiniano dispuso que el *pater* solamente sería propietario de lo que el *filius* adquiriera *ex re patris*, es decir, con recursos paternos. Todo lo otro adquirido sería *peculium adventicium*. De él, el *pater* era el titular, pero no tenía su disposición, sino sólo la administración y el usufructo, y en algún caso concreto ni éstos.

<sup>370</sup> D. 37,6,1,22. “*Si is qui collaturus est habeat filium peculium castrense habentem, non cogetur utique peculium eius conferre. sed si iam tunc mortuus erat filius eius et castrense peculium habebit, cum morietur is cuius bonorum possessio petenda est: an conferre cogatur? cum autem vindicari id patri non sit necesse, dici oportebit conferendum: non enim nunc acquiritur, sed non adimitur. amplius dico, et si institutus fuerit a filio heres nec dum adierit habeatque substitutum, quia non magis nunc quaeritur peculium quam nunc non alienatur, conferri debere*”.

generados por desempeñar cargos honoríficos en la administración estatal romana<sup>371</sup>.

- c) Por lo que respecta a los bienes dotales, no se clasifican como *bona emancipati*<sup>372</sup>. Si el hijo emancipado constituye una dote profecticia en favor de su hija, puede ocurrir:
- Una vez fallecido el *paterfamilias*, si el matrimonio perdura, el hijo emancipado que obtiene la posesión de los bienes no tiene que colacionarla dote entregada porque no está comprendida entre sus bienes<sup>373</sup>.
  - Si una vez fallecido el ascendiente paterno, se hubiese disuelto el matrimonio, por divorcio o fallecimiento de la hija del emancipado, antes de haberse producido la división de la herencia, tiene éste la acción para reclamar la dote.
- d) Los bienes que perdió el emancipado sin dolo ni culpa tras el fallecimiento de su padre<sup>374</sup>.
- e) Los bienes que el emancipado dejó de adquirir aunque fuera por *dolus malus*, ya que él tampoco se pudo beneficiar de ellos<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> D. 37,6,1,16. “*Sed an id, quod dignitatis nomine a patre datum est vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus. et ait papinianus libro tertio decimo quaestionum non esse cogendum: hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportere. sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum*”.

<sup>372</sup> D. 37,6,1,20. “*Emancipatus filius si dotem habeat ab uxore acceptam, hoc minus confert, etsi ante uxor decesserit*”.

<sup>373</sup> D. 37,7,1,9. “*Si emancipatus filius, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, filiam dotatam habeat, non debet dotem eius conferre, quia in bonis eius non est*”.

<sup>374</sup> CABALLÉ MARTORELL, A., *Op. Cit.*, p. 180, D. 37,6,2,2. “*De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. et plerique putant ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere: et hoc ex illis verbis intellegendum est, quibus praetor viri boni arbitrato iubet conferri bona: vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet nec dolo nec culpa desiit habere*”.

- f) El legado sometido a *conditio* que se cumple una vez fallecido el padre, pues el día de este legado no cede hasta que no se ha cumplido tal condición<sup>376</sup>.

El funcionamiento de la institución persigue la distribución de un patrimonio entre varios sujetos concurrentes.

La colación es un procedimiento concursal que afecta a varios individuos unidos por vínculos cognaticios. Como existen varios sujetos fuerza la división del *as hereditario*, en tantas cuotas como *sui heredes* y *emancipati* participan en la sucesión *ab intestato*. Pero esta división solamente es igualitaria en el concurso, no en el reparto. Juliano afirma que los emancipados colacionan sus bienes con sus hermanos *heredes sui*, pero no tienen que hacerlo entre ellos. Los romanos no consienten que los *sui iuris* se beneficien del trabajo, esfuerzo y las ganancias obtenidas por los otros. La normativa pretoria impone el cese de la obligación de colacionar siempre que la participación de los emancipados no produzca ningún perjuicio a los que han estado bajo potestad<sup>377</sup>.

### 2.2.2.- La *Collatio Dotis*

Para empezar con el estudio de la *collatio dotis* debemos hacer referencia en primer lugar a su posible origen etimológico. El término *dos* fue el nombre del instituto a lo largo de las diferentes épocas de su historia, aunque en épocas más recientes aparece junto a él el término *rex uxoria*, que era la dote en cuanto objeto de una obligación de restitución por parte del marido y que surgía al disolverse el matrimonio.

---

<sup>375</sup> *Ibidem*. D. 37,6,1,23. “*Confertur autem etiam si quid eius non fuerit, dolo malo autem factum sit, quo minus esset: sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod eius esse desiit dolo malo: ceterum si id egit, ne adquireret, non venit in collationem: nam hic et sibi insidiatus est*”.

<sup>376</sup> *Ibidem*. D. 37,6,2,3. “*Id quoque, quod sub condicione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. diversum est in legato condicionali, quia et si in potestate fuisset et post mortem patris condicio extitisset, ipse haberet actionem*”.

<sup>377</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La colación de...*, cit. p. 37-38.

La dote era un patrimonio que la mujer aportaba a la nueva familia para contribuir a sostener los *onera matrimonii*<sup>378</sup>. Paralelamente y merced a la *praesumptio Muciana*, la totalidad de bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio se sobreentendían procedentes del marido<sup>379</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, casada la mujer e ingresada la dote en el patrimonio conyugal para coadyuvar a soportar las cargas del matrimonio, la administración de los bienes la tiene el marido<sup>380</sup>. Sin embargo existían disposiciones que intentaban proteger a la mujer, como la *Lex Julia de fundo dotali*, que prohibió al marido enajenar sin el consentimiento de la mujer, el fundo itálico, tanto urbano como rústico, comprendido entre los bienes dotaes<sup>381</sup>. García Garrido señala que “la mujer nace y vive para el matrimonio y a él destina la parte más importante de sus bienes, que es la dote; por ello le pertenece en cuanto favorece el matrimonio y se destina a sus necesidades”<sup>382</sup>.

La constitución de la dote se realizaba mediante un negocio jurídico denominado *dotis dictio*, y que consistía en un acto formal. La posibilidad de *dotemdicere* la tenían sólo el *pater familias* de la mujer y la mujer misma si era *sui iuris*, teniendo en su poder la *auctoritas tutoris*, o bien el deudor de ella si realizaba un acto con su autorización<sup>383</sup>.

Existían igualmente otros modos de constitución de la dote. Por una parte, nos encontramos con la *datio dotis* y por otro con la *promissio dotis*. Ésta última, se realizaba en forma de *stipulatio*. La *datio dotis*, sin embargo, sería cualquier acto con un efecto real, como la *traditio*, *mancipatio*, *in iure cesio*, empleado en el momento de la constitución de la dote con la finalidad de transferir los bienes dotaes cuya propiedad ostentaba el marido. Si éste era *filius familias*, podía constituirse la dote en favor del *pater*, sobre el que gravaba la

---

<sup>378</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 41.

<sup>379</sup> TELLO LÁZARO, J. C., *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>380</sup> *Ibidem*.

<sup>381</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 42.

<sup>382</sup> TELLO LÁZARO, J. C., *Op. Cit.*, p. 6; en GARCÍA GARRIDO, M. J. *Derecho Privado Romano*, 16 ed. (Madrid, 2008), p. 736.

<sup>383</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 43.

obligación de la restitución. Era posible que la dote se constituyera en favor del *filius*, pasando los bienes dotales a formar parte de su *peculium*, caso en el que la obligación de restituir correspondía al *filius*, aunque podía hacerse valer en los límites del *peculium* contra el *pater*<sup>384</sup>.

En el Derecho Romano Clásico se distinguía entre la *dos profecticia*, constituida por el *pater familias* de la mujer, y más tarde también el progenitor de la hija emancipada, y la *dos adventicia*, constituida por cualquier otra persona. Por último había la *dos recepticia*, cuyo constituyente ha acordado en el momento de la constitución la restitución a él mismo en el supuesto de que el matrimonio se disuelva por muerte de la mujer<sup>385</sup>.

La dote estaba eficazmente constituida en el momento en que surgiera un vínculo matrimonial, cuando éste se rompía, en la época antigua, los bienes dotales quedaban en el patrimonio del marido. Por tanto, la mujer quedaba privada de los bienes dotales, no siendo posible su recuperación cuando se disolviera el matrimonio, ya fuera esto por divorcio o por muerte del marido<sup>386</sup>. En el siglo III a. C. esta situación descrita era totalmente injusta, y así se apreciaba en la sociedad de la época, cuando en régimen de matrimonio libre, los divorcios sin culpa de la mujer empezaron a aumentar. Para solucionar estos problemas existe la figura de las *cautiones*, mediante las cuales el futuro marido cuando constituía la dote, se obligaba a restituir ésta en caso de divorcio o disolución del vínculo matrimonial. A comienzos del siglo II a. C. se creó la *actio rei uxoriae*<sup>387</sup>, con el fin de permitir la restitución de la dote, en cuya fórmula aparecían las verbas

---

<sup>384</sup> Esta afirmación aparece recogida por Ulpiano: "... *Quodsi filio data sit non iussu patris, Sabinus et Cassius responderunt, nihilominus cum patre agi oportere; videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium; sufficit autem ad id dammandum, quod est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. Sin autem socero dotem dederit, cum marito non poterit experiri, nisi patri heres extiterit* (D. 24,3,22,12)".

<sup>385</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. pp. 43-44.

<sup>386</sup> SOLAZZI, S, *La restituzione della dote in diritto romano* (Città di Castello, 1899), p. 379.

<sup>387</sup> La *collatio dotis* tiene por objeto la cesión de la *actio rei uxoriae*. Un rescripto del emperador Gordiano, precisa que la mujer no puede *perseverante matrimonio*, intentar una *dotis petitio*. CI. 6,20,5. "*Dotis quidem petitio perseverante matrimonio tibi non competebat; quamvis enim eam intestato patre defuncto fratri conferre debueras, non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse...*".

*quod eius melius aequius erit*, que permitía al juez establecer lo que consideraba justo que se restituyera de la dote.

En caso de divorcio, la mujer tenía un crédito cuyo objeto era la dote. Si la mujer *sui iuris* moría después del divorcio, la *actio* se extinguía, a no ser que el marido se encontrara en *mora* en la restitución, siendo entonces transmitido el crédito a sus herederos. Si la mujer estaba en *potestate patris*, el ejercicio de la acción correspondía al *pater, adiuncta filiae persona*<sup>388</sup>. Por el contrario, si el divorcio ocurrió por culpa de la mujer o del *pater familias* de ella, el marido tenía derecho a algunas retenciones, como *propter liberos, propter mores...*

En lo que respecta a la restitución de la dote, debemos estudiar varios supuestos:

- Si el matrimonio finalizaba por el fallecimiento de la mujer, la *actio rei uxoriae* no correspondía más que a quien hubiera constituido la *dos profecticia*, si todavía estaba vivo. En otro caso, la dote permanecía en poder del marido. Si la dote era *recepticia*, el contituyente podía reclamar la devolución de los bienes. Si, por el contrario, era *profecticia*, el *pater* tenía derecho a ejercitar la *actio rei uxoriae*, siempre que hubiera sobrevivido a la mujer. Si hubiera fallecido antes, la dote quedaba consolidada para el marido<sup>389</sup>.
- Si el matrimonio concluía por la muerte del marido o por divorcio, la *actio rei uxoriae* correspondía a la mujer contra los herederos de él. Pero si el marido mencionó a la mujer en su testamento, en virtud del *Edictum de alterutro*, contenido en el Edicto Pretorio, la mujer podía a su elección atenerse a la disposición testamentaria o exigir la *restitutio dotis*<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup> BURDESE (1959) *Dos patris et dil iae communnis*, en Labeo: 284 y ss.

<sup>389</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 241.

<sup>390</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, *cit.* p. 45.



- Sin embargo, el marido cuenta con algunos beneficios<sup>391</sup>:
  - Si son bienes fungibles, puede devolverlos en tres cuotas anuales (*annua, bima, trima die*). Si son otro tipo de bienes, la devolución será inmediata.
  - No podrá ser condenado más allá de su activo patrimonial (*beneficium competentiae*).
  - Usará *retentiones*:
    - *Retentio propter liberum* por causa de hijos. En el caso de disolución por muerte de la mujer, podrá, en caso de devolver la dote, retener un quinto por cada hijo. Si hubo divorcio por culpa de la mujer, podrá retener un sexto por cada hijo, no pudiendo sobrepasar el total de tres sextos.
    - *Retentio propter mores* por causa de costumbres. Si la mujer cometía adulterio, podrá retener un sexto. Si se trata de otras causas teniendo por responsable a la mujer, por inmoralidad de leyes, podrá retener un octavo.
    - *Retentio propter impensas* por causa de gastos. El marido podrá retener lo gastado en mejoras necesarias y útiles.
    - *Retentio propter res donatas* para el supuesto de cosas donadas. Puede retener todo lo donado de manera prohibida durante el matrimonio.
    - *Retentio propter res amatas* por causa de cosas llevadas. Podrá retener el valor de las cosas que la mujer le hubiera sustraído.

---

<sup>391</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 242.

Para que pueda darse la *collatio dotis* debe suceder una de las siguientes opciones:

- Que se abra una sucesión *ab intestato* pretoria: “*Quamquam ita demum ad collationem dotis Praetor cogat filiam...*”
- Que todos los sucesores, incluida la hija obligada a colacionar, obtengan el título de *bonorum possessores* por el mismo capítulo del Edicto: *bonorum possessio sine tabulis o contra tabulas*. La sucesión *ab intestato secundum tabulas* excluye la obligación de colacionar, ya que el magistrado da cumplimiento al testamento. La hija instituida heredera está exenta de aportar su dote a la masa hereditaria<sup>392</sup>.
- Que se haya hecho lícitamente la constitución de la dote para lo que es necesario, según Ulpiano, la celebración de un matrimonio válido.

Para analizar las etapas históricas de la *collatio dotis* debemos referirnos, sin duda, a un texto de Ulpiano, recogido en el *Digesta Iustiniani*<sup>393</sup>. “*Quamquam ita demum ad collationem dotis Praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen et si non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat; et hoc Divis Pius Ulpio Adriano rescripsit, etiam eam, quae non petierit bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiae heriscundae posse compelli*”. En este texto apreciamos dos etapas históricas. Desde su introducción en el Edicto, hasta la disposición imperial dictada por Antonio Pio, la colación de la dote debió ser introducida paralelamente a la *collatio bonorum*, ya que responden a una filosofía hereditaria similar, puesto que ambas figuras pretenden corregir las distorsiones patrimoniales que se producen entre coherederos llamados a la *bonorum possessio*. Una segunda etapa sería hasta el emperador Gordiano. En esta etapa la hija que es heredera

---

<sup>392</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 12. Ulpiano afirma que la sucesión testamentaria excluye la colación, si no dispuso lo contrario el testador. “*Si filia fuerit heres instituta, collationi dotis non fugentur*”.

<sup>393</sup> D. 37,7,1. “*Quamquam ita demum ad collationem dotis praetor cogat filiam, si petat bonorum possessionem, attamen etsi non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. et hoc divus pius ulpio adriano rescripsit etiam eam, quae non petierit bonorum possessionem, ad collationem dotis per arbitrum familiae heriscundae posse compelli*”.

civil es obligada por disposición imperial a colacionar. La hija es obligada a aportar los bienes a la masa hereditaria para su división por el *arbitrum familiae erciscundae*<sup>394</sup>.

Existen dos regímenes distintos según sea o no instituida heredera la hija dotada:

- La *filiasua* testamentaria y la *collatio dotis*. Ulpiano, afirma que la hija instituida heredera está dispensada de la *collatio dotis*<sup>395</sup>. La hija instituida heredera no está obligada a colacionar la dote cuando después de la petición de uno de sus hermanos, ella había aceptado la *bonorum possessio contra tabulas: unde si commissio ab altero edicto contra tabulas bonorum possessionem*. Esta dispensa de colacionar por parte de la hija, instituida heredera, no es absoluta. La regla no se aplica cuando el padre imponía a su hija la *collatio dotis* como condición de su participación en la sucesión o cuando la parte hereditaria que la hija obtenía en la sucesión pretoria era superior a la que confería el testamento<sup>396</sup>. La hija dada en adopción he instituida heredera por su padre legítimo, cuando era admitida a la sucesión pretoria *contra tabulas*, era asemejada a la hija emancipada no instituida heredera, y como ella estaba

---

<sup>394</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. pp. 13-14.

<sup>395</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 29. “*Si filia fuerit heres instituta, collationi dotis non fugentur...*” (D. 37,7,3).

<sup>396</sup> D. 37,7,8 ; D. 37,7,3. “*Pater nubenti filiae quasdam res praeter dotem dedit eamque in familia retinuit ac fratribus sub condicione, si dotem et cetera quae nubenti tradidit contulisset, coheredem adscripsit. cum filia se bonis abstinuisset, fratribus res non in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit ob stare, quoniam pater filiam alterutrum habere voluit*”; “*Si filia fuerit heres instituta, collatione dotis non fungetur. unde si commissio ab altero edicto necesse habuerit contra tabulas bonorum possessionem accipere, dicendum est, quoniam nullam iniuriam fratri facit, non debere eam dotem conferre: nam quod habuit ex iudicio, convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem. plane si ex minore parte fuit heres instituta et alia quaedam in eam contulit contra tabulas bonorum possessio aucta portione eius, dicendum erit collationis munere eam fungi, nisi forte contenta fuerit portione, ex qua instituta est: tunc enim dicendum est ex iudicio parentis eam venientem non debere munus collationis sustinere*”.

obligada a colacionar los *bona sua* y la dote<sup>397</sup>. En la Novela XVI del año 536 se modificó el sistema, pasando a ser de la siguiente manera. La hija instituida heredera en un testamento, dentro del marco de la *collatio descendentium*, deberá colacionar siempre la dote a sus coherederos, a no ser que fuese expresamente dispensada<sup>398</sup>.

- La hija dotada no instituida heredera, llamada a la sucesión por derecho civil o pretorio, estaba obligada a la *collatio dotis*. Si no había realizado la *bonorum possessionis petitio*, o si la hizo pero no la había obtenido, estaba dispensada de colacionar la dote. La obligación de la *collatio dotis* no se imponía a la hija dotada más que cuando, por su participación en la sucesión, perjudicaba a sus coherederos. Según Fein, la *collatio dotis* sólo se aplica a la hija *in potestate*, ya que considera que el término *filiam* de la frase “*ad collationem dotis praetor cogat filiam*” designa necesaria y exclusivamente a la hija *in potestate*; porque, para Fein, la misma palabra es el sujeto de la segunda frase: “*(filia) attamen si non petat conferre debet, si modo se bonis paternis misceat*, que añade a la sucesión civil. Para Guillermo Suárez, cada hija que pide la sucesión pretoria, está obligada a la colación de la dote; nada parece indicar que sólo trate de la hija *in potestate*. La hija, esté *in potestate* o *emancipada*, si usa el derecho sucesorio pretorio, está obligada a la *collatio dotis*. Antonio Pio extendió esta obligación de la hija que se sometía al derecho sucesorio civil<sup>399</sup>.

Tanto el Edicto del Pretor, como el rescripto del emperador Antonio Pio, no indicaban expresamente cuáles eran los beneficiarios de la *collatio dotis*. En virtud de un principio enunciado por Ulpiano, la hija no debe colacionar la dote de aquellos hermanos a los que no

---

<sup>397</sup> D. 37,7,2. “*Filia in adoptionem data et heres instituta debet sic ut emancipata non solum bona sua, sed et dotem, quae ad eam pertinere poterit, conferre. si adhuc pater adoptivus vivit, hic necesse habebit conferre*”.

<sup>398</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 30.

<sup>399</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 32.

perjudica su participación en la sucesión paterna, como son los hermanos emancipados. Por la contra, debe colacionar la dote con sus hermanos *in potestate* llamados a la sucesión paterna, porque su participación, disminuye su *pars* hereditaria<sup>400</sup>.

Los emancipados están excluidos, tal y como señalan dos jurisprudencias<sup>401</sup>. Ambos niegan la colación de la dote al hijo *in potestate*, instituido heredero, que concurre a la sucesión con su hermana, igualmente instituida heredera. Sin embargo, no se pronuncian sobre la *collatio dotis* de la emancipada que interviene en la misma sucesión<sup>402</sup>.

Los beneficiarios de la *collatio dotis* eran los coherederos de la hija que *in potestate patris fuerunt*, y a los que ella perjudica por su participación en la sucesión. Cuando la hija dotada concurre únicamente con sus hermanas y hermanos *in potestate*, colaciona con todos. Sin embargo, cuando la nieta dotada era llamada a la sucesión de su abuelo, en la que participa su tío y hermano, sólo colaciona con su hermano<sup>403</sup>. La participación de la nieta dotada en la sucesión de su abuelo, no afecta para nada a su tío, que recibe la mitad de la sucesión; por el contrario, su hermano vería su porción disminuida en la mitad. Sin embargo, la nieta dotada, hija única de un padre premuerto, llamada a la sucesión de su abuelo, en concurso con su tío y los herederos de un tío premuerto, debe colacionar la dote con

---

<sup>400</sup> *Ibid.* p. 33. “*Si filia fuerit instituta, collatione dotis non fungetur; unde si commissio ab altero Edicto necesse habuerit contra tabulas bonorum possessionem accipere; dicendum est, quoniam nullam iniuriam fratri facit, non debere eam dotem conferre*” (D. 37,7,3; D. 37,6,1, 3-4-5-6-7).

<sup>401</sup> D. 37,7,5; D. 29,4,23. “*Filius emancipatus, qui possessionem contra tabulas accipere potuit, intestati patris possessionem accepit: atque ita filia, quae mansit in potestate, cum eiusdem familiae fratre heres instituta, possessionem intestati patris errorem fratris emancipati secuta accepit. dotem scripto fratri conferre non cogetur, cum ea possessio frustra petita sit et filia patris voluntatem fini virilis partis retineat, id est ut omnes trientes habeant et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita*”; “*Si filius qui mansit in patris potestate, item filia heredes instituti praeterito fratre emancipato, qui contra tabulas accipere possessionem potuit, ut intestati patris possessionem acceperint, legata omnibus praestabunt nec filia dotem suam fratri conferet, cum ut scripta videatur hereditatem habere*”.

<sup>402</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. p. 33.

<sup>403</sup> D. 37,7,1,2. “*Si sit nepos et neptis ex eodem filio, et dotata sit neptis, sit et filius non pater eorum: neptis omnem dotem soli fratri collatura est*”.

todos sus coherederos<sup>404</sup>. El mismo principio se aplica en el supuesto de dos nietas, de hijos diferentes, llamadas a la sucesión de su abuelo en concurso con su tío, debían conferir la dote la una a la otra, y las dos a su tío.

### 2.2.3.- *Exhereditio / Praeteritio de la Mujer*

Los principios de la *exhereditio* y de la *praeteritio*, como institutos jurídicos con eficacia de derecho civil, se desarrollaron en el *Usus Fori* de los *Centumviro*s, tribunal competente en materia de causas hereditarias.

En virtud de la Ley de las XII Tablas, el *paterfamilias* podía disponer de sus bienes en favor de las personas que quisiese sin ninguna limitación. Por lo tanto, personas sujetas a la patria potestad podían ser omitidas del testamento paterno y éste ser válido por el derecho civil. Es por ello que la regla "*heredes sui aut instituendi sunt aut exheredandi*", es de época posterior a esta *Lex*, la cual no conoció límites formales a la elaboración del *testamentum*<sup>405</sup>.

En virtud de la Tabla VI, 1<sup>406</sup>, el testador podía desheredar, con la inclusión de una cláusula formal de *exhereditio*, al *heres sui* varón sin alegar ningún tipo de causa por la que la realiza, ya que ésta era una cláusula material de comunicación al sucesor que se le quería apartar del círculo familiar<sup>407</sup>.

---

<sup>404</sup> D. 37,7,1,3; D. 37,8,1,16. "*Sed si sit neptis sola, non etiam nepos ex eodem, tunc confertur patruo itimque nepoti vel nepti ex alio, in patris locum succedere et eam partem habere*"; "*Si sit filius in potestate, alius emancipatus, ex defuncto unus nepos in potestate, alius nepos emancipatus, eleganter scaevola tractat, patruus emancipatus quantum nepotibus, quantum fratri suo conferat. et aut posse dici tres eum partes facere, unam sibi, unam fratri, unam istis collaturum: quamvis hi minus quam patruus ex hereditate avi concurrente patre sint habituri: quae sententia vera est*".

<sup>405</sup> LEY DE LAS XII TABLAS, Tabla V, 1. "Lo que el padre de familias dispusiese acerca de sus bienes y de la tutela de sus hijos, se cumplirá rigurosamente".

<sup>406</sup> LEY DE LAS XII TABLAS, Tabla VI, 1. "Cuando el dueño de una cosa la venda á otro por medio de los ritos que solemnizan la venta de las cosas mancipi, téngase por válido lo que hubiese pactado entre sí ambos contrayentes".

<sup>407</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal Civil de Legítimas* (Ourense, 1999), p. 29.

El testador podía optar por la *praeteritio*, por la omisión o el silencio a la sucesión de algunos de sus agnados<sup>408</sup>. La preterición y la desheredación hasta el siglo I a. d. C. conducían al mismo resultado, que no era otro que la exclusión válida de la sucesión de personas pertenecientes al ámbito de la descendencia del testador. Es por ello, que a finales de la República surgieron escándalos relacionados con la preterición o desheredación sin causa justa de hijos varones sujetos a patria potestad. Este hecho, que era legal desde el punto de vista normativo civil, no era considerado correcto por la sociedad romana<sup>409</sup>.

El Derecho pretorio y el *ius civile* recurren al término *praeritio*, para señalar que los hijos no podían ser silenciados en el testamento paterno. Con la *exhereditio*, los *sui* y los *liberi* eran excluidos de la sucesión, ya que el *de cuius* no necesitaba ninguna justificación para poder llevar a cabo la misma. Era una garantía formal que no disfrutaba de ella ni la madre con respecto a sus hijos ni viceversa, ni tampoco los hermanos y hermanas entre sí. A finales de la República, surgieron numerosos escándalos y problemas cuando el padre ni había instituido ni desheredado a sus hijos varones sujetos a su patria potestad. Esta circunstancia completamente legal desde el punto de vista del sistema normativo civil, sin embargo aparecía como ilegítima a los ojos de los ciudadanos de Roma. La incipiente conciencia social de este pueblo y la necesidad de proteger los intereses sucesorios de los hijos en la comunidad hereditaria, de la que eran injustamente preteridos, o instituidos en porciones ridículas, fueron motivos suficientes para iniciar una nueva revolución que exigía poner frenos a la libertad absoluta de disposición testamentaria de la que disfrutaban los padres de familia<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 127.

<sup>409</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 30.

<sup>410</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...*, cit. pp. 92-93. En relación con este hecho Valerio Máximo relata el sentir de la ciudadanía sobre los posibles abusos en la confección de los testamentos, que condujeron a la *vocatio contra tabulas* por preterición de los hijos de familia (Valerio Máximo *Factorum et Dictorum Memorabilium Libri Novem*: 7,7,1): “Para seguir el orden que me he propuesto, hablaré primeramente del padre de un joven militar que recibió la falsa noticia de la muerte de su hijo y murió, dejando en testamento sus bienes a otros herederos. El joven volvió, después de terminar su

Un episodio digno de mención es narrado por Valerio Máximo, a propósito del testamento de una ciudadana romana llamada Ebucia, mujer frenética y esposa de Lucio Menenio Agripa. Ebucia tenía dos hijas de parecida índole y virtud, llamadas Pletoria y Afronia. Ebucia, llevada por el impulso de sus caprichos más que movida por motivos de odio o de reconocimiento hacia una de las dos, nombró heredera suya únicamente a Pletoria, mientras que a los hijos de Afronia no les dejó más que veinte mil sestercios, siendo así que su fortuna era muy considerable. Afronia, a pesar de todo, no quiso entablar juicio contra su hermana y prefirió aceptar pacientemente la última voluntad de su madre antes que impugnarla ante los tribunales, mostrando que era tanto más indigna de sufrir esta ofensa cuanto la había soportado con mayor tranquilidad de espíritu<sup>411</sup>. Ebucia, mujer de filias y fobias según se desprende del relato, vió desde la muerte como Afronia, hija omitida de su sucesión, decidió respetar sus últimas voluntades y el testamento fue válido. Valerio Máximo señala que la preterición es causa de impugnación judicial del testamento<sup>412</sup>.

Otro hecho relevante de esta época romana, recogido alrededor del año 70 a. d. C., fue la “admirable decisión del pretor

---

*servicio militar, y se encontró con que no podía vivir en su propia casa, gracias al error en que cayó su padre y la desvergüenza de los nuevos propietarios. ¿Hay algo, en verdad, más indigno que la conducta de aquéllos? Este joven soldado había consumido la flor de su juventud en la defensa de su patria, había tenido que soportar las mayores fatigas y los más graves peligros, en su pecho podían verse las cicatrices de las heridas recibidas del enemigo y reclamaba que el solar de sus abuelos no fuera posesión de personas ociosas y que no eran más que una carga pesada para la república. Así pues, tan pronto como se despojó de las armas, se vió obligado a comenzar otras luchas de carácter civil ante los tribunales. El juicio fue de lo más movido. Contendió contra los actuales herederos, hombres sin honor, sobre su patrimonio ante los centunviros y salió vencedor no sólo por la opinión general, sino principalmente por el unánime veredicto”.*

<sup>411</sup> KEMPF, C., *Valerii Maximi, Factorum et Dictorum Memorabilium Libri Novem. Cum Iulii Paridis et Ianuarii Neoptiani epitomis* (Leipzig, 1888). 7,8,2. “*Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias, Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione prouecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis commota, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio nummum legauit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio conuellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat”.*

<sup>412</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 32-33.



urbano Cayo Calpurnio Pisón. Terencio, padre de ocho hijos a los que había educado hasta su adolescencia, se quejó ante el tribunal de Pisón de que había sido desheredado por uno de sus hijos que había dado en adopción. Entonces el pretor le otorgó al padre la posesión de los bienes de su hijo y prohibió a los herederos que lo demandaran ante la justicia. Sin duda alguna, pesó en el ánimo de Pisón la dignidad paterna, el don de la vida y el favor de la educación, pero también debió influir sobre él el número de hijos que rodeaban a Terencio, porque se daba cuenta de que juntamente con su padre habían sido desheredados sus siete hermanos<sup>413</sup>.

Analizando este texto, podemos deducir que el pretor decreta una posesión de los bienes en contra de lo establecido en el testamento. Sería una *bonorum possessio contra tabulas*, prevaleciendo los vínculos cognaticios sobre los agnaticios<sup>414</sup>.

En los últimos años de la República, el sucesor omitido o preterido y el irregularmente desheredado del testamento, tenían derecho a discutir las últimas voluntades del disponente y a demandar judicialmente el reconocimiento del título de heredero, y una cuota del caudal relicto, frente a los herederos instituidos. El derecho civil romano, no reconoció en esta época, la norma de la nulidad testamentaria por *praeritio* del *heres sui*, ni existían causas legales y taxativas de desheredación, que en último caso, debían ser valoradas por el Tribunal de los *Centumviro*s. La *praeritio* y la *exhereditatio* se afirmarían como institutos de derecho judicial<sup>415</sup>.

La apreciación de la *exhereditatio* como injustificada ya no es una facultad del órgano judicial, puesto que se recogen de manera taxativa las posibles causas de desheredación que el testador debe invocar respecto a aquellos herederos con derecho a la *portio legitima*. Estas

---

<sup>413</sup> KEMPF, C., *Valerii Maximi...*, cit. 7,7,5. "Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. movit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quia cum patre septem fratres impie exheredatos videbat".

<sup>414</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 34.

<sup>415</sup> *Ibid.* pp. 38-39.

causas aparecen recogidas en los capítulos III y VI de la *Novellae* 115<sup>416</sup>, de una manera específica.

---

<sup>416</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 276. *NOVELLAE IUSTINIANI* 115, caps. 3 y 4. “*Aliud quoque capitulum praesenti legi addendum esse perspeximus. Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsitan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo, inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quae huius constitutionis serie continentur. Causas autem iustas ingratitudinis has esse decernimus: 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem seu rempublicam. 4. Si cum maleficis ut maleficus versatur. 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari temptaverit. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi qui possunt ab intestato ad eius successionem venire, petiti ab eo, vel unus ex his in sua cum noluerit fideiussione suscipere vel pro persona vel debito, in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen quod de fideiussione censuimus ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum, quia prohibuit parentes suos condere testamentum, ut si quidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pre tali causa filium exheredandi licentia; si autem in ipsa prohibitione sine testamento aliquis ex parentibus decesserit, et alii sive qui ab intestato ad hereditatem defuncti aut cum ipso filio qui testamentum fieri prohibuit aut post illum vocantur, sive illi quos heredes aut legatarios habere volebat, vel qui laesionem aliquam ex prohibitione testamenti sustinuerunt, hoc ipsum approbaverint, secundum alias leges super hoc positas talia negotia terminentur. 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios aut mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eius professionis fuerunt. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti filiae suae vel nepti maritum dare et dotem secundum vires substantiae suae pre ea praestare illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari, quia non sua culpa sed parentum id commisisse cognoscitur. 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento. Si autem in furoris morbo eum detentum extraneus aliquis viderit a suis neglectum liberis vel cognatis aut aliis ab eo scriptis heredibus et pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licentiam adtestationem eis qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur scriptis dirigere, ut eum*

---

*procurare festinent. Si autem post huiusmodi adtestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumptibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum qui obsequium, ac diligentiam furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successorem pervenire decernimus, evacuata institutione eorum utpote indignorum, qui furioso, sicut diximus, curam praebere neglexerunt, ita tamen ut cetera testamenti capitula in sua maneant firmitate.*

*13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in eius sit potestate, utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere; si autem per liberorum negligentiam vel contemptum non fuerit liberatus et in captivitate decesserit, illos ad successionem eius venire non patimur, qui non festinaverunt eius redemptionem procurare, sed omnibus liberis in hoc negligentibus res universas ab eodem relictas ecclesiae civitatis ex qua oritur applicari, inventario scilicet sub publica adtestatione celebrando, ne quid ex eius facultatibus pereat, ita ut quicquid exinde ad ecclesiam pervenerit, captivorum redemptioni proficiat. Sed haec quidem quantum ad personas dicta sunt, quas exheredare non licet nisi ingratitudinis causas scribi et approbari contigerit: occasionem autem a nobis ad generalem legem promulgandam praesens causa noscitur obtulisse. Sed universaliter iubemus, ut si ille qui in captivitate detentus fuerit liberos non habuerit, et aliis qui ad eius hereditatem vocati sunt eum redimere non festinantibus in captivitate defunctus fuerit, nullis ex his qui neglexerunt ad hereditatem eius perveniat, licet ante captivitatem testamentum forsitan ab eo fuisset conscriptum, in quo memoratas personas scripsit heredes. Sed hic quoque institutione heredum infirmata et ceteris testamenti capitulis in suo robore permanentibus substantiae talium personarum simili modo ecclesiis civitatum ex quibus orti sunt applicentur, et nullis aliis causis quam in captivorum redemptionibus expendantur: ut unde illi a suis non sunt redempti aliorum redemptio procuretur, et ipsorum quoque animae ex hac causa piissima subleventur. Hoc eodem observando et si aliam extraneam personam ante captivitatem scripserit heredem et illa sciens se ab eo heredem scriptam eum redimere a captivitate neglexerit. Hanc autem poenam contra illos valere iubemus qui octavum et decimum aetatis suae annum compleverint. In huiusmodi vero causis, quando pro captivorum redemptione necessarium fuerit dari pecunias, si quis proprias pecunias non habuerit, licentia erit ei, si memoratae sit aetatis, mutuandi pecunias et res mobiles vel immobiles supponendi, sive ipsius propriae sint sive illius qui in captivitate detinetur, quoniam in praedictis omnibus, quae pro captivorum redemptione data vel expensa probabuntur, contractus huiusmodi tamquam a persona suae potestatis et legitimae aetatis factos ita firmos esse decernimus, nullo eis qui cum huiusmodi personis in memoratis causis quo praedictum est modo contraxerunt praeiudicio generando: necessitatem scilicet habente eo qui ex captivitate redierit tales contractus ratos habere et eis tamquam suis debitis obligari.*

*14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua omnes beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicare et sanctas quattuor synodos, Nicaenam Constantinopolitanam Ephesinam primam et Chalcedonensem, amplecti seu recitare noscuntur, .... Licentiam pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento. Et hoc quidem pro ingratitudinis causa decernimus. Generalem autem providentiam liberis catholicis deferentes iubemus, salvis legibus quae iam de aliis haereticis sunt prolatae, et circa Nestorianos et Acephalos haec observari, ut si quando parentes inventi fuerint sive Iudaico Nestorii furori dediti sive Acephalorum amplectentes insaniam et ideo ab ecclesiae catholicae communione separati, non liceat eis alios heredes sibi instituere nisi liberos orthodoxos et ecclesiae catholicae communicantes, vel liberis non existentibus agnatos vel cognatos qui scilicet catholici sint. Quodsi forte ex filiis alii*

---

quidem sunt orthodoxi et ecclesiae catholicae communicantes alii vero ab ea separati, omnem parentum substantiam ad filios tantum catholicas pervenire sancimus, licet ultimas voluntates huiusmodi personae fecerint contra tenorem huius nostrae constitutionis aliquid disponentes. Si vero posthac fratres ab ecclesia separati ad eam conversi fuerint, pars eis competens in statu quo inventa fuerit tempore quo redditur eis praebeatur, ut nullam de fructibus aut gubernatione mediū temporis inquietudinem vel molestiam catholici patiantur qui ante praedictas res detinebant, quoniam huiusmodi rerum, quas ex fratrum parte non communicantium catholici possidebant, sicut alienationem vetamus ita praeteritorum temporum fructus aut gubernationem nullatenus ab his a quibus detentae sunt exigi vel retractari permittimus. Si autem usque ad finem vitae suae in eodem errore non communicantes permanserint, tunc catholicas fratres vel heredes ipsorum plenissimo iure dominii easdem res possidere decernimus. Quodsi filii quidem omnes perversi et ab ecclesiae catholicae communione alieni inventi fuerint, alii autem propinqui agnati vel cognati religionem catholicam colentes et communicantes esse fuerint approbati, eos liberis haereticis anteponi et eorum hereditati succedere. Si vero liberi et propinqui agnati vel cognati ab orthodoxae religionis communione sint extranei, tunc si quidem schema clericorum parentes eorum habuerint, ad ecclesiam civitatis ubi domicilium habebant res eorum volumus pertinere, ita ut si ecclesiastici intra annale spatium huiusmodi personarum res vindicare neglexerint, earum dominium nostri fisci viribus vindicetur. Si autem laici sint, sine aliqua distinctione substantias eorum ad res privatas nostras similiter pervenire sancimus. Quae obtinere decernimus etiam si testamento non facto tales personae decesserint; omnibus quae contra ceteros haereticos in aliis constitutionibus disposita sunt et contra Nestorianos et Acephalos et alios omnes, qui catholicae ecclesiae, in qua praedictae quattuor synodi et patriarchae recitantur, non communicant, et successiones eorum similiter observandis. Si enim pro causis corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia est nostrae sollicitudinis adhibenda. 15. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive quamlibet unam parentes testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam firmitatem habere decernimus; si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis quibus fuerunt derelicta, ut tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus testamentis”.

“Iustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas quas enumerabimus in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus: 1. Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus in quibus habent testandi licentiam; omnibus videlicet in huiusmodi testamentorum prohibitionem servandis quae in parentum persona distinximus. 5. Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari, tale quidem utpote publicum crimen

En el capítulo III, se recoge que pueden invocar los ascendientes respecto de los descendientes. Se recogen un total de catorce supuestos. Serían a modo de ejemplo tales como, el haber atentado contra la vida o el honor, el haber puesto las manos en los ascendientes; el haber vivido como malhechor entre malhechores o haber vivido con atletas del circo o mimos del teatro a menos que los ascendientes fueran de ese oficio; el no haber prestado auxilio al ascendiente incapacitado o el no haberse dispuesto a rescatarlo de haber estado cautivo del enemigo; si fuere el ascendiente de la religión católica y los descendientes no abrazaran esa religión...

En el capítulo IV se recogen ocho situaciones como causas de desheredación de ascendientes, siendo las más destacadas el haber atentado contra la vida o abandonado al descendiente; haber atentado contra su honor teniendo comercio carnal con la mujer o concubina del descendiente; haber incurrido en las mismas causales de falta de auxilio en caso de incapacidad o cautiverio, y también siendo católico, el ver que sus ascendientes no profesan esa religión.

---

*constitutum secundum leges examinari et vindictam legitimam promereri decernimus, liberis autem esse licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere quae tale scelus noscitur commisisse. 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint, omnia et hic observari praecipimus quae de parentibus furiosis superius disposuimus. 7. His casibus etiam cladem captivitatis adiungimus, in qua si liberos detineri et per parentum contemptum vel negligentiam non redemptos ab hac luce transire contigerit, nullatenus eorum parentes ad facultates perveniant liberorum, de quibus filii testari potuerant, sed omnia in hoc quoque capitulo servantur quae et de parentibus vel cognatis atque agnatis, qui ab intestato ad talium personarum iura vocantur, aut de extraneis scriptis heredibus supra censuimus. 8. Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere quae supra de parentibus iussimus. 9. Si tales igitur causas vel certas aut unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes aut certas aut unam ex his approbaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur res eius dari disponimus, legatis videlicet sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem aut pro legatis sive fideicommissis aut libertatibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, earum auctores etiam alias poenas sentiant legibus definitas”.*

Es extraño que para calificar las conductas tan graves señaladas en los dos párrafos anteriores, se acuda al amplio concepto de ingratitud hacia el testador, que nada puede hacer ante situaciones de desafección permanente por parte de los legitimarios o frente a comportamientos insolidarios que no encajen dentro de los supuestos legalmente tipificados<sup>417</sup>

El testador concedía, con base en la *Lex Falcidia*, el cuarto, *quartam partem hereditas*, a todos los *heredes sui* si disponía de legados y por ello, aquélla empieza a delinear indirectamente, la medida de *portio debita* que en este caso debe el causante a aquéllos<sup>418</sup>.

Para un sector de la doctrina, la *Falcidia* se creó como instituto de derecho público y con carácter inderogable en el año 40 a. d. C. Este hecho generó conciencia de reserva en los *heredes sui* frente a los terceros ajenos al círculo familiar. Es por ello, que la *Falcidia* se presentó ante el Tribunal como el instituto inspirador de la *portio debita*. La introducción de la *portio debita*, en un primer momento a nivel judicial, y después en orden legal, obligó al padre de familia a respetar una porción de bienes en relación a sus descendientes necesarios, configurando a aquélla también como instituto de derecho público y de carácter necesario<sup>419</sup>.

Racz<sup>420</sup> afirma que la *portio debita* es de creación jurisprudencial. Es un instituto elaborado por obra de juristas romanos para limitar el arbitrio de los jueces en la valoración de la inoficiosidad. Esta tesis no se recoge en las fuentes. La intervención de los juristas en el proceso de inoficiosidad está clara, pero la creación de la *portio debita*, parece que se pudiese proponer pero no imponer desde la jurisprudencia a los jueces.

---

<sup>417</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Op. Cit.*, p. 298.

<sup>418</sup> PLINIO, ed. y trad. SHERWIN-WHITE, A. N., *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary* (Oxford, 1966). *Epistolae* 5,1,9. "Rogant me ut cum Curiano loquar. Convenimus in aedem Concordiae. Ibi ego. Si mater inquam te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego angebo".

<sup>419</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, *cit.*, p. 63.

<sup>420</sup> RACZ, E. (1934) *Les restrictions à la liberté de tester en droit romain* (París, 1934), p. 71 y ss.

Alibrandi opina que la *portio debita* fue creada por un *Senatusconsultum* de Marco Aurelio en el año 176 d. C.<sup>421</sup>. Este autor fundamenta su tesis en escritos literarios, no jurídicos, de autores orientales que vivieron en fecha posterior. Sin embargo, ninguna de las dinastías posteriores mencionaron dicho acontecimiento. Ni siquiera el emperador Justiniano menciona el Senadoconsulto del que informan los cronistas bizantinos Malala y Zonara, posteriores a su reinado<sup>422</sup>.

Para Sanguinetti, la *portio debita* es la cantidad de bienes mínima que el heredero necesario debe conseguir, pero el fin fundamental no es fijar la medida que le corresponde sino “*limitare la possibilità di agere de inofficioso*”<sup>423</sup>.

## 2.2.4.- Derecho de Legítimas de la Mujer

### 2.2.4.1- *Querella Inofficiosi Testamenti* de la Mujer

La *querella inofficiosi testamenti* tiene su origen a finales de la República. En esta época se crea el sistema de la sucesión legítima real, exigiéndose que el pariente más próximo recibiera una cantidad mínima en concepto de legítima del caudal hereditario<sup>424</sup>.

Para Voci, se definiría como una acción a través de la cual uno de los parientes más cercanos del testador, creyéndose injustamente desheredado o preterido impugna la validez del testamento y logra la apertura de la sucesión *ab intestato*<sup>425</sup>.

---

<sup>421</sup> ALIBRANDI, *Sopra un Senadoconsulto fatto nell'anno 176 dell'era volgare. Opere giuridiche e storiche*, Volumen I (Roma, 1896), p. 536 y ss en SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 41.

<sup>422</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 41.

<sup>423</sup> SANGUINETTI, A., *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana* (Milan, 1996), p. 51.

<sup>424</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 569.

<sup>425</sup> BIALOSTOSKY, S. “Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*”, pp. 103-125, en GONZALEZ MARTÍN, N. (Coord.) *Estudios en Homenaje a Marta Morineaeu*, t. I, (México, 2006). p. 118.

La creación de esta *institutio* se produce para responder a aquellos supuestos en los cuales el *paterfamilias* desheredaba o pretería a sus hijos sin motivo<sup>426</sup>. Para ello, los *filia* podían sostener que el *paterfamilias* tenía un *color insaniae*, es decir que no estaba bien, por ello lo motivaba a faltar al *officium pietatis* que todo padre debería cumplir<sup>427</sup>.

Esta *institutio* no surge de la nada, sino que es el culmen de un proceso evolutivo empezado por la sucesión *iure civile* en el caso de la *praeritio* de los *sui heredes* del testador, continuado por la *bonorum possessio contra tabulas testamenti* y seguido ya por la institución que es objeto de análisis en este epígrafe.

El origen de esta *institutio* se produce probablemente cuando los *oratores*, que defendían las causas de sus clientes ante el Tribunal de los *Centumviri*, usaban la siguiente afirmación: en palabras de Daza Martínez y Rodríguez Ennes “sólo un enfermo mental puede llegar hasta el extremo de excluir la propia sucesión, sin motivo válido alguno, al hijo o a otro pariente próximo, violando de este modo el más elemental deber de afecto hacia los familiares más próximos”<sup>428</sup>. El Tribunal de los *Centumviri* empezó a declarar en sus sentencias civiles que estos testamentos a pesar de ser realizados legalmente, sin embargo, eran ilegítimos, inmorales, contrarios a los deberes de piedad, a la consanguinidad, y al orden sucesorio de las leyes naturales<sup>429</sup>. Es decir, decretaban la inoficiosidad pero no la ilegalidad del testamento, en base a una presunta enfermedad mental del testador. Marciano confirma este extremo afirmando que “*hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent, et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte*

---

<sup>426</sup> Se produjeron casos de desheredaciones contestados por los ámbitos sociales y jurídicos. Un ejemplo de ello fue el caso en el que “su padre había desheredado al niño Cayo Tecio, nacido de Petronia, a la que Tecio había tenido por esposa hasta el día de la muerte de éste. Pero el divino Augusto ordenó a Cayo Tecio que, conforme a su decreto, tomara posesión de los bienes paternos. Augusto dio pruebas de ser el padre de la patria, ya que Tecio había cometido la mayor de las injusticias, al renegar de su propio hijo a quien la ley le aseguraba dicho título” (KEMPF, C., *Valerii Maximi... cit.* 7,7,3).

<sup>427</sup> BIALOSTOSKY, S., *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>428</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 570.

<sup>429</sup> KEMPF, C., *Valerii Maximi... cit.* 7,7,2.



*quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*<sup>430</sup>.

Cicerón, autor coetáneo de estos acontecimientos, señala que el término *insania* indicaba para los griegos un estado morbooso, una enfermedad de la mente; un estado de *insanitas* es una enfermedad del alma, un estado morbooso del espíritu. Para este autor los filósofos atenienses afirmaban que la sanidad mental consistía en un estado de tranquilidad y de estabilidad; la *insania* era un estado mental carente de estos atributos, porque el alma como el resto del cuerpo, cuando es turbada no puede tener salud<sup>431</sup>.

Para los romanos de las últimas décadas de la República, *insania* es la pérdida de control por un sujeto abandonado a la inhibición de los deseos y a la cólera; sin embargo, Cicerón ya recuerda que debemos distinguir bien entre la *insania* del testador y el estado de un ciudadano *furiosus*, “porque el individuo no sano de mente, aquél al que le falta el equilibrio, puede desarrollar las funciones normales y administrar los asuntos ordinarios de la vida, mientras que el loco furioso es considerado como un cegado para la vida”<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> D. 5,2,2. “Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum”.

<sup>431</sup> CICERO, M. T., ed. POHLENZ, M., *Tusculanae disputationes* (Leipzig, 1918). 3,4,8; 3,4,9; 3,5,10 “...Quia nomen insaniae significat mentis aegrotationem et morbum, id est insanitatem et aegrotum animum, quam appellarunt insaniam”; “Omnis autem perturbationis animi morbos philosophi appellant negantque stultum quemquam his morbis vacare. Qui autem in morbo sunt, sani non sunt; et omnium insipientium animi in morbo sunt: omnes insipientes igitur insaniunt. Sanitatem enim animorum positam in tranquillitate quaedam constantiaque censebant; his rebus mentem vacuum appellarunt insaniam, proterea quod in perturbato animo sicut in corpora sanitas esse non posset”; “Ex quo intellegendum est eos qui haec rebus nomina posuerunt sensisse hoc idem quod a Socrate acceptum diligenter Stoici retinuerunt, omnes insipientes esse non sanos”.

<sup>432</sup> CICERO, M. T., ed. POHLENZ, M., *Op. Cit.* 3,5,11. “Hanc enim insaniam, quae iuncta stultiae patet latius, a furore disiungimus. Graeci volunt illi quidem, sed parum valent verbo: quem nos furem, melancholicum illi vocant; quasi vero atra bili solum mens ac non saepe vel iracundia graviore vel timore vel dolore moveatur; quo genere Athamantem Alcmaeonem Aiacem Orestem furem dicimus. Qui ita sit adfectus, eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim

Ribas Alba recoge en su ensayo, “La desheredación injustificada en derecho romano”, que la *querella inofficiosi testamenti* tiene un carácter procesal, afirmando que el *color insaniae* es una ficción de enfermedad mental en sentido médico estricto, sino la expresión de una conducta irracional según la ética social respecto al *officium pietatis*, acorde con la conformación familiar y la posición del instituido con la del injustamente preterido. Señala que, aunque se denominara *querella inofficiosi testamenti* y a pesar de la opinión imperante de la doctrina, dicha querella se encaminó exclusivamente a impugnar la institución de uno o varios herederos, pero con procesos diferentes y no podía dirigirse a la impugnación del testamento como tal<sup>433</sup>.

Esta diferencia de terminología “*insania-insania furiosus*”, va a tener una influencia en la doctrina procesal civil sobre los testamentos inoficiosos diseñada por los *Centumviri*. Marciano lo recoge de la siguiente forma: “*Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*”<sup>434</sup>.

Siguiendo a esta doctrina, manada en Roma a finales de la República, el testador *furiosus* que encolerizado pretere o deshereda a un sucesor de sangre forzoso hace el testamento nulo de pleno derecho por falta de capacidad de obrar. En consecuencia se procede a la apertura de la sucesión *ab intestato* o legítima a los herederos civiles. Sin embargo, si el testamento se realiza en estado de *insania*, en contra del *officio pietatis*, ya que contiene desheredaciones sin justas

---

*tabulae; itaque non est scriptum “si insanus”, sed “si furiosus escit”. Stultitiam enim censuerunt, constantia id est sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum et vitae commune cultum atque usitatum; furorem autem esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem. Quod cum maius esse videtur quam insania, tamen eius modi est, ut furor in sapientem cadere possit, non possit insania”.*

<sup>433</sup> BIALOSTOSKY, S., *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>434</sup> D. 5,2,2.

causas, o pretericiones que excluyen de la sucesión a los hijos<sup>435</sup>, el testamento es legal pero puede ser impugnado por inoficioso<sup>436</sup>.

Valerio Maximo recoge un hecho acaecido en el año 58 a. d. C., en el que un sucesor demanda una parte del patrimonio hereditario al que cree tener derecho por inoficiosidad de un testamento, el cual fue redactado en estado de *insania* que vulnera los lazos de consanguinidad entre padres e hijos. Veamos. *“Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate auunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumuiros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset. Itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi uiri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit. ceterum quamuis utraque haec aduersus nitentur, tamen paterna bona optinuit: nam L. quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneius sanguine sibi coniunctos eadem ex parte qua Tullianum heredes fecerat, sacramento cum adolescentulo contendere ausi non sunt, tametsi praecipuis eo tempore Magni uiribus ad defendendas tabulas testamenti inuitari poterant, et aliquantum adiuuabat heredes quod M. Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat. Sed artissimum inter homines procreationis uinculum patris simul uoluntatem et principis auctoritatem superauit”*<sup>437</sup>.

El Tribunal de los *Centumviri* fija la llamada, en lo que en términos modernos sería la sucesión necesaria formal, mediante la siguiente norma recogida por Gayo en sus Instituciones: El ciudadano romano que elaboraba un testamento tenía que instituir o desheredar a los hijos varones bajo patria potestad, pues en otro caso el testamento sería nulo de pleno derecho. Sin embargo, hay autores que aunque reconocen que si el hijo sobrevive al padre lo hereda *ab intestato*, y por tanto, impide que adquieran la sucesión los herederos

---

<sup>435</sup> CICERO, M. T., ed. WINTERBOTTOM, M., *De officiis*, (Oxford, 1994). 3,10,43. “...Maxime autem perturbantur officia in amicitiiis, quibus et non tribuere quod recte possis et tribuere, quod non sit contra officium est”.

<sup>436</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 37.

<sup>437</sup> KEMPF, C., *Valerii Maximi...* cit. 7,7,2. “Igualmente el hijo de Marco Aneyo Carseolano, uno de los más distinguidos caballeros romanos, adoptado por su tío materno Sufenas, rescindió ante los triunviros el testamento de su padre natural en el que no se le había tenido en cuenta, porque en él había sido nombrado heredero Tuliano, pariente de Pompeyo el Grande, a pesar de que el mismo Pompeyo era uno de los firmantes... por lo demás, a pesar de este doble obstáculo, se hizo con su patrimonio... con todo, los lazos de sangre, considerados como los más estrechos entre los hombres, triunfaron al mismo tiempo...”.

testamentarios, sostienen que si la muerte del hijo sucede antes que la del padre, pueden adir la herencia los herederos testamentarios sin ningún impedimento, en razón a que, la preterición del hijo no invalida el testamento desde su origen<sup>438</sup>.

Por el contrario, si el testador hubiera preterido a los otros descendientes, es válido el testamento, y en este caso, los sujetos preteridos tienen derecho a una porción determinada de la herencia. Esta parte sería igual a la de los demás herederos instituidos, si estos son *heredes sui*, y a la mitad de la herencia si son extraños. Por ejemplo, si un sujeto instituye herederos a sus tres hijos y pasa en silencio a su hija, ésta adquiere por el derecho de acrecer la cuarta parte de la herencia; pero si el testador ha instituido herederos a extraños, la hija preterida tiene derecho a la mitad<sup>439</sup>.

La práctica procesal de los *Centumviro*s aumentará a partir de los albores del Principado. La *querella inofficiosi testamenti* obligará a los tribunales a diseñar una doctrina procesal sistematizada y orgánica a lo largo del s. I d. C., y fruto de ella se empiezan e imponer limitaciones materiales a los testamentos<sup>440</sup>.

La indefensión que había venido sufriendo durante siglos el heredero omitido del testamento<sup>441</sup> y el irregularmente desheredado sin causa que lo justifique, queda a partir de los primeros compases del Principado cubierta por la actividad del tribunal mencionado. Los

---

<sup>438</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 123. “*Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat, uel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur. Adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiteris institutio...*”.

<sup>439</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 124. “*Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum. Praeteritate istae personae scriptis heredibus in partem ad crescunt: si sui instituti sint, in uirilem; si extranei in dimidiam. Id est, si quis tres uerbi gratis filios heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia ad cresciendo pro quarta parte fit heres habitura esset. At si extraneos ille heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia ad cresciendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis, siue masculini, siue femini sexus, dicta intellegemus*”.

<sup>440</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...* cit. p. 95.

<sup>441</sup> D. 5,2,3. “*Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari uel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos uel exheredant uel praetereunt*”.

*Centumviro*s examinaban caso por caso si el recurrente con la querella frente al heredero escrito debía concedérsele o no el título de *heres*. Una vez que se reconocía esta situación jurídica individualizada en cada caso en concreto nacía en el querellante el derecho de una *portio* del *as* hereditario<sup>442</sup>.

El Tribunal centumviral actuaba por secciones<sup>443</sup>. Éstas eran las encargadas de conocer las impugnaciones del heredero de sangre frente al heredero reconocido en las tablas testamentarias.

Examinando algunas fuentes jurídicas, llegamos a la conclusión de que las resoluciones judiciales de aquella época podían ser diversas, de modo que el heredero excluido de la sucesión podía resultar vencedor frente a unos y excluido frente a otros<sup>444</sup>.

Esta situación lleva a que los juristas clásicos demuestren que los tribunales de la *querella inofficiosi testamenti* adjudicaban *pro parte*, el cuarto como cuota mínima, consecuencia de su doctrina procesal, al heredero de sangre triunfador frente a algún heredero testamentario pero perdedor frente a otros. Analicemos a continuación esta afirmación:

Los tribunales exigían, algunas veces, que la *cuarta hereditatis*, no fuera adjudicada por el ascendiente a sus descendientes, como requisito de legitimación procesal, para poder ejercitar la *querella*. El *Consilium* de juristas de Antonio Pío lo asesoró a este respecto sobre la promulgación de una constitución que afectaba al impúber arrogado y después emancipado. Como emancipado no podía ser tutelado por el derecho como heredero civil y en lo que respecta al derecho del Pretor tampoco lo consideraba *liberi*, a efectos de pedir y obtener la

---

<sup>442</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...* cit. p. 96.

<sup>443</sup> D. 5,2,15,2. "*Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae eriscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri*".

<sup>444</sup> D. 5,2,24. "*Circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. quid enim si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur*".

*bonorum possessio*, porque no era hijo del ascendiente. Para intentar enmendar estas situaciones el emperador concedió un derecho de reserva legal, sobre los bienes del difunto, la denominada *Quarta Divi Pii*<sup>445</sup>. Por tanto, si algún impúber hubiera sido arrogado por uno de aquellos sujetos que prescindiendo de la adopción y de la emancipación pueden querellarse de inoficioso, el impúber debía ser repelido de oficio de la causa por los tribunales concedores de los testamentos si impugnaba el testamento, porque la cuarta excluía la inoficiosidad<sup>446</sup>.

En otras ocasiones, la cuarta se concedía por los magistrados del Tribunal de los *Centumviri*, *quarta debitaie portionis*, al heredero preterido o a los hijos no mencionados que resultan vencedores de la impugnación del testamento de su padre, con el ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*<sup>447</sup>.

Los jueces hereditarios habían empezado durante el s. I d.d.C., a adjudicar discrecionalmente el cuarto por vía analógica desde la *Lex Falcidia*, caso por caso, pero sin una verdadera uniformidad procesal para todos los asuntos sobre los que resolvían, porque hasta esta época sólo los herederos testamentarios instituidos voluntariamente por el padre de familia, eran los únicos que gozaban del derecho de predetracción de la cuarta frente a los legatarios, amparados por la *Lex*. De forma que si a alguno se le legara más de lo que fuera lícito, y con justicia se pudiera dudar si ha de tener, o no, aplicación la Ley Falcidia, el Pretor auxilia al heredero, para que el legatario dé fianza, de que si apareciere que él recibió a título de legados más de lo que

---

<sup>445</sup> D. 10,2,2,1. “*Si quarta ad aliquem ex constitutione divi pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor sit, utile erit familiae eriscundae iudicium necessarium*”.

<sup>446</sup> D. 5,2,8,15. “*Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querella, cum habeat quartam ex constitutione divi pii. quod si egit nec optinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam*”.

<sup>447</sup> D. 5,2,8,8. “*Quoniam autem quarta debitaie portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit*”.

por la *Lex Falcidia* fuere lícito adquirir, dará tanto dinero cuanto valiere aquella cosa<sup>448</sup>.

La *querella inofficiosi testamenti* se ejercía en el derecho preclásico mediante una *legis actio per sponsionem* en la fase *in iure* y se tramitaba en la fase *apud iudicem* en el señalado Tribunal de los *Centumviri*<sup>449</sup>.

Una vez que posteriormente se crea la *cognitio extra ordinem* esta competencia fue otorgada al Colegio de los *Septemviri*<sup>450</sup>. A lo largo del s. III d.d.C. comenzaran con su práctica jurisdiccional, a exigir como requisito legal de legitimación procesal a los querellantes, antes de iniciarse el proceso, que no hayan recibido el cuarto de su ascendiente<sup>451</sup>, pero seguirán concediendo a través de sus resoluciones judiciales, en algunos supuestos el cuarto hereditario a los herederos

---

<sup>448</sup> D. 35,3,1. “*Si cui plus quam licuerit legetur et dubitari iuste possit, utrum lex falcidia locum habitura est nec ne, subvenit praetor heredi, ut ei legatarius satisfaciat, ut, si apparuerit eum amplius legatorum nomine cepisse quam e lege falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det dolusque malus ab eo afuturus sit*”. GUARINO, *Diritto Privato Romano* (Nápoles, 1988), p. 412 y ss.

<sup>449</sup> D. 5,2,10; D. 5,2,29; D. 5,2,32. “*Si pars indicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi eius partis sententiam quae secundum testamentum spectavit: nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit*”; “*Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri constitutum est, eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit*”; “*Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocacionem praebuit procuracionemve susceperit, removetur ab accusatione: adgnosuisse enim videtur, qui quaequale indicium defuncti comprobavit*”.

<sup>450</sup> D. 5,2,7; D. 5,2,8,16. “*Quemadmodum praeparasse litem quis videatur, ut possit transmittre actionem, videamus. et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit: is si comminatus tantum accusationem fuerit vel usque ad denuntiationem vel libelli dationem praecesserit, ad heredem suum accusationem transmittet: idque divus pius de libelli datione et denuntiatione rescripsit. quid ergo si in potestate non fuerit, an ad heredem actionem transmittat? et recte videtur litem praeparasse, si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus*”; “*Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus hadrianus et divus pius rescripserunt*”.

<sup>451</sup> Así lo confirma un rescripto de Antonio Caracalla el siete de julio del año 212 d.d.C. CI. 3,28,6. “*Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum mortis tempore testator reliquit, inspicitur*”.

preteridos o indebidamente desheredados triunfadores con el ejercicio de la querella, como *portio debita*<sup>452</sup>.

Kasser<sup>453</sup> afirma que la *querella inofficiosi testamenti* señala que su tramitación, en el derecho preclásico se realizaba mediante la *legis actio sacramento in personam*, mientras que en el derecho clásico se utilizaba el procedimiento formulario. Para Kasser, la competencia del Tribunal de los *Centumvirii* se ponía de manifiesto con los negocios de mayor cuantía.

El citado autor, en la época posclásica afirma que la querella objeto de estudio se confunde en su tramitación con la *petitio hereditatis*. Este régimen a pesar de la *Novellae* 115, no varió en la época de Justiniano en sus principios fundamentales.

Pugliese<sup>454</sup>, sin embargo, afirma que hay dos tipos de querella, la centunviral y la que se tramita mediante la *cognitio*. La centunviral tendría una forma autónoma. La segunda tiene una función anexa, utilizándose para impugnaciones fuera de Roma o para sucesiones que derivan del derecho del Pretor.

Por lo que respecta a la naturaleza de la institución, Vinnio<sup>455</sup>, en el comentario que realiza del *Digesta Iustiniani* 5, 2<sup>456</sup> formula una cuestión muy interesante. ¿Es la *querella inofficiosi testamenti* una acción, una petición de herencia, un juicio preparatorio o bien un remedio separado de la acción? Responde a ella, señalando que es una acción que tiene efectos rescisorios y se postula en contra de que la querella es una acción preparatoria cuyo ejercicio victorioso provocaba la caída del testamento y la apertura de la sucesión *ab intestato*, mediante la *petitio hereditatis*. Así, la *actio ad exhibendum* es preparatoria de la

---

<sup>452</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...* cit. p. 98.

<sup>453</sup> KASER, M., trad. SANTA CRUZ TEJEIRO, J., *Op. Cit.*, p. 323 y ss.

<sup>454</sup> PUGLIESE, G., *Institutioni di diritto romano* I (Padua, 1986), p. 746 y ss.

<sup>455</sup> VINNIO, A., *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano* (Barcelona, 1876), nota 1.

<sup>456</sup> D. 5,2 *De inofficioso testamento*.



reinvitación. Existen dos juicios, el de la querrela en primer un lugar y el de la *petitio hereditatis* a continuación<sup>457</sup>.

Vinnio explica que aunque la *querella inofficiosi testamenti* solicite la herencia se diferencia de la *petitio hereditatis* en varios puntos, que resumimos a continuación:

- La *petitio* se formula contra el que no siendo heredero, es poseedor como si lo fuera, nunca en contra del heredero o del que ocupa su lugar en ciertas ocasiones, es decir, el poseedor de los bienes o el fideicomisario.
- La querrela se formula contra el heredero instituido como tal, contra el fideicomisario o contra el preterido que recibe la posesión del testamento *contra tabulas*.
- El heredero instituido en un testamento inoficioso no es heredero por no tener la *testamenti factio activa*.
- La querrela implica que aunque el testador tenga la *testamenti factio activa*, el testamento es inoficioso por estar el *paterfamilias* bajo un *color insaniae*.
- La *petitio hereditatis* debe formularse en virtud de un testamento o *ab intestato*. Por el contrario, la querrela no proviene de ninguna de estas causas. Ni del testamento, ya que se da a aquellos sujetos que son excluidos, ni *ab intestato*, porque mientras halla testamento no puede iniciarse la sucesión *ab intestato*.

A finales de la época clásica, afirmando el principio por vía de derecho civil de que los *heredes sui* debían ser instituidos o desheredados regularmente, pero no preteridos o irregularmente desheredados so pena de nulidad testamentaria, algunas Constituciones Imperiales de las dinastías de los Antoninos y Severos, la doctrina procesal elaborada por los tribunales sobre la cuarta como *portio debita*, que hicieron confluir, por vía analógica, la *cuarta* como

---

<sup>457</sup> RIBAS ALBA, J., *La desheredación injustificada en derecho romano* (Granada, 1998) en BIALOSTOSKY, S., *Op. Cit.*, p. 122.

medida emanada de la *Falcidia* legítima de los herederos testamentarios, con la *portio debita* como porción mínima exigida, y en ocasiones adjudicada a los triunfadores con la querella<sup>458</sup>, y, la rica casuística de la jurisprudencia en esta materia y de limitaciones a la libertad absoluta de disposición patrimonial *iure hereditario* de los testadores en favor de terceros extraños al círculo familiar, delinearon el instituto de la legítima<sup>459</sup>.

La *Quarta Falcidia* deviene al heredero instituido no por *mortis causa*, sino por derecho de herencia, como así lo recoge Gayo en el *Libro III de legatis ad Edictum Praetoris*: “*Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat, itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit in quadrantem ei non imputatur*”<sup>460</sup>. Según el jurista, la *Quarta Falcidia* sería una porción que le corresponde al *heres* instituido a título universal. El sucesor tiene derecho a la cuarta como *portio* a cuenta del *caudal relicto*. Gayo identifica *Falcidia* con *portio debita* del heredero instituido en el testamento frente a los legatarios<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> D. 5,2,8; D. 5,2,8,14; D. 5,2,8,15. “*Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim iniuria est. sequenti loco scribit, si filius post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii*”; “*Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est: proinde et si absente eo secundum praesentem pronuntietur, potest dici conservandum ei quod accepit. eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet: ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. unde non male papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure falcidia potuit habere solum perdere*”; “*Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querella, cum habeat quartam ex constitutione divi pii. quod si egit nec optinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non optinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam*”.

<sup>459</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...* cit. p. 99.

<sup>460</sup> D. 35,2,74. “*Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur*”.

<sup>461</sup> D. 35,2,73. “*In quantitate patrimonii exquirenda visum est mortis tempus spectari. qua de causa si quis centum in bonis habuerit et tota ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam*

Ulpiano también reconoce que la *Quarta Falcidia* es recibida por título de derecho sobre la herencia. El testador podía dejar, *iure hereditario*, el cuarto al heredero instituido. El *residuum dodrantem* era de distribución libre en favor de terceros a título particular<sup>462</sup>.

Para Ulpiano y Gayo la *Quarta Falcidia* es una porción de derecho público que el testador debe a los herederos instituidos frente a terceros perceptores de liberalidades a cuenta del caudal hereditario. La *Falcidia* será, por tanto, una *portio debita*, un derecho personal de los herederos, que se adquiere *per successio in universitatem, in ius et in locum* del difunto<sup>463</sup>.

Papiniano sigue la línea de los autores clásicos, afirmando que si uno fue instituido heredero, y se le rogó que restituyera la herencia, y después no venció con la *querella inofficiosi testamenti*, pierde sólo lo que obtuvo por el Derecho de la *Falcidia*<sup>464</sup>. Este jurista también identifica la *portio debita* que exigían los *Centumviro*s con la *Quarta Falcidia*, lo que demuestra que la ley aprobada en el año 40 a.d.C., fijó la medida de la *portio debita* de modo definitivo en el seno de aquel tribunal.

---

*hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex fetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem, sed necesse est, ut nihilo minus quarta pars legatis detrahatur. et ex diverso, si ex centum septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non plus quam septuaginta quinque vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem: quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem legatorum pacisci”.*

<sup>462</sup> D. 35,2,81. “*Sed usus fructus legatus venit in computationem legis falcidiae, nam divisionem recipit adeo, ut, si duobus legatus fuerit, ipso iure ad singulas partes pertineant*”.

<sup>463</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *La dote de la mujer...* cit. p. 100.

<sup>464</sup> D. 5,2,8,14. “*Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. sed ei demum auferitur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei auferitur quod datum est: proinde et si absente eo secundum praesentem pronuntietur, potest dici conservandum ei quod accepit. eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet: ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. unde non male papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure falcidiae potuit habere solum perdere”.*

El emperador Antonio Caracalla, en un rescripto dirigido a Ingenuo en el año 212 d.d.C., le comunica que el tribunal de los *Centumviro*s cuando estudia si se puede acusar de inoficioso el testamento de un padre por sus hijos, examina si éstos han recibido o no la cuarta parte de sus bienes<sup>465</sup>.

Examinando este caso concreto, podemos deducir que las decisiones de los *Centumviro*s son novedosas. Si en los siglos I a.d.C. y el I d.d.C., el tribunal estudiaba caso por caso las demandas de los querellantes dirigidas a impugnar una o varias instituciones de herederos del testamento, y fundamentaba sus decisiones para conceder el título de *heredes* a personas omitidas o injustamente desheredadas, en la equidad, en la alteración de la *Lex* de la naturaleza o en la falta del respeto debido a las relaciones de consanguinidad, a finales de la época clásica, el tribunal examina si el testador dejó al sucesor o no una reserva mínima de sus bienes, cuarta o *portio debita* que se le debe en cualquier supuesto. Es decir, todos los sucesores que han permanecido bajo la patria potestad o hubieran permanecido bajo ella si el común ascendiente no hubiera fallecido, mencionados o no en el testamento, deben recibir una porción mínima de la herencia y todos deben heredar por un mínimo. En consecuencia, el cuarto es la cuantía que en todo caso debe el causante a sus herederos, tanto los instituidos como tales, como a los indebidamente desheredados o preteridos<sup>466</sup>.

Gracias a la conjunción de la *Quarta Falcidia* con la *portio debita*, la jurisprudencia extendió la legítima a las donaciones *inter vivos*<sup>467</sup>.

---

<sup>465</sup> CI. 3,28,6. “*Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum mortis tempore testator reliquit, inspicitur*”.

<sup>466</sup> D. 5,2,8,9. “*Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa: sed an et libertates quartam minuant, videndum est. et numquid minuant? nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet falcidiam, falcidia autem libertates non minuit: potest dici deductis libertatibus quartam ineundam. cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet ut, qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querellam excludat: nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus merito omittit hereditatem et ad substitutum transmittens querellam inofficiosi instituet, vel ab intestato citra edicti poenam habeat hereditatem*”.

<sup>467</sup> D. 5,2,25. “*Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si*

Para concluir, señalamos que la *querella inofficiosi testamenti* no es ejercitable cuando el sucesor ha recibido a título de donación *mortis causa* la cuarta a cuenta del caudal patrimonial del disponente mientras éste estaba vivo. Ulpiano señala a este respecto que aquélla es la medida que siendo entregada a título de liberalidad por el padre a su descendiente, es cuantía suficiente para que aquél lo omita de su sucesión testamentaria, porque en vida ya le entregó la porción mínima legal en la que deseaba que fuera sucedido<sup>468</sup>.

#### 2.2.4.2.- *Querella Inofficiosi Donationis*

El surgimiento de esta querella se produce en un contexto histórico en que la sociedad no estaba de acuerdo con las prácticas que se venían realizando. El problema eran las entregas lucrativas realizadas en vida por el testador, a título de liberalidad, que habían vaciado su patrimonio hereditario, beneficiando, bien, a algunos de sucesores legítimos, bien, a terceros ajenos al círculo familiar, en detrimento de otros herederos instituidos o no en sus tablas testamentarias; el disponente, cuando realizó el testamento, pudo no advertir estos supuestos, o habiéndolos advertido, no procuró la redacción de disposiciones, o cláusulas, tendentes a corregir posibles fraudes o abusos patrimoniales de frente a sus legitimarios, no beneficiarios de ninguna atribución a título gratuito, o beneficiarios pero de modo insuficiente<sup>469</sup>.

Cicerón era sabedor de esta realidad social a finales de la República<sup>470</sup>. Para él, las liberalidades del disponente que superen sus propios recursos patrimoniales en favor de terceras personas, constituyen *iniuria* para los familiares directos. Estas actuaciones son

---

*minus habeat, quod deest viri boni arbitrato repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est*".

<sup>468</sup> D. 5,2,8,6. "*Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius quod ad eum esset perventurum, si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum testari*".

<sup>469</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 73.

<sup>470</sup> CICERO, M. T., ed. WINTERBOTTOM, M., *Op. Cít.*, 1, 43-44. "...*Nil est enim liberale, quod non idem iustum. Alter locus erat cautionis, ne benignitas maior esset quam facultates, quod qui benigniores volunt esse quam res patitur, primum in eo peccant, quod iniuriosi sunt in proximos; quas enim copias his et suppeditari aequius est et reliqui, eas transferunt ad alienos. Inest autem in tali liberalitate cupiditas plerumque rapiendi et auferendi per iniuriam, ut ad largiendum suppetant copiae*".

contrarias a la equidad, injustas e inversas a los deberes familiares de los *civitas*.

El derecho civil romano no había desarrollado nuevos institutos frente a otro tipo de liberalidades dispuestas a título particular fuera del testamento, a pesar de que el sentir social de la época era de rechazo, frente a las actuaciones arbitrarias de los padres de familia, que donaban aquello que no podían o no debían en perjuicio de sus familiares<sup>471</sup>.

El primer mandatario romano que abordó estas injusticias fue Septimo Severo (193-211), el cual dispuso en favor del heredero forzoso el derecho a retener la cuarta parte de lo recibido a título de liberalidad *mortis causa*, utilizando en vía útil la cuenta de la *Lex Falcidia*, según informa su nieto Alejandro Severo en un rescripto dirigido a Damasata en el año 223 d. C.<sup>472</sup>. Dice así: “Si puedes probar que tu madre hizo a tu hermana donaciones inmoderadas a causa de muerte, puedes utilizar la cuenta de la *Lex Falcidia*, conforme a la constitución del Divino Severo, mi abuelo”.

En virtud de la *lex imperial*, la *filia sui iuris*, puede solicitar la reducción de la donación como la *Falcidia*. La sucesora puede solicitar el cuarto de lo donado, por ello, puede exigir a su hermana donataria la restitución de la *quarta* como legataria<sup>473</sup>.

La denominada *quarta mortis causa* se reclama a título de legado<sup>474</sup> por una heredera legitimaria, bien instituida heredera por

---

<sup>471</sup> CICERO, M. T., ed. WINTERBOTTOM, M., *Op. Cit.*, 1, 44. “...*Videre etiam licet plerosque non tam natura liberales quam quadam gloria ductos, ut benefici videantur facere multa, quae proficisci ab ostentatione magis quam a voluntate videantur: talis autem simulatio vanitati est coniunctor quam aut liberalitati aut honestati*”.

<sup>472</sup> CI. 6,50,5. “*Si mortis causa inmodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potest, legis Falcidia ratione secundum constitutionem divi Severi, avi mei potes*”.

<sup>473</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 76.

<sup>474</sup> D. 39,6,15; D. 39,6,17; D. 39,6,37. “*Marcellus notat: cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent. paulus notat: hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt; Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. nam cum legata ex testamento eius, qui sobvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar optinent; Illud generaliter meminisse oportebit donationes*

una cuantía insuficiente en el testamento de su madre, bien sucesora *ab intestato*<sup>475</sup>, frente a la heredera y donataria, con el fin de su reintegración. Así la *filia* se vería protegida en la obtención de los bienes fruto de la sucesión:

- Se cubre el vacío legal sobre la inoficiosidad del testamento no mencionado en el rescripto. Si la madre ha instituido heredera a la *filia* en cuota ínfima, o le ha dejado en vano el título de heredera *sua*, ésta impugnando las tablas no conseguiría nada, si la madre agotó su patrimonio mediante liberalidades con motivo de su fallecimiento. Por tanto, el auxilio de la *Falcidia* cubre los emonumentos debidos a la hija y se salva el fraude sucesorio dispuesto por la ascendiente<sup>476</sup>.
- Si la madre fallece intestada pero acaba con los bienes con anticipos *mortis causa*, la hija también obtiene el cuarto sobre las liberalidades constituidas en favor de su coheredera. Si existiera delación legítima, la descendiente *ab intestato* obtendría una porción ínfima de su cuota, ya que el caudal había sido agotado por favoritismo de la madre en favor de la hermana<sup>477</sup>.
- En el rescripto se recogió una respuesta a las dudas planteadas por Damasata. Ya que la *querella inofficiosi testamenti* es una acción que busca cuestionar y atacar la voluntad testamentaria materna, y como las liberalidades *mortis causa* están fuera del campo de competencias de la

---

*mortis causa factas legatis comparatas: quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum*".

<sup>475</sup> D. 31,77,26. "*Donationis praediorum epistulam ignorante filio mater in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit et litteras tales ad aedituum misit: instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo. Cum pluribus heredibus intestato diem suum obisset, intellegi fideicommissum filio relictum respondi: non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur*".

<sup>476</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 77.

<sup>477</sup> CI. 8,57,2. Gordiano señala que "*Inter virum et uxorem rationem cessare ex lege papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte lex alia minuerit derelicta, decernimus. Tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit*".

acción mencionada, cómo lograr la petición y tutela de los derechos sucesorios lesionados en favor de la demandante. Alejandro Severo responde que si la hija tiene derecho a retener la cuarta las donaciones, tiene derecho a retener la *portio debita*<sup>478</sup>.

Septimo Severo fue el primero en regular las liberalidades *mortis causa*, ya que mediante su consejo de juristas (Calístrato, Mesio, Menander, Tertulliano y Trifonio) exploró nuevos caminos procesales para la fiscalización, por parte de los tribunales hereditarios, de las donaciones inmoderadas a causa de muerte realizadas por los ascendientes a favor de los legitimarios o de terceras personas<sup>479</sup>.

Ulpiano también aportará una innovación. Las donaciones *mortis causa* son un instrumento jurídico para que el *de cuius* pueda dejar a los legitimarios la *quarta debita portionis*. Se excluye cualquier forma de inoficiosidad en la sucesión del ascendiente, ya sea delación testamentaria o *ab intestato*, ya que en los dos casos no se puede ejercitar la *querella inofficiosi testamenti* si el hijo recibe el cuarto a través de donaciones *mortis causa*<sup>480</sup>.

Paulo recoge que el consejo imperial de Alejandro Severo empieza a sancionar civilmente a los donantes que lesionan la *portio debita* de sus herederos forzosos<sup>481</sup>. Las donaciones forman parte ya de las legítimas. En este texto, la abuela anticipa sus últimas voluntades mediante donaciones, para beneficiar a uno de sus nietos en

---

<sup>478</sup> D. 5,2,8,9. "*Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa: sed an et libertates quartam minuant, videndum est. Et numquid minuant? nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet falcidiam, falcidia autem libertates non minuit: potest dici deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet ut, qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querellam excludat: nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus merito omittit hereditatem et ad substitutum transmittens querellam inofficiosi instituet, vel ab intestato citra edicti poenam habeat hereditatem*".

<sup>479</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 78.

<sup>480</sup> D. 5,2,8,6. "*Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius quod ad eum esset perventurum, si intestatus pater familias decessisset, puto secure eum testari*".

<sup>481</sup> D. 31,87,3. "*Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam interventendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis excinanisse, ratio despoicit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari*".



detrimento del otro, privándole de su *portio debita*. Y también intenta evitar que el nieto lesionado pueda cuestionar su voluntad mediante la *querella inofficiosi testamenti*. El emperador responde que como el patrimonio ha sido agotado para escapar de la *querella inofficiosi testamenti*, las donaciones deben ser revocadas<sup>482</sup>.

Este supuesto es problemático ya que surgen una serie de interrogantes, al no recoger el texto expresamente si la imputación de la donación se debe hacer en la *portio debita* de cada nieto, o se debe aplicar a la cuota completa legítima que corresponde a cada uno de ellos. Entendemos que lo que se produce es la revocación de la totalidad, ya que el texto referido hace referencia a la atribución de la cuota viril *ab intestato* para cada nieto.

Julio Paulo también subraya que nos encontramos ante una surgida práctica jurisdiccional hereditaria en el tratamiento de la *portio debita*. Recoge un contencioso hereditario promovido por cinco hijos *sui iuris* junto con su madre, frente al *pater familias*. Éste, en fraude de sus sucesores, reserva una parte ínfima de los bienes de los que dispone por testamento, y dona en vida el resto en favor de uno de sus hijos, Cayo Seyo. Este heredero recibe además en prelegado dos posesiones que aquél había retenido y le ordena que, de las rentas obtenidas de los predios, entregue una cantidad de áureos a su hija Melvia, y otros tantos a su hermano. La solución a este supuesto sería que cuando la *portio debita* ha sido disminuida por debajo del cuarto a través de liberalidades inmoderadas, se debe, incluso contra la voluntad del *pater*, auxiliar a los descendientes forzosos. Esta ayuda *extra ordinem* sería la atribución de una porción viril *ab intestato* para cada hijo *sui iuris*<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 85.

<sup>483</sup> D. 31,87,4. "Lucius titius cum haberet quinque liberos, universos emancipavit et in unum filium gaium seium amplissimas facultates donationibus contulit et modicum sibi residuum servavit et universos liberos cum uxore scripsit heredes: in eodem testamento duas possessiones, quas retinuerat, eidem gaio seio praelegavit et ab eo petit, ut ex redditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, maeviae filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot: conventus a maevia sorore sua legem falcidiam implorat. Quaero, cum sanctissimus imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea quae donata sunt revocari praeceperit, an gaius seius compellendus sit secundum voluntatem patris ex donationibus fideicommissum praestare heredi sororis. Paulus respondit post litteras imperatoris nostri dubitari non oportere, quin in hac quoque specie, de qua

Los descendientes emancipados estarían así legitimados para impugnar el testamento realizado, ya que el emperador ofrece tutela judicial frente a la voluntad paterna. Esta *querella inofficiosi donationis*, se refería a las donaciones *intervivos*, ya que el *relictio* del que dispuso el *pater* en el testamento es una porción pequeña, que haría ineficaz los resultados prácticos de esta acción si persiguiera exclusivamente la anulación del testamento<sup>484</sup>.

Veamos el supuesto que relata Julio Paulo visto en el párrafo anterior sobre unas donaciones de unos predios que fueron otorgados en vida y gravados a título de fideicomiso sobre el heredero Cayo Seyo en favor del heredero Mevia. El rescripto imperial afirma que si Cayo Seyo utiliza la *Falcidia* para retener el cuarto del fideicomiso, no se debe otorgar este derecho, ya que el heredero tiene cubierta su *portio debita* con la cantidad donaciones realizadas. Debe, por tanto, entregar la totalidad del fideicomiso al heredero de la hermana.

El emperador Filipo abordará esta materia en una respuesta a Nicanor y Papiniana. Los sucesores forzosos, los cuales se encontraban amparados por constituciones pasadas, pueden solicitar ayuda contra las donaciones realizadas en favor de los herederos de sangre, e incluso de sujetos extraños al círculo familiar. El emperador señala, que aunque su madre los haya instituido herederos por dos onzas, cuantía que seguramente no cubra la *portio debita*, gravándola con legados y fideicomisos, se les auxilie en el proceso sucesorio mediante la *querella inofficiosi donationis*. Esta acción es ejercitable ahora frente a herederos donatarios y frente a terceros donatarios extraños. Debido a que el disponente infringió *iniuria* a los sucesores forzosos instituidos herederos, produciéndose una violación de la sucesión necesaria material, la *querella inofficiosi donationis* produce el efecto de la revocación completa de las donaciones<sup>485</sup>.

---

*quaeritur, subveniendum sit liberis, quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est, praesertim cum imperator noster contra voluntatem patris subvenerit, in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his qui fideicommissum petunt intercedit. Sed si falcidia lex intercedat, fideicommissa in solidum esse praestanda propter immodicarum donationum rationem”.*

<sup>484</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., pp. 86-87.

<sup>485</sup> CI. 3,29,1. “*Si, ut allegatis, mater vestra ad eludendam inofficiosi querelam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, afitis donationibus sive in quosdam liberos sive in*

En el año 256 d. C., la ley promulgada por Alejandro Severo por lo que respecta a las liberalidades *intervivos*, empieza a cuestionarse en el consejo de Valeriano y Galieno. Ambos responden a Acria en un proceso donde se ve lesionada su *portio debita*<sup>486</sup>.

El padre de Acria, el cual falleció *ab intestato*, consumió su patrimonio en favor del hijo que ha permanecido bajo patria potestad. El derecho romano establece que las liberalidades de los *paterfamilias* realizadas en favor de los hijos bajo *patria potestas*, son nulas de pleno derecho si aquéllos no perseveran en su voluntad hasta el momento del pasaje. En este supuesto se considera que este requisito ha sido cumplido. El hijo recibe unas liberalidades como peculio, que siempre fueron titularidad del causante. El rescripto ordena que corresponde al oficio del árbitro divisor de la herencia, revocar esas donaciones en favor de la comunidad de bienes paterna. Sin embargo, el texto no es claro, ya que si dos hermanos suceden *ab intestato*, ambos deben recibir la porción viril completa del relictio, no la cuota viril el bajo patria potestad, y la *portio debita* Acria, como así se menciona en el texto<sup>487</sup>.

La respuesta imperial señala que como la hija no ha recibido su *portio debita* habiendo fallecido su padre *ab intestato*, le concede auxilio de la equidad. Si creemos que el padre de Acria donó *mortis causa* una gran parte de su patrimonio al hijo bajo patria potestad, la apelante podía retener la *Quarta Falcidia* del valor de lo donado, estando el *iudex familiae erciscundae* obligado a adjudicar pro cuota el cuarto de las liberalidades. La *portio debita* es *pars bonorum*, relictio más

---

*extraneos, exhausit, ac postea vos ex duabus uncis fecit heredes, easque legatis et fideicommissis exinanire gestivit, non iniuria iuxta formam de inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus desideratis*".

<sup>486</sup> CI. 3,29,2. "*Pater si omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, aut in potestate is permansit, et arbitri familiae erciscundae officio congruit, ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumen, aut emancipatus fuerit, et, quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur, iuxta constitutiones is qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi querellae auxilium tibi aequitatis impertit*".

<sup>487</sup> CI. 3,36,11; 3,36,13. "*Inter filios ac filias bona intestatorum parentum pro virilibus portionibus aequo iure dividi oportere explorati iuris est; Certum est liberorum peculia post mortem patris in hereditate dividenda ad communionem esse revocanda. frater autem et coheres tuus ob contractus, quibus vivente patre etiam ignorante ipso obligatus fuit, convenire te et alterum fratrem tuum coheredem vestrum ultra non potest, quam ut de peculio suo recipiat tantam quantitatem, in quantam condemnatus est his, cum quibus ipse contraxit*".

donaciones, no *pars hereditatis* solamente, por tanto, las liberalidades *mortis causa* se verían reducidas en aquella cantidad que excediese del *do drans*, sumadas las donaciones al relicto<sup>488</sup>.

Las donaciones a los emancipados son lícitas en derecho romano. Así, como las liberalidades son válidas en favor de los *sui iuris*, el gobernador de la provincia, por razones de equidad imperial, debe auxiliar a la hija para que actúe a semejanza de la *querella inofficiosi testamenti*. El resultado será la revocación de las liberalidades, porque se anula la voluntad del donante<sup>489</sup>, adjudicándose la mitad de lo donado, o mejor la cuota viril para cada hermano *ab intestato*<sup>490</sup>.

Otro supuesto parece plasmarse en un rescripto de Diocleciano y Maximiano dirigido a Ammiano<sup>491</sup>. Una madre que fallece intestada ha donado bienes a dos hijos. Uno fue beneficiado desmesuradamente en detrimento del otro, que no ha recibido la *portio debita*. Si la hubiera recibido sería posible que no ejercitaran contra él la *querella inofficiosi donationis*. El heredero-donatario que recibe liberalidades en cuantía inferior a su *portio debita*, está legitimado para impugnar el exceso de liberalidad otorgada en favor de su hermano. La constitución ordena al *Praeses Provinciae* que reduzca el exceso necesario para cubrir la *portio debita* del otro heredero. La finalidad de la norma comprende la cantidad que es inmoderada, o inoficiosa, es decir, aquella cuantía de bienes en la liberalidad que lesionan la *portio debita*, pero no toda la donación.

Si la madre falleció intestada y, por inopia o mala fe, ha agotado su patrimonio en favor de uno de los hermanos, el relicto desde un punto de vista contable, es cero. Si el juez adjudica la cuota viril completa *ab intestato* a cada coheredero sobre el relicto, éste sería

---

<sup>488</sup> CI. 6,50,5. “*Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis falcidiae ratione secundum constitutionem divi severi avi mei uti potes*”.

<sup>489</sup> D. 5,2,17,1. “*Quum contra testamentum ut inofficiosum indicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*”.

<sup>490</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 92.

<sup>491</sup> CI. 3,29,7. “*Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi largita est, non habeas, quod inmoderate gestum est, revocabitur*”.

cero también. Para evitar este caso, debería revocar la totalidad de las donaciones, no sólo lo realizado inmoderadamente, y a continuación adjudicar sobre el montante las cuotas completas, o la mitad a cada sucesor<sup>492</sup>. En estas constituciones no apreciamos un llamamiento *ab intestato*, sino una actuación por parte de la judicatura para adjudicar la *portio debita*, con la reducción del *donatum* en favor del legitimario.

A continuación analizaremos dos rescriptos dirigidos a Auxanon por parte de Maximiano y Diocleciano:

El primero dice “*si liqueat, matrem tuam interventendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus un unum filium collatis exhausisse, quum adversus eorum cogitatione, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur*”<sup>493</sup>.

Esta norma señala que si uno o varios sucesores ven reducidas sus expectativas patrimoniales en la sucesión por donaciones inmoderadas realizadas por su común ascendiente materna, en favor de otro o varios sucesores, pueden pedir la reducción de las donaciones en favor de la *portio debita*. Así, aunque la madre agote todo su patrimonio en vida e intente utilizar la *querella inofficiosi donationis*, para evitar el fraude de la ascendiente, los emperadores ordenan que la *actio* dirigida contra estas donaciones, deben verse reducidos por el juez que va a realizar la partición de la herencia en favor de los beneficiarios de la *portio debita* lesionada<sup>494</sup>.

La *querella inofficiosi donationis* no se dirige frente al patrimonio hereditario, sino frente a aquellos bienes del causante que hayan sido anticipados en vida con la finalidad de perjudicar los derechos patrimoniales de sus legitimarios.

---

<sup>492</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 95.

<sup>493</sup> Cl. 3,29,8. “*Si liqueat matrem tuam interventendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, cum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querellae ratio deposcat, quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur*”.

<sup>494</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 98.

El segundo rescripto señala que “*nam quod uxor a marito in se matrimonii tempore donationis causa collatum emancipato filio communi consentiente domino donavit, velut ex bonis patris, de cuius substantia prohibente matrimonio non potuit exire, datum accipi, rationis est; in cuius bonis, si idem consilium et eventos comprehendatur, lex, quam de patrimonio matris ediximus, observabitur*”<sup>495</sup>.

En este caso, se resuelve un supuesto similar al anterior. Es por ello que se ordena otra vez la reducción de las liberalidades y la imputación de la *portio debita*.

Las constituciones precedentes que trataban sobre donaciones inoficiosas realizadas, tanto por el padre como por la madre de los herederos, con derecho a la *portio debita*, sancionaban la revocabilidad completa de las donaciones inoficiosas computadas a tal fin.

En el presente, la *querella inofficiosi donationis* se modula. Es por ello, que en los casos resueltos por el rescripto, que se verían revocados en la totalidad de las donaciones, abriéndose la sucesión *ab intestato* y adjudicando sela cuota viril, si se siguiera la tradición legislativa hasta la fecha, han sufrido un cambio apartándose de la normativa de los Severos.

En la dinastía Diocleciana nace la querella de reducción de las donaciones. La *portio debita* se adjudica al sucesor lesionado, configurándose así la imputación a la legítima. A partir de este momento las donaciones *inter vivos* válidas no se deben anular por la totalidad, como ocurría en época de Septimo Severo, sino imputar la *quarta*, por lo que el resto de la liberalidad permanecerá en el sucesor o tercero beneficiado<sup>496</sup>.

---

<sup>495</sup> CI. 3,29,8,1. “*Nam quod uxor a marito in se matrimonii tempore donationis causa collatum emancipato filio communi consentiente domino donavit, velut ex bonis patris, de cuius substantia prohibente matrimonio non potuit exire, datum accipi rationis est; in cuius bonis si idem consilium et eventos comprehendatur, lex, quam patrimonio matris ediximus, observabitur*”.

<sup>496</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., p. 101.

Por su parte, el emperador Constancio afirma que la *querella inofficiosi donationis* se introdujo por ley, y aunque se parece a la *querella inofficiosi testamenti* no es la misma<sup>497</sup>.

Este emperador extendió el derecho a la reintegración-imputación del cuarto en beneficio de los legitimarios que hubieran sido perjudicados en sus derechos sucesorios por su madre en favor de una o alguna de sus hijas, hubiera constituido un anticipo dotal adventicio. La ley ordenó la reducción de la liberalidad dotal, imputando así el juez el porcentaje en las porciones debidas de los legitimarios lesionados<sup>498</sup>. Del fragmento recogido en el *Codex* se deduce que existían acciones legales diferentes a la *querella inofficiosi testamenti*, aludiendo probablemente a la *querella inofficiosi donationis* y a la *querella inofficiosi dotis*, ésta última establecida también por ley imperial.

Los requisitos que tienen que ocurrir para que el legitimario interponga la *querella inofficiosi donationis*, y la consiguiente reducción de las donaciones e imputación de la *portio debita* en la época diocleciana-constantiniana son<sup>499</sup>:

1. Que se hayan producido anticipos de última voluntad mediante liberalidades *inter vivos*, o *mortis causa*, que lesionen los derechos hereditarios o la *portio debita*, o cuarta parte de los bienes que tienen derecho los legitimarios<sup>500</sup>.

2. Aunque no es necesario que haya una voluntad de fraude del causante cuyo fin sea el vaciado de su patrimonio con la atribución de las donaciones, y la inutilización de las acciones de

---

<sup>497</sup> CI. 3,29,9. “*Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus*”.

<sup>498</sup> CI. 3,30,1. “*Quum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur*”.

<sup>499</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., *Derecho Procesal...*, cit., pp. 116-121.

<sup>500</sup> CI. 3,29,8. “*Si liqueat matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, cum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querellae ratio deposcat, quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminetur*”.

inoficiosidad de los legitimarios, el *Praeses Provinciae* si valorará estos aspectos *extra ordinem*.

3. El querellante debe poseer el título de heredero en la sucesión del donante-disponente, o el título de donatario-legitimario, sin tener en cuenta si las liberalidades se realizaran *inter vivos*<sup>501</sup> o *mortis causa*.

4. Están legitimados el heredero preterido, aquel que es desheredado irregularmente y el instituido en cuantía insuficiente, siempre que se hallen comprendidos como sucesores, para optar a la *portio debita*. También están incluidos los herederos legítimos en la sucesión *ab intestato* hasta el segundo grado en línea descendente, excluidos los nietos de ambos sexos de la hija en la sucesión de los abuelos maternos y de la abuela paterna, prohibiciones, que ahora no afectan a los nietos, tanto varones como hembras, de hijos e hijas<sup>502</sup> en la sucesión del abuelo paterno. También están legitimados para pedir la reducción de las donaciones los padres, en el supuesto de que sucedan como herederos testamentarios y legítimos en la sucesión de hijos e hijas.

5. El heredero no debe reconocer ni aceptar la presunta voluntad del causante. Si el heredero aceptara la voluntad del causante no puede posteriormente ponerla en entredicho.

6. Cada legitimario individualmente debe solicitar la reintegración de la cuarta por lesión de su *portio debita*.

7. No encontramos ninguna referencia en las fuentes al plazo de prescripción de la acción, pero por analogía con la *querella inofficiosi testamenti*, sería de cinco años.

8. La *querella inofficiosi donationis* se puede proyectar por el legitimario frente a negocios atípicos y simulados *causa donandi*. Estos

---

<sup>501</sup> CI. 3,29,7. “*Si mater tua ita patrimonium suum profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querellam adversus te sufficeret, in his donationibus quas tibi largita est non habeas, quod immoderate gestum est revocabitur*”.

<sup>502</sup> CI. 3,28,7. “*Neptem defuncti actione de inofficioso testamento, quamvis pater eius emancipatus fuerat defunctus, experiri posse ignorare non debes*”.



negocios serían aquellos que encubriesen donaciones inoficiosas realizadas por los disponentes en favor de otros herederos, o de terceros, quedando a la apreciación judicial del *Praeses Provinciae* el testimonio de la verdad<sup>503</sup>.

### 2.2.5. Legados de la mujer

Para Di Pietro y Lapieza, un legado es una disposición *mortis causa* incluida en un testamento o en un codicilo confirmado con cargo al heredero instituido de que realice o permita realizar una transmisión a título singular a otro sujeto denominado legatario. Al ser una cláusula accesoria del testamento, su validez dependerá de la suerte de la institución de heredero, y en general, del testamento<sup>504</sup>.

Los legados se pueden clasificar de varias maneras. Una de ellas sería la siguiente:

- Legados de cosas destinadas al uso de la mujer, como pueden ser la vestimenta, los ornamentos..., que disponía para su uso personal y exclusivo. Al ser un legado general de bienes, se exigía que la mujer usara efectivamente los bienes en la práctica. No se lleva a cabo la deducción de la *quarta*, en virtud de los intereses que protegía, y la *Lex Falcidia*, exceptuó de los límites establecidos para los legados, este tipo de legados<sup>505</sup>.
- Legados de usufructo. El marido mediante el usufructo de todo o una parte de su patrimonio, aseguraba los recursos necesarios a la mujer, sin lesionar los derechos legítimos que tenían sus hijos a la hora de sucederle. En la práctica solía realizarse habitualmente el usufructo

---

<sup>503</sup> CI. 8,53,8; 8,53,25,1. “*Si praeses provinciae non donandi voluntate filiorum tuorum nomine praedia in consum detulisse te manifestis probationibus cognoverit, quod fides veri suggesserit, statuet*”; “*In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut privatim, sed ut tabulae aut quodcumque aliud materiae tempus dabit vel ab ipso vel ab eo quem sors ministraverit perscribatur: actis etiam adnectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant*”.

<sup>504</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 276.

<sup>505</sup> D. 35,2,81,2. “*Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emptae paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa falcidia lege expressum est*”.

vitalicio. No obstante, en ocasiones el tiempo de vigencia se limitaba<sup>506</sup>, hasta que los hijos alcanzases una cierta edad, por ejemplo<sup>507</sup>.

- Legado de una parte de la herencia. Este legado ya existía antes de la época clásica, consistiendo en que el heredero debe partir o fraccionar con el legatario la herencia<sup>508</sup>. El legatario, por tanto, consigue una cuota de la herencia, pero nunca se le consideraría heredero. Esta fórmula servía para que las mujeres de los causantes, cuyo patrimonio fuera superior a 100.000 ases pudieran recibir parte de la herencia, ya que la *Lex Voconia* prohibía la institución de herederas en testamento en estos casos. Con el transcurrir del tiempo, la *Lex Voconia* deja de aplicarse, pero este legado se sigue aplicando en aquellos

---

<sup>506</sup> D. 33,2,30; D. 33,2,35. "*Cui usus fructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfaceret, cum ei heres pro sua parte satis dedisset, quamvis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte usum fructum desinere habere mulierem aut labeo: idem fieri et si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet*"; "*Uxori usum fructum villae legavit in quinquennium a die mortis suae, deinde haec verba adiecit: "Et peracto quinquennio, cum eius usus fructus esse desierit, tunc eum fundum illi et illi libertis dari volo". Quaesitum est, cum uxor intra quinquennium decesserit, an libertis proprietatis petitio iam an vero impleto quinquennio competat, quia "peracto quinquennio" testator proprietatem legaverat. respondit post completum quinquennium fundum ad libertos pertinere*".

<sup>507</sup> D. 33,2,32,4. "*Idem quaesitum, cum eodem testamento ita caverit: "a te peto, uxor, uti ex usu fructu, quem tibi praestari volo in annum quintum decimum, contenta sis annuis quadringentis, quod amplius fuerit, rationibus heredis heredumve meorum inferatur", an recessum videatur a superiore capite ideoque uxor non amplius habeat ex usu fructu, quam annuus quadringentos. respondit satis id, quod quaereretur, aperte verba quae proponerentur declarare*".

<sup>508</sup> D. 32,29,1; D. 50,16,164,1; D. 32,26; D. 31,8,5; D. 31,9. "*Cum ita legatum esset, ut titia uxor mea tantandem partem habeat quantulam unus heres, si non aequales partes essent heredum, quintus mucius et gallus putabant maximam partem legatam esse, quia in maiore minor quoque inesset, servius ofilius minimam, quia cum heres dare damnatus esset, in potestate eius esset, quam partem daret. Labeo hoc probat idque verum est*"; "*"partitionis" nomen non semper dimidium significat, sed prout est adiectum. Potest enim iuberi aliquis et maximam partiri: posse et vicensimam et tertiam et prout libuerit. sed si non fuerit portio adiecta, dimidia pars debetur*"; "*Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur*"; "*Si cui certam partem hereditatis legavero, divus hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum neque funeris impensa deduceretur*"; "*Cum autem pars bonorum ita legatur: " bonorum meorum, quae sunt cum moriar", dos et manumissorum pretia e medio deducenda sunt*".

casos en los que a los hijos varones se les atribuye la herencia y a las hijas le realizan un *legatum partitionis*<sup>509</sup>.

- *Legatum dotis*. Este legado tiene su origen en la época en la que el marido restituía la dote a través de esta institución, al disolverse el matrimonio por su fallecimiento. Estos bienes, aunque eran propiedad del marido, los usos y costumbres sociales señalaban que la dote era un bien de la mujer que debía devolverse una vez disuelto el matrimonio. En la época clásica, la mujer podía interponer contra los herederos la *actio rei uxoriae*, y así obtener dos veces, por distintos medios la dote, dando esta reclamación a una situación injusta para los herederos<sup>510</sup>.

Para paliar esta injusticia, un Pretor, del cual se desconoce su identidad, reguló que la mujer debe elegir entre los legados a su favor en el testamento del marido o el ejercicio de la *actio rei uxoria* para la restitución de la dote, mediante el *edictum alterutro*<sup>511</sup>. Ese edicto, señalaba que la mujer si ejercitaba la *actio re uxoria*, renunciaba a los legados de cualquier clase que estuvieran recogidos en el testamento del marido<sup>512</sup>.

---

<sup>509</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, pp. 50-51.

<sup>510</sup> GAMBOA IRIBARREN, B., *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>511</sup> D. 36,2,6,1. “*At si extrinsecus suspendatur legatum, non ex ipso testamento: licet ante decedat legatarius, ad heredem transmisisse legatum dicimus: veluti si rem dotalem maritus legaverit extero et uxori aliquam pro dotali re pecuniam, deinde deliberante uxore de electione dotis decesserit legatarius atque legatum elegerit mulier, ad heredem transire legatum dictum est. idque et iulianus respondit: magis enim mora quam condicio legato iniecta videtur*”.

<sup>512</sup> D. 10,2,20,8; D. 36,2,6,1; D. 31,53. “*Item papinianus scribit, si maritus alterum ex heredibus onus dotis solvendae, quae in stipulationem venit, suscipere iussit et mulier adversus utrumque dirigat dotis petitionem, coheredem esse defendendum ab eo, qui suscipere onus iussus est. sed legata, quae ab utroque pro dote data electa dote retinentur, in compendio coheredis esse, qui debito levatur, non oportet, videlicet ut coheres, qui onus aeris alieni suscepit, officio iudicis legatum consequatur. et verum est hoc, nisi aliud testator edixit*”; “*At si extrinsecus suspendatur legatum, non ex ipso testamento: licet ante decedat legatarius, ad heredem transmisisse legatum dicimus: veluti si rem dotalem maritus legaverit extero et uxori aliquam pro dotali re pecuniam, deinde deliberante uxore de electione dotis decesserit legatarius atque legatum elegerit mulier, ad heredem transire legatum dictum est. idque et iulianus respondit: magis enim mora quam condicio legato iniecta videtur*”; “*Cum ab uno herede mulieri pro dote compensandi animo legatum esset eaque dotem suam ferre quam legatum maluit, utrum in omnes heredes, an in eum solum, a quo legatum*

No obstante, el marido podía cambiar el *legatum dotis* por el *legatum pro dote*. De esta forma, el testador podía disponer a favor de su esposa los bienes aportados por ella al matrimonio, disponiendo así un *prelegado* o en lugar de estos bienes, podía dejarle otros bienes *pro dote*. Este legado se realizaba para legar a la mujer el valor pecuniario de la dote, mucho más beneficioso habitualmente<sup>513</sup>. Este legado nunca puede perjudicar a la mujer. Las sustituciones y cambios de la dote se han de realizar sin perjuicio para la mujer.

Justiniano abolió el edicto *alterutro*, disponiendo que la mujer pudiera conseguir la restitución de la dote y el legado, exceptuando el supuesto en el que el marido hubiera dispuesto el legado *pro dote*<sup>514</sup>.

En la época clásica se distinguen cuatro clases de legados:

---

*est, actio ei de dote dari debeat, quaeritur. iulianus in eum primum, a quo legatum sit, actionem dandam putat: nam cum aut suo iure aut iudicio mariti contenta esse debeat, aequum esse eum, a quo ei maritus aliquid pro dote legaverat, usque ad quantitatem legati onus huius aeris alieni sustinere reliqua parte dotis ab heredibus ei praestanda*".

CI. 5,13,1,3. "Primum itaque quid naturale sit ex stipulatu actionis, exponatur, et ita, si quid ex actione rei uxoriae supervenerit, addatur".

<sup>513</sup> D. 33,4,6,1; D. 33,4,1,7; D. 33,4,1,9; D. 33,4,3. "Item ei, quae dotem nullam habebat, vir sic legaverat: "quanta pecunia dotis nomine" et reliqua, "pro ea quinquaginta heres dato". Deberi ei legatum ofilius cascellius, item et servii auditores rettulerunt: perinde habendum esse ac si servus alicui mortuus aut pro eo centum legata essent. quod verum est, quia his verbis non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur"; "Sed et si dotem promiserit mulier neque dederit et decedens maritus uxori dotem praelegaverit, mulier nihil amplius quam liberationem habebit: nam et si quis ita legaverit "centum quae in arca habeo" aut "quae ille apud me deposuit", si nulla sint, nihil deberi constat, quia nulla corpora sint"; "Celsus libro vicesimo digestorum scribit, si socer nurui dotem relegavit, si quidem ius actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum, quippe nupta est: sed si voluit eam recipere dotalem pecuniam, inquit, utile erit legatum. si tamen haec dotem receperit, nihilo minus maritus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae heriscundae iudicio, sive non, utili actione. ego puto, quoniam non hoc voluit socer, ut his dotem heres praestet, mulierem agentem ex testamento cavere debere defensu iri heredem adversus maritum. ergo et maritus idem debebit cavere adversus mulierem defensu iri, si prior agat"; "Qui ita legat uxori suae: "titiae amplius quam dotem aureos tot heres meus damnas esto dare", manifestus est dotem quoque relegasse".

<sup>514</sup> CI. 5,13,1,3a. "Sciendum itaque est edictum praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ut uxor et a marito relicta accipiat et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum est testatorem, qui non hoc addidit, voluisse eam utrumque consequi".

- Legado *per vindicationem*. Es la manera más antigua de legado de propiedad, ya que mediante él se transmite el dominio *ex iure Quiritium* de una *res* al testador. Se establecía del siguiente modo: “Doy, lego mi esclavo *Sticho* a *Ticio*”. La propiedad de las cosas legadas se traslada directamente al legatario, sin intermediación del heredero. Si el heredero no cumple con el legado, el legatario podía reclamar la cosa mediante una reivindicación. Se pueden transmitir el usufructo, una servidumbre, teniendo el legatario, según el supuesto concreto una *vindicatio usus fructus* o *servitutis*<sup>515</sup>. Las cosas

---

<sup>515</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 193-200. “*Per vindicationem hoc modo legamus: Titio verbi gratia hominem stichum do lego; sed si alterum trum verbum positum sit, veluti do aut lego, aequè per vindicationem legatum est; item, ut magis visum est, et si ita legatum fuerit: sumito ve lita: sibi habeto ve lita: capito, aequè per vindicationem legatum est*”. (“Legamos por vindicación de la siguiente manera: “Doy y lego a Ticio”. Pero si se pusiera sólo una de estas dos palabras, así: “Doy” o “Lego”, el legado es igualmente por vindicación. Y lo mismo si se hubiera legado así: como es más frecuente: “Tome”, o bien: “Tenga para sí”, o “coja”); “*Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse*” (“Y se llama legado vindicatorio porque, una vez aceptada la herencia, la cosa se hace inmediatamente del legatario por derecho civil, y si éste ha de reclamarla, sea al heredero, sea a cualquier otra persona que la posea, debe reivindicarla, esto es, exigir la cosa como suya por derecho civil”); “*In eo solo dissensiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quo dita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum; et posteaquam scierit et cesserit legato, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur quod Proculo placuit: nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, “Deliberent”, inquit, “decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset*” (“Hay un punto en el que disienten los jurisprudentes, pues Sabino, Casio y nuestros demás maestros opinan que lo que así fue legado se hacía del legatario inmediatamente después de aceptarse la herencia, aunque ignorara que le había sido legado: si después de saberlo lo abandonara, era igual que si no le hubiera sido legado. Nerva y Próculo, en cambio, y otros maestros de aquella escuela, opinan que no se hace del legatario a menos que éste quiera que le pertenezca. Pero hoy, por una constitución de Antonino Pío, seguimos la doctrina que sostuvo Próculo, pues con ocasión de haber ordenado un latino un legado vindicatorio en favor de una colonia, dijo el emperador: “Decidam ñps decuriones si quieren que les pertenezca, igual que si hubiese sido legado a un particular”); *Hae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius*

---

*testatoris sunt. Sed eas quidem res, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam; ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum, et quo moretur; alioquin inutile est legatum*” (“Sólo se legán válidamente por vindicación las cosas que son del testador en propiedad civil; si bien consta que aquellas cosas consistentes en peso, número y medida basta que lo sean en el momento de la muerte del testador, como es el vino, aceite, cantidad de dinero. De otras cosas se exigió que estuvieran en propiedad civil en todo momento, es decir, en el momento en que hiciera testamento y en el momento de morir. De lo contrario, el legado es nulo”); “*Sed sane hoc ita est iure civil. Postea vero auctore Nerone Caesare senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset. Optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit*” (“Esto, sin embargo, es según el derecho civil, porque después se hizo un senadoconsulto con autorización del emperador Nerón, según el cual se estableció que si alguien legaba una cosa que nunca fue suya, sería válido el legado, como si se hubiera dispuesto conforme al derecho más amplio que en materia de legado es el damnatorio, mediante el cual se puede legar incluso una cosa ajena, según se verá más adelante”); “*Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatus consulto confirmari. Quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeat legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat*” (“Si alguien legara una cosa suya y luego, tras haber hecho el testamento, la enajenara, opinan muchos que no sólo es nulo el legado según el derecho civil, sino que ni siquiera se puede convalidar por el senadoconsulto. Y eso es debido a que si alguien legara una cosa suya incluso por legado damnatorio y después la enajenara, opina la mayoría que, aunque el legado se debe por derecho propio, el legatario que lo pida puede ser rechazado mediante la excepción de dolo malo, como si lo pidiera contra la voluntad del difunto”); “*Illud constat, si duobus pluribusque per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adirescere. Coniunctim autem ita legatur: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO LEGO; disiunctim ita: L. TITIO HOMINEM STICHUM DO LEGO. SEIO EUNDEM HOMINEM DO LEGO*” (“De lo que no hay duda es de que si la misma cosa fue legada vindicatoriamente a dos o más personas, bien conjuntamente, bien por separado, y vinieran todas al legado, les pertenece a cada una su parte; la parte del que faltare acrecería en favor del colegatario. Se lega conjuntamente de la siguiente manera: “Doy y lego a mi esclavo Estico a Ticio y a Seyo”; por separado se hace así: “Doy y lego a mi esclavo Estico a Ticio. Doy el mismo esclavo a Seyo”); “*Illud quaeritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est, pendente conditione cuius esset. Nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua conditione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servum esse. Sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo, quod sine conditione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum*” (“Se discute, en cambio, de quien es aquello que fue legado

legadas tenían que pertenecer al *dominium ex iure Quiritium* del testador en el momento de la realización del testamento como en el momento del fallecimiento. Se excluían de este caso, las cosas fungibles, las cuales sólo debían pertenecer al testador en el momento de la muerte.

- Legado *per damnationem*. Este supuesto refleja un supuesto de legado de condena, el cual obliga al heredero que aceptó la herencia a realizar una prestación en favor del legatario. Esta prestación puede ser una cosa del propio testador, del heredero o incluso de un tercero. En este último supuesto, el heredero está obligado a adquirirla del tercero; y si no la puede adquirir debe pagar su valor al legatario<sup>516</sup>. Dentro de este tipo de legados, podemos

---

bajo condición, mientras está pendiente. Nuestros maestros opinan que es del heredero, por analogía con el estatulíbero, es decir, de aquel esclavo que fue manumitido por testamento bajo alguna condición, el cual pertenece al entretanto al heredero. Pero los autores de la otra escuela opinan que, durante ese intervalo, el esclavo no es de nadie, y con mayor razón dicen lo mismo acerca de lo que se legó sin condición, antes de que el legatario acepte el legado”).

<sup>516</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 201-204. “*Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est*”(“Por damnación legamos de la siguiente manera: “Sea mi heredero damnado a dar mi esclavo Estico”; si se hubiera escrito: “Dé”, también se ha legado por damnación”); “*Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat*” (“Por este tipo de legado puede legarse también una cosa ajena, de tal forma que el heredero deba comprar la cosa y darla, o pagar la estimación de ella”); “*Ea quoque res, quae in rerum natura non est. Si modo future est, per damnationem legari potest, velut fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit*” (“También pueden legarse por damnación las cosas que no existen pero se espera que existan, como son “los frutos que ha de producir el fundo”, o “lo que nacerá de tal esclava”); “*Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est. Et ideo legatarius in personam agree debet, id est intendere heredem sibi dare oportere; et tum heres <rem>, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit. Nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipaverit, usucapione pleno iure fit legatarii. Completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobilium quidem rerum anno, earum vero quae solo teneantur biennio*” (“Lo que se ha legado de esta manera, aunque sea sin condición, no se adquiere inmediatamente por el legatario una vez aceptada la herencia, como sucede con el legado vindicatorio, sino que pertenece al heredero. Y por eso el legatario debe usar una acción personal, esto es, reclamar del heredero que el objeto le sea dado.

reconocer otros tipos. Así, el *legatum nominis*, permite al legatario ejercer acciones para el cobro de un crédito. O el *legatum liberationis*, con el que el legatario queda liberado de una *obligatio* que le debía al causante. Un supuesto más sería el *legatum partitionis*, mediante el cual el legatario tiene la facultad de repartir con el heredero una porción de la herencia. El legatario no adquiere directamente las prestaciones, sino a través del heredero. Si éste último no cumple, el legatario está protegido para conseguir su legado mediante la *actio ex testamento*.

- Legado *sinendi modo*. Este tipo de legado permite al legatario apropiarse de una cosa del patrimonio del testador o suyo propio. Este tipo de legado consistía en un permitir, por tanto, el legatario podía aprehender directamente la cosa y ejecutar directamente al heredero mediante la *manus iniectio*. Con posterioridad, se señaló que el heredero era un deudor del legado y se le concedió al legatario la *actio incerta ex testamento*. En un tiempo se asimiló al legado damnatorio<sup>517</sup>.

---

Entonces, el heredero, si la cosa es mancipable, debe manciparla o ceder ante magistrado, y entregar la posesión. Si la cosa es no mancipable, basta con que se la entregue. Si una cosa mancipable únicamente se la entregara y no se la mancipara, se hará de propiedad del legatario mediante la usucapión; se realiza la usucapión, como antes ya dijimos, en un año para las cosas muebles, y en dos años para las inmuebles”).

<sup>517</sup> GAYO, *Institutionis* 2, 209-215. “El legado permisivo se ordena de esta manera: “Sea mi heredero damnado a permitir que Lucio Ticio tome y tenga para él al esclavo Estico”; “Este tipo de legado es más amplio que el legado vindicatorio, menos que el damnatorio; pues de este modo puede el testador no sólo legar válidamente una cosa suya, sino también la de su heredero. Mientras por un legado vindicatorio no puede legar más que una cosa suya, y por legado damnatorio puede legar cosas de cualquier extraño”; “Si en el momento de la muerte el testador, la cosa es o bien del testador o bien del heredero, ciertamente vale el legado, aunque en el momento de hacer testamento no fuera de ninguno de los dos”; “Y si la cosa empezara a ser del heredero después de la muerte del testador, se pregunta si es válido el legado. La mayoría opina que no. ¿Qué ocurre, pues? Aunque alguien legara una cosa que no fue nunca suya ni empezara después a ser de su heredero, según el senadoconsulto Neroniano, se considera que es como si hubiese sido dejada por legado damnatorio”; “Así como una cosa dejada por legado damnatorio no se hace del legatario inmediatamente después de aceptada la herencia, sino que sigue siendo del heredero hasta que éste la hiciera del legatario por tradición, mancipación o cesión ante magistrado, así también procede en el legado permisivo; y por



- Legado *per praeceptionem*. Los sabinianos entendían que este legado se dejaba a un heredero, el cual a través de la *actio familiae ercis cundae*, podía en el momento de la partición, conseguir con anticipación a los demás la cosa legada. En cambio, los proculeyanos afirmaban que con este legado se permitía favorecer a un tercero, señalando que la partícula *prae* había que suprimirla, para decirse *capito* (que tome). Este legado fue asimilado al vindicatorio<sup>518</sup>.

---

eso, la acción personal en virtud de este legado es: “Todo lo que deba dar o hacer el heredero según el testamento”; “Mas hay quien opina que con este legado no parece obligado el heredero a mancipar, ceder ante magistrado o entregar, sino que basta con que permita que el legatario tome la cosa, puesto que el testador no ordenó sino que el heredero permitiera, esto es, tolerara que el legatario tomara para sí la cosa”; “Y es mayor la controversia al respecto si legaste por separado la misma cosa a dos o más personas. Unos opinan que se les debe el total a uno y a otro, igual que en el legado damnatorio; otros estiman que la mejor condición es la del ocupante, ya que con este tipo de legado el heredero, al ser damnado a tolerar que el legatario tenga la cosa, si soportó que aquél la tomara, está seguro frente a quien después le pidiera el legado, ya que no tiene la cosa para que éste la tome, ni actuó con dolo malo para evitar que la tuviera”.

<sup>518</sup> GAYO, *Gaii Institutionum-Comentarios IV-In Codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis nuper repertarum*, primera traducción al castellano (Madrid, 1845), 2, pp. 216-222. “*Per praeceptionem hoc modo legamus: LUCIUS TITUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO*”; “*Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legat posse putant, nisi ei, qui ali- qua ex parte heres scriptus est: praecipere enim esse, praeci- pium sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem heredi- tatis praecipiat legatum, quod habiturus sit*”; “*Ideoque si extraneo legatum fuera, inutile est legatum. Adeo ut Sabinus existimauerit, ne quidem ex senatusconsulto Neroniano posse conualescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent; non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur. Sed Iuliano et Sexto placuit, etiam hoc casu ex senatusconsulto confirman legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, velut per vindicationem, per damnationem, sinendi modo: tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamentifacio non sit; quo plane casu senatusconsulto locas non est*”; “*Item nostri praeceptores quo dita legatum est, nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerint legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est, dividunda accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut et quod per praeceptionem legatum est, adiudicetur*”; “*Unde intellegimus, nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse nisi quod testatoris sit: nulla enim alia res, quam hereditaria, deducitur in hoc iudicium. Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civil inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen caso etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quise am rem legaverit, quam creditori fiducia causa mancipio*

A partir del Senadoconsulto Neroniano, entre los años 54 y 68 d.d.C., va a dejar de existir diferencia alguna entre estos tipos de legados. Este *senatusconsultum* entendió que si un legado era inválido en virtud de los requerimientos de la forma adoptada por el testador, no perdía su validez, considerándose como realizado *per damnationem*.

Constantino en el año 320 d.d.C., permitió la libertad no formal para instituir heredero. Igualmente recogió la necesidad de solemnidad en las palabras en los legados.

Justiniano establece que todos los legados debían tener una sola naturaleza, pudiendo derivarse de ellos directamente una *actio in rem* o una *actio in personam*.

En el derecho antiguo era lícito que el testador otorgara los legados de manera ilimitada. La Ley de las XII Tablas recogía esta posibilidad afirmando "*uti legassit suae rei, ita ius esto*"<sup>519</sup>. Esta afirmación empezó a traer problemas en el momento en que la herencia, cuando era muy gravosa por tener gran cantidad de legados, los herederos se abstendían de la misma, por lo que al no ser aceptada caía el testamento, abriéndose a continuación la herencia *ab intestato*, perdiéndose los legados<sup>520</sup>.

Este problema se intentó solucionar mediante la publicación de la *Lex Furia*, la cual señalaba que exceptuando los parientes próximos, cognados hasta el sexto grado, los legatarios no podían adquirir como tales más de mil ases. Esta ley se burlaba fácilmente. Es por ello, que se sancionó la *Lex Voconia* en el año 169 a.d.C.,

---

*dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant, soluta pecunia solvere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit"; "Sed diversae, scholae auctores putant, etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde, ac si ita scribatur: TITIVS HOMINEM STICHUM CAPITO; supervacuo adiecta PRAE syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse"; "Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit, sive extraneus. Set si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiae heriscundae iudicis officio praestabitur. Quodsi nullo iure fuerit testatoris, tam heredi, quam extraneo ex senatusconsulto utile erit legatum".*

<sup>519</sup> "Todo aquello que dispusiera por legado de sus cosas, que eso sea derecho".

<sup>520</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, p. 279.

señalando que por legado o por causa de muerte nadie podía adquirir más de lo que adquirirían los herederos. Esta ley tampoco cumplió su cometido ya que el testador podía distribuir su patrimonio en varios legados a distintos sujetos, igual o inferior a lo que le dejaba al heredero, quién ya no tenía interés en la aceptación de la herencia. Para intentar ya poner fin a estas prácticas se aprobó la *Lex Falcidia*<sup>521</sup> en el año 40 a.d.C., en la que se señalaba que el testador podía legar tres cuartas partes de la herencia si reservaba al heredero una cuarta parte de la misma (*quarta Falcidia*)<sup>522</sup>.

Para que el legado fuera efectivo, debía serlo también el testamento. El legado, no obstante, podía ser declarado inválido en los siguientes supuestos:

1.- Cuando no se repetan las formalidades exigidas. Si el legatario no tenía la *testamenti factio pasiva*, si el legado era imposible o inmoral o si se legara una cosa fuera del comercio.

2.- Un legado que fue válido en su origen puede ser invalidado posteriormente, cuando el testador lo revocaba o el legatario fallecía antes del *diez cedens*.

### 2.2.6.- Donaciones *mortis causa* de la mujer

La donación *mortis causa* es la que produce la adquisición de los bienes a favor del donatario en el caso de que éste no fallezca antes que el donante<sup>523</sup>. Estos efectos permanecen en el supuesto de que donante y donatario falleciesen a la vez<sup>524</sup>.

---

<sup>521</sup> D. 35,2,1. "*Lex falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: " qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit"*. secundo capite modum legatorum constituit his verbis: "*quicumque civis romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant, eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est"*".

<sup>522</sup> DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E., *Op. Cit.*, pp. 279-280.

<sup>523</sup> DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 538; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Alicante, 1979), p. 545,

Hay donación por causa de muerte cuando el donante prefiere tener la cosa antes que la tenga el donatario, pero a su vez, prefiere que la tenga éste a que la tenga el heredero<sup>525</sup>.

En el *Digesta* se regula la donación de una manera general, tanto aludiendo a la donación *inter vivos* como a la practicada *mortis causa*<sup>526</sup>.

La *donatio mortis causa*, en sus orígenes, debió tener por objeto aquellas cosas que eran propiedad estricta del paterfamilias, y que se comprenderían en la categoría de *res nec mancipi*, con lo cual, la entrega bastaba para transferir su propiedad<sup>527</sup>.

La *donatio mortis causa*, en palabras de Suárez Blázquez, “es un instituto de valor universal que debe ser referido a los tiempos más

---

define la *donatio mortis causa* como “aquella que se hace al prójimo ante el temor o en la inminencia de un peligro de muerte, o bien para el caso de muerte”; FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1978), p. 590, señala que “*donationes mortis causa* eran las realizadas por el donante en previsión de su muerte, y por tanto, para el caso de que el donante muriese antes que el donatario de tal modo que superado el temor o peligro de muerte el donante podía revocarla. El donante haría la *donatio* sometida a condición suspensiva de su muerte o bien mediante *mancipatio fiducia causa* con deber de restitución ejercitable mediante *actio fiduciae*”.

<sup>524</sup> D. 39,6,26. “*Si qui invicem mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit. Idem iuris est, si pariter maritus et uxor sibi donaverunt*”. Marciano señala en este caso que si los que recíprocamente se hubiesen hecho donación por causa de muerte murieron al mismo tiempo, no la reclamará el heredero de ninguno de los dos, porque ninguno sobrevivió al otro. Lo mismo ocurre, si al mismo tiempo se hicieron la donación entre el marido y la mujer.

<sup>525</sup> D. 39,6,1. “*Mortis causa donatio est, quum quis habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum*”.

<sup>526</sup> D. 39,6,35,2; D. 39,6,42,1. “*Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: "se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum"*”; “*Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla conditione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes falcidia causa vellent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare*”.

<sup>527</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Op. Cit.*, p. 39.

remotos del Derecho Romano”<sup>528</sup>. Amelotti señala que la donación con causa de muerte tiene dos etapas; en la primera no se considera instituto, ya que los fines que pretendía se realizaban también gracias a la existencia de otros negocios jurídicos y una segunda etapa, en la que ya se individualiza a través de la práctica consolidando así un instituto independiente. La primera etapa que sería de formación, se remonta a tiempos antiquísimos. La segunda, que sería la del nacimiento de la institución sería entre los siglos II y I a.d.C.<sup>529</sup>.

La *donatio mortis causa* sería revocada *si donator convaluerit* o *si ille qui acceperit prior decesserit*. La revocación deriva de la voluntad de las partes. El donante por medio de una *stipulatio* añadida, puede reservarse el derecho de revocación por cambio de voluntad. En este caso el donatario deberá restituir lo que ha recibido. La *donatio mortis causa* se revoca en el supuesto de que se verifiquen las condiciones que recogieron ambas partes<sup>530</sup>.

La revocación se encontraba justificada en el período clásico si el donante se salva del peligro a la vista del cual habría donado, y en el caso de que el donatario muera antes que el donante. En el derecho postclásico se admite una tercera forma de revocación. La revocación que se produce cuando se da un cambio de voluntad, por *mutata voluntate*<sup>531</sup>.

En el derecho justiniano la cláusula de revocación *si donator convaluerit* es sobreentendida y consituye un negocio natural. En el *Digesta Iustiniani* 23, 3, 76 lo vemos reflejado: “Si el padre de la mujer hubiera prometido la dote por causa de su propia muerte, es válida la promesa; porqu también se obligaría, si la hubiese prometido para el tiempo en que él muriese. Pero si hubiere sanado, ¿por qué no se le remitirá la obligación por la condición, como si otro cualquiera hubiese prometido al que estipulase, o hubiese prometido la dote en

---

<sup>528</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Op. Cit.*, p. 107.

<sup>529</sup> AMELOTI, M., *La Donatio Mortis Causa in Diritto Romano* (Milan, 1953), p. 50 y ss.

<sup>530</sup> D. 12,1,19. “*Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si exstitisset aut is qui accipiebat prior decessisset.*”

<sup>531</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Op. Cit.*, p. 41.

nombre de cualquiera (porque así como de un objeto o de dinero transferido, hay la condición de una obligación constituida por causa de muerte)?. No se puede decir lo mismo respecto a la persona de la mujer, si la mujer hubiere prometido la dote por causa de su propia muerte, porque no hay dote si no sirve para las cargas del matrimonio<sup>532</sup>.

La *donatio mortis causa* es una liberalidad realizada en atención a la muerte. Es por ello, que el donante se prefiera a sí mismo al donatario, pero que prefiera a éste antes que su heredero<sup>533</sup>.

Vallet de Goytisolo<sup>534</sup>, en lo referente al Código Civil Español, para reconocer si ante una liberalidad nos encontramos ante una *donatio mortis causa* presupone que:

- Si se declaró que la donación se verificaba teniendo como presupuesto la muerte, sin expresar nada que lo contradiga, debía presumirse de naturaleza *mortis causa*.
- Ante la duda de si una donación era *inter vivos* o *mortis causa*, debía suponerse lo primero, aun cuando fuera hecha por un moribundo<sup>535</sup>.

---

<sup>532</sup> D. 23,3,76. “*Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promississet, obligaretur. sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per conditionem, atque si stipulanti quis alius promississet aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa conditio est. non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia nisi matrimonii oneribus seruiat, dos nulla est*”.

<sup>533</sup> D. 39,6,1. “*Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum*”.

<sup>534</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “La Donación *Mortis Causa* en el Código Civil Español” en AAMN, 5 (Madrid, 1950), pp. 639-640.

<sup>535</sup> D. 39,6,42. “*Seia cum bonis suis traditionibus factis titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitis liberis titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes lucii titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis titii restitutorum. incurrerat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae conditionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest*”.

- Examinado que la donación se verificó en atención al fallecimiento del donante, y que tendría eficacia si éste sobrevive al donatario, la donación sería entre vivos ya que la circunstancia que debemos apreciar para que se produzca una *donatio mortis causa* es que el donatario no premuera al donante<sup>536</sup>.

En conclusión, para que una *donatio mortis causa* sea efectiva no es necesario que el donatario sobreviva al donante sino que basta que no le premuera; por tanto, en el supuesto de que donante y donatario fallezcan simultáneamente, la donación es eficaz<sup>537</sup>.

Si la conmoriencia se producía entre padres e hijos se presumía la premoriencia de los hijos si éstos eran impúberes y de los padres cuando los hijos fueran púberes, de manera que, la *donatio mortis causa* realizada por un padre a un hijo, en el supuesto de conmoriencia de ambos, era eficaz si el hijo fallecía púber e ineficaz en caso contrario<sup>538</sup>. Africano escribió “si por causa de muerte se le hubiera hecho una donación a un hijo de familia, y en vida del donante muriese el hijo, y viviera su padre cuál sería el derecho. Respondiendo que a la muerte del hijo compete la condición, si uno hubiere dado la cosa para hacer donación más bien al hijo que al padre; de otra suerte, si el padre se hubiera valido del ministerio de aquél, se ha de atender a la muerte del mismo padre; y este será el derecho también si se tratara de la persona de un esclavo<sup>539</sup>”.

---

*mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam seia titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter falcidiam ex persona sua tenebuntur”.*

<sup>536</sup> D. 39,6,27. “Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione”.

<sup>537</sup> D. 39,6,26. “Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit. idem iuris est, si pariter maritus et uxor sibi donaverunt”.

<sup>538</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>539</sup> D. 39,6,23. “Si filiofamilias mortis causa donatum sit, et vivo donatore moriatur filius, pater vivat, quaesitum est, quid iuris sit. Respondit, morte filii conditionem competere, si modo ipsi potius filium, quam patri donaturus dederit; alioquin si quasi ministerio eius pater usus si, ipsius patris mortem spectandam ess; idque iuris fore, et si de persona servi quaeratur”.

Si la *donatio mortis causa* se realizó teniendo en cuenta un posible peligro determinado de muerte, también se hace ineficaz si el donante escapa a ese peligro. Si una cosa era donada a causa de muerte, y convalece el que la donó, se ha de ver si tendrá acción real. Y si donó de manera que si le sobreviniese la muerte la tenga aquél a quien se la donó, sin duda podrá el donante reivindicar la cosa, y muerto éste, aquél a quien se le donó. Pero si la donó de modo que la tuviese, y la devolviese si hubiese convalecido, o si hubiese vuelto de la guerra o de un viaje se puede defender que le compete al donante la acción real, si hubiese acontecido alguna de estas cosas<sup>540</sup>.

Con la *Lex* de Constantino la donación adquiere nuevos caracteres. Pasa de ser causa de los distintos negocios jurídicos realizados *donationis causa* a ser considerada negocio típico con su propia forma y régimen jurídico. Para Biondi<sup>541</sup>, Constantino realizó la reforma por las siguientes causas:

- La entrada en crisis de la *mancipatio*, aunque se mantuviera hasta el siglo VIII, y su sustitución por la *traditio*.
- La *traditio* llevaba incluida en sí misma, tanto la *perfectio donationis* como la transferencia. Además, los rescriptos imperiales permitían realizar la *traditio* mediante sustitutivos.
- Se derrumbó el proceso formulario, por lo que empezó a producirse una antítesis entre *actio* y medios pretorios, haciéndose poco comprensible la noción de *traditio* perfecta.

Por lo tanto, en época de Constantino la donación se definiría como “aquella respecto de la cual es posible la atribución de la forma

---

<sup>540</sup> D. 39,6,29. “*Si mortis causa res donata est, et convaluit, qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est, sine dubio donator poterit vindicare, mortuo eo tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei, cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donator*”.

<sup>541</sup> BIONDI, B., *Sucessione Testamentaria. Donazioni* (Milán, 1941), p. 111 y ss.



legal". Para él, la donación como negocio típico sería la donación real<sup>542</sup>.

En el Derecho Justiniano, por el contrario, la donación podía ser traslativa de otras relaciones o ser constitutiva de relaciones de dar. Sería una categoría particular de actos de liberalidad para los que la ley establecía una forma determinada. A partir de Constantino hasta la fecha, se separa nítidamente entre el régimen vigente para cada uno de los actos de liberalidad, y las formas particulares que se exigen para las donaciones<sup>543</sup>.

Constantino quiso dotar mediante una Constitución<sup>544</sup> a la donación de sus formalidades. El emperador estableció unas pautas

---

<sup>542</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>543</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>544</sup> MONTEMAYOR ACEVES, M. E., *Fragmentos vaticanos* (México, 2003). 249. "1. *Constantinus et caess. Multas saepe natas ex donatione causas cognovimus, in quibus vel adumbrata pro expressis vel inchoata pro perfectis vel plurima pro omnibus controversiam faciant, cum agentium visa pro ingenio ac facultate dicendi aut perfecta deformarent aut inchoata perficerent. Inde ius anceps ac pro dicentium impulso vacillanti sententia non parum decreta differebant, maxime karissime ac incundissime nobis. Hinc enim nuper exceptis personis dicta lex est, in quibus summum ius et voluntas omni libera sollemnitate, modo perfecta ortus suos praesenti munere opulentat.* 2. *Tempestiva dehinc communium donationum cura successit; absolutis enim illis, quae ideo prima sunt, quoniam sunt religione potiora, circumacto animo ad universum donationum genus conspeximus omnes earum species signis ac nominibus imprimendas, ut in hominum contractibus differentiam sui nuncupationum proprietate discernant.* 3. *Itaque sive illa donatio directa sit, sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi non faciendive suspensa sive ex aliquo notato tempore promissa, sive ex animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata, eius haec prima observatio est, ut quas leges indulgent condiciones pactionesque promantur, hisque penitus cognitis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae. Sed iure requisitis parendum erit nec denegabitur officium, quin simul spes abiciatur adipiscendi.* 4. *Inretiri sane condicionibus indefensos minores, quoniam praestare promissa difficile est, non placuit. Quorum tamen defensores, si forte per eos in obeundis donationum officiis, quarum cura erit recepta, neglecta utilitas minoris probabitur et ita minor commodis spoliabitur, rei amissae periculum praestabunt; ita rei familiaris dispendii metus etiam segiores ad ea conficienda ex tarditate incitabit.* 5. *Post in iisdem conscribendis praecipue nomen donatoris, ius ac rem notans proscribat. Tum utrumque iure compleatur neque id occulto aut per imperitos aut privatim; his enim rebus saepe clandestina fraus, et quae facta sunt infecta et inducta quae scripta sunt simulans aliisque ac debinc aliis largiendo atque donando ac saepe venum dando, multos habendi spe allectos concurrere in expugnanda sibi proprietate impulit.* 6. *Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors ministraverit scientibus plurimis perscribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint; ac tum corporalis traditio (in quam saepe multi talia simulando inrepentes aut vi corpora capientes*

que orientarían a la donación de un modo novedoso. La *Lex Cincia*, se abolió; la donación es a partir de esta época un negocio típico reconocido por la *lex*; la donación tendrá una forma específica en lo que a escritura se refiere.

Constantino señaló tres requisitos para que la donación fuera considerada válida. Estos serían que la donación se formalizara mediante la escritura; que se produjera la entrega de la cosa estando presentes los vecinos; depositar el documento *apud acta*. Si la donación se realizaba cumpliendo estos requisitos se produciría la transmisión definitiva e irrevocable de la propiedad de la cosa donada del donante al donatario<sup>545</sup>.

---

*sollemne illud ius ac voluntarium inconcessa usurpatione praeripiunt) ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, convento plurimorum celebretur.7. Non enim aliter vacua iure dantis res erit, quam ea vel eius voluntate, si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem novo domino patefecerit. Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat.8. Quod si iudex aberit, cui summa provinciae commissa est, mandetur istud magistratum actis, atque ut nullus sit subiciendi aut surripiendi locus, cum alterutri commodum sit, eorum exemplis idem magistratus adscribant. Sic enim conscientia multorum, monumentis iudiciorum ac populorum perscriptis aut litium causa pervulgatis omnibus fides abstrusior non erit.9. Talia enim esse oportet dominorum initia, quorum diuturna possessio saepe legitima proprietatum iura perfringit, talis liberalitatum honestas, quae locis clamata omnibus accipientium donantiumque familias liberalitatis et gratiae praedicatione compleat, simul ut, cum sit eximium cuiusque donum promerendo cepisse, eius incunditas nulla litium tristitudine minuatur.10. Quod si in spectanda causa dicendaque sententia orba publico testimonio liberalitas caecam gratiam obscurosque coetus prodiderit, quoniam sola frans cognita est, eorum, quae donata dicuntur, temere non erit fides accipienda: sed ea alienatione, quae publice non sit testata, in donationibus virorum reiecta vel superhabita solam eam probamus, quae celebrata universis studiis recte regulas supra propositas sequatur. Abolito igitur iure, quod quibusque rebus donandis cinciae lex imposuit neque amplius ea perfectione facienda quam illa ordinaverat negamus certae formae verborum deinde esse quicquam requirendum, quoniam iam lege commutata verba et ipsa abolita sunt antea necessaria in donationibus faciendis. Neque ullam donationibus iam factis controversiam volumus conflare, cum futuris ius per hanc legem ponamus, quae, ut omnes cognoscant quae iussimus programmati, tuo praeferenda est. Pp. III non. febr. Romae Sabino et Rufino cons. In foro divi Traiani”.*

<sup>545</sup> SUÁREZ BLÁZQUEZ, V., *Op. Cit.*, p. 58.

### 3- LA MUJER GERMANA

Los germanos fueron pueblos indoeuropeos que, procedentes de Europa Central se asentaron en primer lugar en Dinamarca y el sur de Escandinavia, extendiéndose desde estas tierras hasta el curso inferior del Rin, Turingia y Baja Silesia hacia el año 500 a.d.C.<sup>546</sup>.

En la época republicana romana, el bárbaro es aquel que mora fuera del territorio de las ciudades, de las que son enemigos potenciales<sup>547</sup>.

Estos pueblos germanos poseían una organización económico-agraria formada por la Marca (*Mark*), palabra que dio origen a la comarca. La ganadería prevalece sobre la agricultura, perteneciendo la tierra a la comunidad local, que es propietaria del suelo poblado, campos, prados y bosques próximos, que formaba la Marca, siendo, por tanto una asociación económica titular patrimonial de la tierra; la posesión y utilización correspondería a los comarcanos<sup>548</sup>.

La mujer germana era robusta, de pelo rubio y ojos azules. Por lo que respecta a su vestimenta señala Tácito que “las mujeres no usan el mismo hábito que los hombres, sino que sus vestidos, las más veces, son de lienzo, teñidos con labores de púrpura y sin mangas, porque traen descubiertos los brazos y las espaldas y la parte también superior del pecho”<sup>549</sup>.

---

<sup>546</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M., Historia del Derecho Español, vol. I y II (Madrid, 2004), p. 443.

<sup>547</sup> DEMOUGEOT, E., “L’image officielle du barbare dans l’Empire romain d’Auguste á Théodose” en *Ktema*, 9 (1984), pp. 123-144.

<sup>548</sup> ARIAS LÓPEZ, M., *La comarca como entidad natural, histórica y administrativa* (Madrid, 2013), p. 90.

<sup>549</sup> CORNELIO TÁCITO, C., trad. De ALAMOS BARRIENTOS, SIXTO Y EZQUERRA, *La Germania y diálogo de los oradores* (Madrid-Barcelona, 1919), p. 23.

En el ámbito de la comunidad doméstica, el trabajo se encuentra dividido entre hombres, quienes se encargan de la agricultura, del cuidado del ganado y de la dirección y desarrollo de la guerra<sup>550</sup> y las mujeres que se ocupan de la casa, los jardines, los huertos, así como el cuidado de los hijos. En concreto, las mujeres serían las encargadas de abastecer a la comunidad y la familia, fabricando bebidas naturales<sup>551</sup>, preparando productos derivados de la ganadería, como quesos, pieles o cueros... y también de la labranza de los campos, siendo su principal fruto el cereal<sup>552</sup>. También se ocuparían del hilado y el tejido, en particular de la lana, que era la materia prima principal de la ropa que vestían en esta época, así como del tejido y teñido del lino<sup>553</sup>.

Tácito señala que estos pueblos germanos, a diferencia de sus vecinos sármatas, tienen viviendas fijas. Por tanto, la vida de la mujer

---

<sup>550</sup> CORNELIO TÁCITO, C., *Op. Cit.*, pp. 20-21. “Cuando se viene a dar batalla es deshonra para el príncipe que se le aventaje alguno en valor; y para los compañeros y camaradas, no igualarle en el ánimo. Y si acaso el príncipe queda muerto en la batalla, el que de sus compañeros sale vivo de ella es infame para siempre, porque el principal juramento que hacen es defenderle y guardarle y atribuir también a su gloria sus hechos valerosos. De manera que el príncipe pelea por la victoria; y los compañeros, por el príncipe. Cuando su ciudad está largo tiempo en paz y ociosidad, muchos de los mancebos nobles de ella se van a otras naciones donde saben que hay guerra, porque esta gente aborrece el reposo, y en las ocasiones de mayor peligro se hacen más fácilmente hombres esclarecidos. Y -los príncipes- no pueden sustentar aquel acompañamiento grande que traen, sino con la fuerza y con la guerra porque de la liberalidad de su príncipe sacan ellos, el uno un buen caballo, y el otro una framea victoriosa y teñida en la sangre enemiga. Y la comida y banquetes grandes, aunque mal ordenados -que les hacen cada día-, les sirven por sueldo. Y esta liberalidad notienen de qué hacerla, sino con guerra y robos. Y más fácilmente los persuadirán a provocar al enemigo, a peligro de ser muertos o heridos, que a labrar la tierra y esperar la cosecha y suceso del año. Y aun les parece flojedad y pereza adquirir con sudor lo que no se puede alcanzar con sangre”.

<sup>551</sup> “Hacen una bebida de cebada y trigo, alterada por la fermentación a manera del vino”. (CORNELIO TÁCITO, C., *Op. Cit.*, p. 28).

<sup>552</sup> CORNELIO TÁCITO, C., *Op. Cit.*, p. 30. “[...] cada lugar toma tanta tierra para labrar cuanto tiene hombres que la labren, y la reparten después entre sí, conforme a la calidad de cada uno; es fácil la partición por los muchos campos que hay. Mudan cada año de heredades, y siempre les sobra campo; porque no procuran acrecentar la fertilidad y cantidad de la tierra con el trabajo e industria, plantando árboles, cercando prados y regando buertas. Sólo se contentan con que la tierra les dé grano [...]”.

<sup>553</sup> GALLEGO FRANCO, H., “La imagen de la “mujer bárbara”: a propósito de Estrabón, Tácito y Germania”, *Faventia* 21/1 (Valladolid, 1999), pp. 55-63, p. 58.

germana se desarrollaba en un entorno estable, aunque podían trasladarse en busca nuevas tierras y comida para el ganado<sup>554</sup>.

En el norte de España la situación de la mujer fue descrita por Estrabón. En este lugar la mujer era la encargada de la cosecha de las tierras, de la minería, del tejido<sup>555</sup>... suponiendo estas actividades de

---

<sup>554</sup> CORNELIO TÁCITO, C., *Op. Cit.*, pp. 46-47. “Aquí es el fin de la Suevia. Estoy en duda si pondré las naciones de los peucinos, venedos y fennos entre los sármatas o entre los germanos, aunque los peucinos, a que algunos llaman bastarnas, viven como los germanos en la lengua y hábito, y asiento y casas. La suciedad y entorpecimiento es común a todos. Y habiendo los principales de ellos emparentado con los sármatas, se han corrompido algo, haciéndose a su manera de vida. Los venedos han tomado mucho de sus costumbres, porque como salteadores, corren todos los montes y sierras que hay entre los peucinos y los fennos. Pero con todo eso se cuentan éstos más por alemanes, porque tienen moradas fijas, usan escudos, se huelgan de caminar a pie y son ágiles; todo lo cuales diferente en los sármatas, que viven en carros y andan a caballo. Los fennos tienen una horrible fiereza y una pobreza cruel. No tienen armas, ni caballos, ni casas; sustentanse con hierba, vistense de pieles, y la tierra les sirve de cama. Consiste toda su esperanza en las flechas, las cuales, a falta de hierro, arman con huesos. Los hombres y mujeres se sustentan de la caza; ellas de ordinario las acompañan y les piden parte de ella. Los niños no tienen otro refugio ni acogida contra el agua y las fieras, sino algunas cabañas que tejen con ramas y con las cuales se cubren; a ellas se vuelven los mozos y a ellas se recogen los viejos. Y les parece esto mayor felicidad que cansarse y gemir labrando los campos y fabricando casas, y traer entre la esperanza y el miedo los bienes propios y ajenos. Y viviendo seguros para con los hombres, y seguros para con los dioses han alcanzado una cosa dificultosísima: el no tener siquiera necesidad del deseo. Lo demás que se cuenta de la tierra y la gente que habita más allá de las que he dicho, todo es fabuloso; como decir que los helusios y oxionas tienen las cabezas de hombres y los cuerpos y miembros de fieras. Y así dejaré de tratar de esto, como cosa que no está averiguada”.

<sup>555</sup> GARCÍA Y BELLIDO, A., *España y los españoles hace dos mil años* (Madrid, 1945). ESTRABÓN, 3,4,17; 3,2,9; 3,3,7. “También podrían tenerse como formas bárbaras los ornamentos de algunas mujeres, ornamentos que describe Artemídoros. En ciertas regiones -dice- llevan collares de hierro con garfios que se doblan sobre la cabeza, saliendo mucho por delante de la frente; en estos garfios pueden, a voluntad, bajar el velo, que al desplegarlo por delante sombrea el rostro, lo que tienen por cosa de adorno. En otros lugares se tocan con un “tympanion” redondeado por la parte de la nuca y ceñido a la cabeza por la parte de las orejas, el cual disminuye poco a poco de altura y anchura. Otras se depilan la parte alta de la cabeza, de modo que resulta más brillante que la frente. Finalmente, otras se ciñen a la cabeza una pequeña columnilla de un pie de altura, alrededor de la cual enrollan sus cabellos, que luego cubren con un manto negro. Junto a estas extrañas costumbres, se han visto y se han dicho muchas cosas acerca de todos los pueblos ibéricos en general, y en particular de los septentrionales, y no sólo sobre su bravura, sino también sobre su dureza y su rabia bestial. Se cuenta, por ejemplo, que en las guerras de los kántabroi, las madres mataron a sus hijos antes de permitir cayesen en manos de sus enemigos. Un muchacho cuyos padres y hermanos habían sido hechos prisioneros y estaban atados, mató a todos por orden de su padre con un hierro del que se había apoderado. Una mujer mató a sus compañeras de prisión. Un prisionero que estaba entre guardianes embriagados, precipitóse en la hoguera. Todos estos rasgos se

---

cuentan también de los pueblos *keltikoi*, *thrákiói* y *skýthai*; como es cosa común entre ellos, la valentía, no sólo en los hombres, sino también en las mujeres. Éstas cultivan la tierra; apenas han dado a luz, ceden el lecho a sus maridos y los cuidan. Con frecuencia paren en plena labor, y lavan al recién nacido inclinándose sobre la corriente de un arroyo, envolviéndole luego. Dice Poseidónios que en la nación ligura oyó referir a un cierto Charmóleos, ciudadano massaliota, huésped suyo, que habiendo tomado para cavar un campo a hombres y mujeres a jornal, una de éstas, que había sentido los anuncios del parto, por no perder el salario, se apartó cerca del lugar donde trabajaba, dio a luz y se volvió al punto a su tarea. [Charmóleos] se dio cuenta de que trabajaba con dificultad; pero no sospechaba la causa, hasta que lo supo luego de la jornada, y entonces la pagó y la despidió. Ella llevó al niño a la fuente, lo lavó, lo envolvió en lo que tenía y lo llevó a su casa salvo”; “Poseidónios, alabando la cantidad y excelencia de los metales, no prescinde de su habitual retórica, sino que, poseído de un entusiasmo poético, se entrega a exageraciones. Así, no da como falsa la leyenda de que habiéndose incendiado una vez los bosques, estando la tierra compuesta de plata y oro, subió fundida a la superficie; pues que todo el monte y colina es como dinero acumulado allí por una pródiga fortuna. Y, en general, dice, cualquiera que haya visto estos lugares podría decir que son los eternos almacenes de la naturaleza o los tesoros inagotables de un imperio. Porque el país es, según dice, no sólo rico en lo que muestra, sino también en lo que oculta; y en verdad, para sus habitantes, el subsuelo se halla regido, no por Háides, sino por Plóuton. Esto es lo que en forma florida dijo [Poseidónios] acerca de este asunto, sacando él mismo, como de una mina, buena parte de su lenguaje. Hablando de la industria de los mineros, cita a Phalereús, quien, refiriéndose a los de las minas de plata del Attiké, dijo que los hombres trabajan con tanto ahínco como si esperasen dominar al mismo Plóuton. Y supone que la industria y la energía de éstos [los *tourdetanoí*] es semejante, por cuanto abren sinuosas y profundas galerías, reduciendo a menudo las corrientes que en ellas encuentran por medio de los tornillos egipcios. Sin embargo, no todo es igual entre estos mineros y los *attikoi*, ya que para los últimos la minería es como un enigma, pues lo que recogen, dice, no lo toman, y lo que tenían lo pierden; por el contrario, para aquéllos la minería es sumamente provechosa, ya que una cuarta parte del mineral recogido por los trabajadores del cobre es cobre puro, y los propietarios de minas argéneas obtienen en tres días un “*tálanon*” euboico. Mas el estaño -dice [Poseidónios]- no se encuentra en la superficie de la tierra, como repetidamente afirman los historiadores, sino excavando. Y se produce tanto en la región de los bárbaros que habitan más allá de los *lysitanoí* como en las Islas Kattiterides, siendo transportado a Massalia desde el país de los *brettanikoi*. Entre los *ártabroi*, que habitan en lo más lejano del Septentrión y del Ocaso de Lysitania, el suelo tiene, según dicen, eflorescencias de plata, estaño y oro blanco, mezclado con plata. Esta tierra es arrastrada por los ríos, y las mujeres, después de haber amasado la arena, la lavan en tamices tejidos en forma de cesta. Tal es lo que aquél [Poseidónios] ha dicho sobre los metales”; “Todos los habitantes de la montaña son sobrios: no beben sino agua, duermen en el suelo, y llevan cabellos largos al modo femenino, aunque para combatir se ciñen la frente con una banda. Comen principalmente carne de cabrón; a Ares sacrifican cabrones, y también cautivos y caballos; suelen hacer becatombes de cada especie de víctima, al uso griego, y por decirlo al modo de Píndaros, “*inmolan todo un centenar*”. Practican luchas gýmnicas, hoplíticas e hípicas, ejercitándose para el pugilato, la carrera, las escaramuzas y las batallas campales. En las tres cuartas partes del año los montañeses no se nutren sino de bellotas, que, secas y trituradas, se muelen para hacer pan, el cual puede guardarse durante mucho tiempo. Beben “*sitos*”, y el vino, que escasea, cuando lo obtienen se consume en seguida en los grandes festines familiares. En lugar de aceite usan manteca. Comen sentados sobre bancos construidos alrededor de las paredes, alineándose

una importancia vital para el grupo. Este hecho hizo que Estrabón considerara la existencia de un matriarcado<sup>556</sup> en estas sociedades, conviviendo con una sociedad en la que el hombre ocupaba un papel predominante.

Las mujeres, para el pueblo germano, poseían dotes para la realización de rituales mágicos y religiosos. Estas mujeres eran sacerdotisas, quienes se encontraban jerarquizadas en función de su

---

*en ellos según sus edades y dignidades; los alimentos se hacen circular de mano en mano; mientras beben, danzan los hombres al son de flautas y trompetas, saltando en alto y cayendo en genuflexión. En Bastetania las mujeres bailan también mezcladas con los hombres, unidos unos y otros por las manos. Los hombres van vestidos de negro, llevando la mayoría el “ságos”, con el cual duermen en sus lechos de paja. Usan de vasos labrados en madera, como los keltói. Las mujeres llevan vestidos con adornos florales. En el interior, en lugar de moneda practican el intercambio de especies o dan pequeñas láminas de plata recortadas. A los criminales se les despeña, y a los parricidas se les lapida, sacándolos fuera de los límites de su patria o de su ciudad. Se casan al modo griego. Los enfermos, como se hacía en la Antigüedad entre los assýrioi, se exponen en los caminos para ser curados por los que han sufrido la misma enfermedad. Antes de la expedición de Broútos, no tenían más que barcas de cuero para navegar por los estuarios y lagunas del país; pero hoy usan ya bajeles hechos de un tronco de árbol, aunque su uso aún es raro. Su sal es purpúrea, pero se hace blanca al molerla. Así viven estos montañeses, que, como dije, son los que habitan en el lado septentrional de Iberia; es decir, los kallaiikoí, ástoures y kántabroi, hasta los onáskones y el Pyréne, todos los cuales tienen el mismo modo de vivir. Podría hacer la lista de estos pueblos más larga; pero renuncio a una descripción aburrida, pues a nadie le agradaría oír hablar de los pleútauroi, bardyétai, allótriges, y otros nombres menos bellos y más ignorados”.*

<sup>556</sup> GARCÍA Y BELLIDO, A., *Op. Cit.* ESTRABÓN, 3,4,18. “No es costumbre privativa de los íberes la de montar dos en un mismo caballo, de los cuales uno, llegado el momento del combate, lucha como peón. Ni tampoco es cosa exclusiva de ellos la plaga de ratas y las enfermedades epidémicas que por lo regular las siguen. Esto fue lo que advino a los rhomaioi en Kantabria; hasta tal punto, que hubieron de dar a aquellos que las capturasen una prima a tenor del número de ratas presentadas, y aun así escaparon del peligro difícilmente. Ocurrióles también escasez de otras cosas, principalmente de trigo, teniendo que proveerse del de la Akytania, lo que se hacía penosamente por las dificultades del terreno. Se cuenta también de los kántabroi este rasgo de loco heroísmo: que habiendo sido crucificados ciertos prisioneros, murieron entonando himnos de victoria. Tales rasgos denotan cierto salvajismo en sus costumbres; mas otros, sin ser propiamente civilizados, no son, sin embargo, salvajes. Así, entre los kántabroi es el hombre quien dota a la mujer, y son las mujeres las que heredan y las que se preocupan de casar a sus hermanos; esto constituye una especie de “gynaiokratía”, régimen que no es ciertamente civilizado. Costumbre ibérica es también la de llevar un veneno obtenido de cierta planta parecida al apio y que mata sin dolor, con lo que tienen un remedio siempre pronto contra los acontecimientos imprevistos; igualmente es costumbre suya el de consagrarse a aquellos a quienes se unen, hasta sufrir la muerte por ellos”.

edad, siendo ocupado por mujeres ancianas o jóvenes núbiles, siendo algunas de ellas objeto de una veneración especial<sup>557</sup>.

### 3.1.- La *Sippe*

La estructura básica de los grupos de parentesco se organiza en un elemento primario, la *Sippe*<sup>558</sup>. Esta es una asociación familiar con alcances en la vida jurídica, religiosa, armada y económica tiene una doble dimensión, como un conjunto de círculos parentales por una parte y por otra como stirpe.

La *Sippe* como círculos parentales de consanguinidad se utiliza para establecer la relación de cualquier persona con sus antepasados. Para ello se toma la persona como base y se consideran con relación a ella cuatro generaciones, excluyendo del cómputo a sus descendientes. Se distribuyen en dos grupos:

- Parientes de la espada o de la lanza, que son hombres de la línea paterna: padre, abuelo y bisabuelo paternos.

- Parientes del huso o de la rueca, que son las mujeres: madre, abuela y bisabuela maternas, incluyendo en este supuesto a la abuela y bisabuelas paternas, así como a los varones de la línea femenina, el abuelo y bisabuelos maternos<sup>559</sup>.

La *Sippe* como stirpe reúne a todas mujeres y los hombres aplicando el principio de agnación, determinando el parentesco a

---

<sup>557</sup> CORNELIO TÁCITO, C., *Op. Cit.*, pp. 15-16. “De manera que algunas veces, según ellos cuentan, han restaurado las mujeres batallas ya casi perdidas, haciendo volver los escuadrones que se inclinaban a huir, con la constancia de sus ruegos, con ponerles delante los pechos y representarles el cercano cautiverio que de esto se seguiría, el cual temen con mayor vehemencia por causa de ellas; tanto que se puede tener mayor confianza de las ciudades, que entre sus rehenes dan algunas doncellas nobles. Porque aun se persuaden de que hay en ellas un no sé qué de santidad y prudencia, y por esto no menosprecian sus consejos ni estiman en poco sus respuestas. Así lo vimos en el imperio del Divo Vespasiano, que algunos tuvieron mucho tiempo a Velea en lugar de diosa. Y también antiguamente habían venerado a Aurinia y otras muchas, y esto no por adulación, ni como que ellos las hiciesen diosas, sino por tenerlas por tales”.

<sup>558</sup> Vid. LEDESMA URIBE, J. d. J., “El derecho romano en los primeros siglos de la Europa Medieval” en Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n° 5, (México, 1973), pp. 325-381.

<sup>559</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 465.



través del vínculo que existe entre sujetos de varias generaciones que descienden todos ellos de un varón, punto de partida de aquellas. Se configura a partir del padre, los hijos e hijas nacidos del matrimonio legítimo y aceptados por él, a los que se pueden sumar las personas libres. La matrilinealidad<sup>560</sup> no fue un criterio aplicado para la construcción de la *Sippe*, que siembre va a ser agnaticia<sup>561</sup>.

Hay en cada círculo de parientes dos *Sippen* de stirpe; una la paterna de donde nace el marido y otra materna, encabezada por el hombre, a la que pertenece la esposa, quién no rompe nunca, por su matrimonio, el vínculo con ella. En el supuesto de que se produjeran matrimonios dobles, esas *Sippen* pueden aumentar en número, distribuyéndose entre parientes que poseen el mismo vínculo doble, coincidiendo totalmente en él, los hermanos, y otras sólo parcialmente, los medio hermanos, supuesto éste que se denomina *Sippe* cambiante. Todas ellas se viculan entre si por una afinidad o paz específica, la cual se fundamenta en esos matrimonios, pero no se unifican<sup>562</sup>.

El *Munt* es la potestad jurídica atribuida al señor de la casa (*Fro*) sobre todos los integrantes de la casa, incluidos en ella por matrimonio o por aceptación del padre de familia. Éstos son la esposa o *Frouwa*, hijos, hermanas solteras y viudas, criados, extranjeros hospedados, sujetos sometidos a tutela, siervos... Esta potestad no rompe los vínculos de la esposa con su *Sippe* originaria, ya que éste conserva un poder de protección contra posibles arbitrariedades e injusticias del marido<sup>563</sup>.

El *Munt* comprendía en palabras de Pérez-Prendes “poder y efectos de educación, castigo y corrección, incluyendo la muerte; de explotación para el lucro con su trabajo y ganancias, lo que admite la venta; de representación procesal; de responsabilidad por deudas y delitos del hijo, y percepción de las indemnizaciones que se generasen por actos ilícitos de otros contra él...[...] El hijo, a su vez, dispone de

---

<sup>560</sup> La matrilinealidad es la estimación del parentesco por medio de la línea femenina entre los consanguíneos.

<sup>561</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 466

<sup>562</sup> *Ibidem*.

<sup>563</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 515.

los derechos de aprobación, retracto y expectativa respecto de las iniciativas inmobiliarias paternas. El *Munt* se extinguía por entrada en la clientela armada (*Gefolgschaft*), muerte del padre, exclusión jurídico-formal hecha por éste junto con una dotación patrimonial, cualquier forma de abandono de la comunidad doméstica para los varones y por el matrimonio respecto de las hijas<sup>564</sup>.

### 3.1.1.- El matrimonio. La unión sin adquisición o con adquisición de *Munt*.

El matrimonio se concibe por el derecho germano como un vínculo heterosexual que permite la renovación de la *Sippe* mediante la comunidad de vida estable, aunque no indisoluble de los esposos. Generalmente era bilateral, pero podía ser poligámico<sup>565</sup>.

Se consideraba que existían impedimentos para la celebración del matrimonio entre ascendientes y descendientes y la falta de libertad.

El matrimonio puede celebrarse de dos formas distintas<sup>566</sup>:

- La unión en matrimonio sin la adquisición del *Munt* (*Friedelebe*, matrimonio de amor) era concertada bilateralmente por los propios contrayentes, otorgando a la mujer la condición de señora de la casa, implicando una menor circulación de bienes entre ellos. La mujer no era una simple concubina, que pueda ser expulsada por el hombre con o sin motivo. Cierta doctrina opina que no podía haber matrimonio sin traspaso de *Munt*. El catolicismo intentó posteriormente confundir este modelo con la unión con adquisición de *Munt*. Para ello, consideró el *Friedelebe* como una aceleración del matrimonio con *Munt* en dos actos, de modo que el acuerdo bilateral entre los novios que se daba en el *Friedelebe* se consideró como unos esponsales de presente unificados en la actuación como entrega bilateral de los cónyuges y no específicamente de la novia, como ocurre en la *traditio puellae*, de la que hablaremos en el siguiente punto.

---

<sup>564</sup> *Ibid.* p. 531.

<sup>565</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 520.

<sup>566</sup> *Ibid.* p. 521.

- La unión en matrimonio con adquisición de *Munt*, existiendo en este caso dos supuestos:

- Por compra: se concertaba entre las dos *Sippen*, en ocasiones después del asentimiento de la novia, practicado consuetudinariamente, aunque ésta podía ignorar tal situación previamente. La forma más primitiva requería las declaraciones de voluntad de ambas partes de forma voluntaria; la prestación del novio o pago del precio (*Wittum*) y la contraprestación del hasta entonces titular del *Munt*, que consistía en la entrega de la novia. Tácito, en el capítulo 18<sup>567</sup> de *Germaniano* comprendió este mecanismo, denominándolo dote marital (*dos ex marito*) al *Wittum* o precio, confundiéndola con la dote romana. Este error se mantuvo ya que la masa patrimonial entregada a cambio de la novia llegaría a sus manos, al igual que ocurría en el sistema romano.

El *Wittum* que se aplicaba a la compra del cuerpo de la mujer tendió a espiritualizarse entendiéndose como

---

<sup>567</sup> CORNELIO TÁCITO, C., *Op. Cit.* “Y con todo, se guardaban estrechamente entre ellos las leyes del matrimonio, que es lo que, sobre todo, se debe alabar en sus costumbres (costumbres en las dotes). Porque entre los bárbaros casi son los únicos que se contentan con una mujer, excepto algunos de los más principales, y eso no por apetito desordenado, sino que por su mucha nobleza desean todos por los casamientos emparentar con ellos. La mujer no trae dote; el marido se la da. Y los padres y parientes de ella se hallan presentes y aprueban los dones que la ofrece, y no son cosas buscadas para los deleites y regalos femeniles, ni con qué se componga y atavie la novia, sino dos bueyes y un caballo enfrenado con un escudo, una framea y una espada. Con estos dones recibe el marido a la mujer, y ella asimismo presenta al marido algunas armas. Este tiene por el vínculo más estrecho que hay entre ellos y por el sacramento y dioses de sus bodas. Todas las cosas en el principio de sus casamientos están avisando a la mujer: que no piense que ha de estar libre, y no participar de los pensamientos de virtud y valor y sucesos de la guerra, sino que entra por compañera de los trabajos y peligros del marido, y que ha de padecer y atreverse a lo mismo que él en paz o en guerra. Esto significan los dos bueyes en un yugo, y el caballo enjaezado, y las armas que le dan: que de esta manera se ha de vivir y morir, y que recibe lo que ha volver bueno y entero, como se lo dieron, a sus hijos; y que es digno de que lo reciban sus nueras, para que otra vez lo den a sus nietos”.

precio del *Munt* sobre ella. El marido lo entregaría todo o en parte a la mujer para constituir una reserva económica en caso de viudedad.

Esta antigua forma contractual se configuró como un contrato con arras, separándose la declaración de voluntades de la entrega de prestaciones, diferenciándose dos actos diferentes:

1.- Promesas recíprocas públicas y formales para contraer matrimonio (*esponsales*) para el novio, con la entrega de un anillo y moneda en concepto de arra. Este efecto se obtuvo posteriormente con la *Wadiatio* bilateral entre ambos intervinientes, lo que acabó derivando en una ceremonia de intercambio de anillos con valor de *Wadia* entre los prometidos.

2.- Entrega de la novia por parte del titular del *Munt* sobre ella al novio (*traditio puellae*) realizada mediante ritos fijos y solemnes, carrera de la novia o conducción al hogar marital ante testigos rogados.

Este acto concluía con el intercambio de donativos entre las *Sippen* de los contrayentes, que a partir de este acto quedaban unidas en afinidad.

- Por raptó: exige el consentimiento previo de la novia cubriendo la posibilidad de adquirir el *Munt* sobre ella cuando no se tenía el consentimiento de la *Sippe* de ésta, situación que abría el camino a la *Friedelebe* pero no a la entrada de la novia en la potestad del marido. El novio, con su *Sippe*, recibía a la novia de manos de un mediador, interpretándose la pasividad de la *Sippe* de su prometida como su depósito a manos fieles. Posteriormente se verificaba la carrera de la novia, adquiriendo el marido el *Munt*, debiendo pagar a la *Sippe* de la esposa la composición pecuniaria que cerraba la situación de enemistad (*Faida*).

Existía un tercer tipo de matrimonio en el derecho germánico denominado matrimonio morganático o desigual (*Misshairat, Morganaticum*). Éste era aquel que se producía entre un cónyuge que se encontraba integrado en un estamento inferior en el pueblo germano (*Ungenosse*) cuando se pretendía unir en matrimonio a otro que se encontraba en un estamento superior (*Übergenosse*). Su efecto era la adquisición por parte de la esposa del estamento inferior de aquellos bienes muebles recibidos por ella como una parte del precio de la compra que el marido hacía del cuerpo de ella a su grupo familiar y se la entregaban, si era virgen hasta la consumación del matrimonio en la mañana siguiente a la noche de boda (*Morgengabe*). El marido perteneciente al estamento inferior no recibía nada y los hijos *morganáticos* adquirirían una condición estamental más baja de las dos que tuviesen sus padres<sup>568</sup>.

Adán de Bremen en la *Gesta Hammaburgensis Ecclesiae Pontificum*, afirma que “está legalmente establecido que nadie cambie de espacio social por la unión con su cónyuge, sino que el noble que tome esposa noble; el libre, a la libre; el liberto sea casado con la liberta y el siervo con esclava”<sup>569</sup>.

Ninguna manera de matrimonio conlleva un parentesco entre los cónyuges. Se producen aquellos efectos personales de coparticipación y administración patrimonial derivados de la convivencia estable, y en aquellos casos de adquisición de *Munt* por el marido, éste representaba a la esposa fuera de la casa, incluyendo la responsabilidad penal<sup>570</sup>.

Estos derechos están limitados si el marido abusa sobre su esposa, ya que la *Sippe* de ésta puede acudir en su protección. No obstante, el marido puede vender a la esposa en casos de pobreza o

---

<sup>568</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 492.

<sup>569</sup> BREMENSIS, A., ed. G. WAITZ, *Gesta Hammaburgensis Ecclesiae Pontificum*, (Hannover, 1876). Cap. 6. “*Quatuor igitur differentiis gens illa consistit, nobilem scilicet et liberorum, libertorum atque servorum. Et id legibus firmatum, ut nulla pars in copulandis coniugiis propriae sortis terminos transferat; sed nobilis nobilem ducat uxorem et liber liberam, libertus coniungatur libertae et servus ancillae*”.

<sup>570</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 524.

adulterio, castigarla si lo estima procedente o matarla si la sorprende en adulterio flagrante y repudiarla.

La esposa, por su parte, gobierna las tareas e inversiones de la casa (*domus officia*) con el poder de las llaves, teniendo derecho a exigir a su marido jurídicamente que respete la práctica y los efectos de la comunidad de vida con ella, especialmente respecto de las eventuales concubinas<sup>571</sup>.

Por lo que respecta al divorcio, existían las siguientes formas de ruptura del vínculo matrimonial:

- Divorcio unilateral: era aquel supuesto en el que el marido repudiaba a la mujer en casos de adulterio, esterilidad y atentado contra la vida del esposo. La mujer casada no tuvo posibilidad de plantear unilateralmente el divorcio, aunque con el tiempo si se aceptó una cierta iniciativa suya a partir de supuestos de divorcio consensuado.

- Divorcio consensual: se pactaba entre ambos cónyuges en cualquier tiempo.

- Divorcio legal: se producía en aquellos casos de delitos graves, que daban lugar a enemistad entre las *Sippen*.

La muerte elimina el vínculo, siendo posible para el marido contraer segundas nupcias. Sin embargo, para la viuda, existían unos usos sociales que consistían en que aquella debía realizar un acto formal de depositar las llaves sobre el ataúd del marido, entendiéndose que si no lo realizaba permanecía vinculada a él.

El *Munt* posibilita la integración de diferentes bienes mientras dura la comunidad conyugal. La disolución del vínculo conlleva la desintegración de la mencionada comunidad. Se producen tres etapas en todo régimen económico matrimonial<sup>572</sup>.

- La constitución del patrimonio bajo el *Munt* agrupa los bienes maritales y los bienes de la esposa. Los bienes aportados por la

---

<sup>571</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 524

<sup>572</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 525-530.

esposa serían el ajuar o mobiliario personal de la novia (*Gerade, ornamenta muliebría*), el precio pagado por su compra (*Wittum*) del que forman parte el anillo y las arras y la donación de la mañana (*Morgengabe*) que era entregada por el marido al día siguiente de la noche en la que el matrimonio se consumaba como recompensa por la conservación de la virginidad hasta esa noche.

- La propiedad y administración del ajuar corresponde a la esposa. La propiedad del precio y el *Morgengabe* perteneció a la esposa, no obstante su administración pasó por efecto del *Munt* al poder del marido, quien la ejercía con otros bienes de su propiedad que él aportaba a la comunidad matrimonial. Los bienes de la esposa no responden de las deudas maritales, respondiendo, no obstante, de las premaritales de ella y de las contraídas por ella una vez casados con autorización del marido.

A pesar de todo lo descrito en el párrafo anterior, la tendencia será que los bienes muebles de la esposa acabarán por responder de las deudas maritales, disminuyendo su autonomía dispositiva, incluso incorporando el marido a su patrimonio personal las ganancias obtenidas negociando con los bienes de su esposa.

Existen dos sistemas de administración de la comunidad matrimonial:

1.- Sistema de administración común marital o régimen de separación de la titularidad de los bienes: en este sistema los bienes se yuxtaponen para la administración en manos del marido, excepto el ajuar, conservando cada cónyuge la titularidad de sus bienes.

2.- Sistema de comunidad de bienes y ganancias: aquí los bienes de ambos cónyuges se unen en una masa patrimonial única, correspondiendo la propiedad de todos los bienes a la sociedad conyugal.

- La disolución del matrimonio por la muerte de los cónyuges será estudiada en el apartado dedicado a la sucesión en el derecho germano.

### 3.1.2.- Capacidad jurídica / Capacidad de Obrar de la Mujer.

La capacidad jurídica se adquiere por parte de aquellos miembros libres e iguales del pueblo (*Volksgenossen*), consolidándose la misma con la aceptación por parte del grupo familiar. Ésta se produce en aquel supuesto en el que transcurridas nueve noches desde el nacimiento, observando en todo momento los principios de formalismo y publicidad, el padre toma en brazos al niño ante testigos rogados y procura que se le oiga balbucear o llorar ante cada uno de los cuatro puntos cardinales. En el caso de que no realice este ritual se considerará que el menor es abandonado a su suerte<sup>573</sup>.

La capacidad de obrar de un sujeto puede resultar mermada por alguna circunstancia física o social que concurra en él, no resultando influyentes en el derecho germánico a estos efectos ni la religión ni el honor. Las circunstancias físicas que modificaron la capacidad de obrar en un sujeto de derecho germánico fueron la edad, el sexo y la salud<sup>574</sup>.

El menor se encuentra bajo la potestad del cabeza de familia (*Munt*) hasta que los hombres libres reunidos en asamblea general determinan que posee la madurez suficiente para su emancipación<sup>575</sup>.

El sexo modifica la capacidad de obrar, diferenciando la que le corresponde a la mujer de la que le corresponde al varón. Los dos son miembros de la *Sippe* encontrándose en espacios jurídicos que se complementan. La mujer es compañera, consejera, auxiliar... (*Genossin*), diferenciada del hombre. Ella es la señora de la casa (*Frouwa*), correspondiéndole por tanto, la dirección de la vida doméstica (*Schlüsselgewalt*).<sup>576</sup>

---

<sup>573</sup> *Ibid.* p. 487.

<sup>574</sup> *Ibid.* p. 488.

<sup>575</sup> *Ibidem.*

<sup>576</sup> SYME, R., *Tacitus* (Oxford, 1958) en PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 489. El término *Frouwa*, Snorri Sturluson lo deriva de la diosa Freya, que comparte con Odín la recepción de las almas de los guerreros muertos. En la mitología nórdica Thrym, rey de los Jotun (gigantes de la escarcha) robó el martillo de Thor, con el objeto de extorsionar a los dioses para que le entregaran a Freya como esposa.



La mujer no es adecuada para el manejo de las armas, no participando en la guerra como combatiente, pero sí como sujeto que ofrece apoyo material y psicológico para los hombres. Por lo que respecta a la vida pública, la mujer tiene una presencia en asambleas generales, no trascendiendo su intervención hacia el exterior del grupo. A título individual, sus decisiones afectaban a la adquisición y disfrute de los bienes muebles, apareciendo a título de partícipe en las decisiones dentro del grupo familiar al que pertenece para la disposición de los bienes inmuebles, en el que el hombre aparece como sujeto primordial para adquirir, gravar y enajenar aquellos. Si no, en palabras de Pérez-Prendes “el traslado de la *Sippe* paterna a *Sippe* marital que sobreviene como consecuencia del matrimonio de una mujer, habría acarreado la posibilidad de una mengua del patrimonio inmobiliario de la primera”<sup>577</sup>.

### 3.1.3.- La Sucesión en el derecho germano.

En palabras de Pérez-Prendes “la idea esencial que originariamente vertebra el Derecho germánico es subordinar la circulación de los bienes, con ocasión de la muerte de las personas, a la continuidad de su explotación por parte de los grupos de parentesco, cuya subsistencia dependa materialmente del aprovechamiento de ese patrimonio. No se toman inicialmente en cuenta los deseos individuales que pudiese tener en su ánimo el fallecido respecto de tales bienes”<sup>578</sup>.

La existencia en los grupos germanos de una vida colectiva impuso en su derecho originario un uso particular de los conceptos de línea, grado y círculo a efectos de computar el parentesco.

En el Derecho germánico el círculo<sup>579</sup> es el concepto clave, con referencia al cual se usa el grado<sup>580</sup>, ya que en estos pueblos los

---

Heimdall ideó una estrategia disfrazando a Thor con las ropas de Freya para así recuperar el martillo, poniendo especial cuidado en que lleve al cinto sonido de llaves. Snorri señala que en poesía en vez de mujer se escribía guardiana o administradora de bienes muebles.

<sup>577</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 490.

<sup>578</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 533-534.

<sup>579</sup> El círculo es aquella forma de ordenar a los parientes, de tal forma que se agrupan los de línea recta con lo de las colaterales, siempre que pertenezcan al

parientes colaterales tienen mucha importancia. Por la contra, el concepto de línea<sup>581</sup> atiende a la situación de las personas en el tiempo<sup>582</sup>.

La visión de la familia germánica que presenta Tácito en el capítulo 20 de *Germania* señala ese trasfondo de mentalidades.

Para ordenar la sucesión se toma inicialmente a la *Sippe* en cuanto parentela y se distinguen en ella varios círculos concéntricos<sup>583</sup>.

- Círculo estricto o de la casa, *Fathum*. Reúne a las seis manos más vinculadas entre sí de toda la *Sippe* que se considere, marido, hijos, padre, madre, hermano, hermana, y se compara con la cabeza y el cuello de una persona.

- Círculo amplio de toda parentela. Se forma por la yuxtaposición sucesiva de varios círculos de parientes cada vez más alejados del *fathum* ordenando de la siguiente manera:

- Parentela del hombro: forma el primer o segundo círculo parental reuniendo a los abuelos, hermanos de padres, hijos de hermanos y nietos.
- Parentela del codo: forma el segundo o tercer círculo, agrupando a bisabuelos, hermanos de abuelos, hijos de tío, nietos de hermano y bisnietos.

---

mismo grado o generación, medido en referencia a un sujeto base. P. ej. unos primos formarán un círculo parental entre sí. (PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 516).

<sup>580</sup> El grado es la unidad de medida de parentesco en cualquier tipo de línea. Se aplica contando el número de generaciones que se estiman entre dos sujetos emparentados por cualesquiera líneas. (*Ibid.*).

<sup>581</sup> La línea es aquella serie de sujetos que son engendrados sucesivamente unos por otros. Puede ser recta cuando se produce su relación de forma escalonada (padres, hijos) o colateral cuando se toma en consideración un antepasado común (hermanos, que son aquellos que tienen un padre o madre común) (*Ibid.*).

<sup>582</sup> *Ibidem.*

<sup>583</sup> Clasificación establecida por el profesor Pérez-Prendes en PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 517-518.

- Parentela de la muñeca: tercer o cuarto ciclo, formado por tatarabuelos, hermanos de bisabuelos, primos carnales de padres, hijos de primos, bisnietos de hermano y tataranietos.
- Parentela de dedo anular: con su primera falange (cuarto o quinto círculo) incluyendo a hermanos de tatarabuelos, primos carnales de abuelos, hijos de primos de padres, nietos de rimos, tataranietos de hermanos y cuartos nietos. Con la segunda y tercera falange se representan los círculos quinto y sexto y con la uña un séptimo u octavo grupo de parientes que ya no se toman en consideración.

La *Sippe* a lo largo del tiempo fue perdiendo importancia, cediendo la misma frente a la comunidad matrimonial, adquiriendo importancia la línea sobre el círculo, con lo que los descendientes en línea recta prevalecerán sobre los de la colateral<sup>584</sup>.

En el derecho sucesorio germano pueden ocurrir dos supuestos a la hora del fallecimiento de un sujeto.

- Muerte de un sujeto adscrito a una comunidad doméstica: en este supuesto se produce un acrecimiento patrimonial a favor de aquellos miembros del grupo familiar supervivientes. El cónyuge viudo no tiene derecho sucesorio sobre el fallecido, correspondiéndole este derecho a los consanguíneos del muerto. Si el finado es el titular del *Munt*, es sucedido por el consanguíneo más próximo, que por regla general será el hijo mayor. Si muere un hombre el *Heergewäte* (ropa, armas, caballo) o si fallece una mujer el *Gerade* (ajuar esponsalicio) se trasladan con ellos a la tumba, constituyendo una parte del patrimonio al que los muertos (*Totentheil*) tienen derecho para atender su vida después de la muerte.<sup>585</sup>

Con posterioridad esta costumbre se transformará, heredando el *Heergewäte* a aquel que le corresponda entre los hijos. El *Gerade* será para aquella hija de la fallecida designada, siguiendo las reglas de edad o proximidad. La *Genere* sobre los inmuebles corresponde al nuevo

---

<sup>584</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 518.

<sup>585</sup> BREMENSIS, A., *Op.Cit.* Cap. 140.

titular del *Munt*, quien es un varón, resultando así las mujeres excluidas por vía hereditaria de la disposición sobre bienes inmuebles<sup>586</sup>.

- Muerte de un sujeto quien tiene su comunidad doméstica extinguida: el patrimonio revierte a la *Sippe*. Estos derechos se reducirán a una parte importante del patrimonio mueble<sup>587</sup>.

En la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges se pueden dar dos supuestos; que se trate de un supuesto de administración común marital o de un sistema de comunidad de bienes y ganancias.

- Administración común marital<sup>588</sup>:

1.- Disolución por fallecimiento de la mujer: en ciertos lugares (longobardos), el viudo es el único que tiene derecho a los bienes de la fallecida. Si no hay hijos, el ajuar retorna a quién lo constituyó o la pariente de género femenina más cercana. El viudo recupera el precio y la donación matinal. Si hay hijos, el ajuar y el precio pasan a los hijos. El viudo percibe la donación matinal. Los viudos alemanes y bácaros conservan el usufructo vitalicio de todos los bienes de su mujer fallecida.

2.- Disolución por muerte del marido: si no concurren hijos la viuda conserva la propiedad absoluta sobre el ajuar y el *Gewere* sobre el precio y la donación matinal, revirtiéndose estos últimos a los parientes de marido una vez muerta ella. Por el contrario si concurren hijos, la viuda conserva la propiedad absoluta sobre el ajuar, recibiendo los hijos el precio y la donación matinal.

El cónyuge aparece ante el caudal relicto para recuperar las donaciones a quien las generó, a su tronco, en ningún caso se fundamenta en un derecho de sucesión sobre el finado.

Con los años, se acabó entendiendo que el cónyuge viudo poseía un verdadero derecho hereditario sobre los bienes del fallecido.

---

<sup>586</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 534-535.

<sup>587</sup> *Ibidem*.

<sup>588</sup> *Ibid.* pp. 528-529.

En este caso, a excepción del ajuar, se contemplaba la relación de los cónyuges y sus herederos con los bienes matrimoniales, resultando afectados a tales herederos si eran inmuebles y con una disponibilidad más elevada para los cónyuges si eran muebles. Si moría el marido, la esposa retenía el patrimonio, y una vez fallecida ésta accedían a aquél sus herederos en razón de la vinculación derivada de la naturaleza del bien.

- Sistema de comunidad de bienes y ganancias<sup>589</sup>: en un primer momento se constituía una comunidad conyugal de ganancias que constituía bienes inmuebles y muebles adquiridos durante el matrimonio, separándolos atendiendo a su naturaleza. Posteriormente se amplió la comunidad uniendo todo lo aportado con lo adquirido (comunidad universal), dejando la posibilidad a cada cónyuge para señalar patrimonios concretos que serían apartados de la comunidad.

Así las cosas, el patrimonio es administrado por el marido en función del *Munt*. El patrimonio de la mujer está confundido con el de su marido, incluso respondiendo de las deudas de éste, y como el poder de las llaves no era muy elevado económicamente hablando, la mujer sufre un empeoramiento de su papel dentro de la sociedad conyugal.

1.- Disolución del matrimonio por muerte sin hijos: el cónyuge que premuere revierte su patrimonio separado, si lo tiene, en sus parientes. El sobreviviente conserva el suyo si se da el caso. La comunidad de bienes se divide entre el viudo y los herederos del fallecido, correspondiéndoles una proporción de dos tercios a los parientes de la espada y un tercio para los de la rueca. La práctica es que el viudo recibió el usufructo, primero parcial y luego total de los bienes a repartir. Aquí quebró la regla antigua que no otorgaba derechos hereditarios al cónyuge supérstite, sino a los parientes consanguíneos.

2.- Disolución del matrimonio por muerte con hijos: el cónyuge viudo recibe el patrimonio común y, en su caso, el separado que tuviese el fallecido, no dividiéndose los bienes hasta la muerte de

---

<sup>589</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 529-530.

ambos. Cuando fallezca el último cónyuge adjudicará los bienes inmuebles, comunes y separados, entre los herederos que deban concurrir, pero el viudo tenía la posibilidad de disponer libremente de los muebles.

### 3.1.3.1.- La Sucesión voluntaria.

La sucesión voluntaria es un acto unilateral y personalísimo llamado testamento, que se realiza antes de la muerte de una persona para otorgar su patrimonio a quién estime conveniente una vez halla fallecido. Este concepto es ajeno al Derecho germánico<sup>590</sup>.

La institución de heredero en los pueblos germanos nació del principio de religiosidad. Aquel sujeto que fallecía sin herederos tenía que respetar los derechos de reversión a sus parientes, pero podía designar a alguien de confianza para que ejecutase su voluntad respecto de la *Totentheil*. Este nombramiento se realizaba en una sesión de la asamblea general, siendo el elegido aceptado por los titulares del derecho de reversión. El ritual consistía en la entrega de una *Wadia* (lanza) por el causante a un tercero que actuaba como mediador a manos fieles (*Salmann*), considerándose recibido por éste el patrimonio que debía entregar públicamente al adoptado, bien después de la muerte del adoptante, o pasado un año de la misma, según la costumbre de cada pueblo<sup>591</sup>.

La cristianización de estos pueblos supuso un cambio a la hora de establecer los herederos del finado. La Iglesia disponía de una cuota en cada mancomún familiar tan legítima como la cuota y expectativas de los restantes familiares. Al principio, el problema que existía era que la comunidad patrimonial no se podía romper, imposibilitando a la Iglesia el acceso a su parte. Esta ruptura se produjo estableciendo la necesidad de la salvación eterna y negando la absolución y sepultura cristiana a quienes no hubieren entregado a la

---

<sup>590</sup> En la *Germania* de Tácito, 20 se señala que “todavía los hijos son herederos y sucesores de los padres, y no hay entre ellos testamento” (CORNELIO TÁCITO, C., *Op. Cit.*).

<sup>591</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 539.

Iglesia la cuota patrimonial correspondiente, denominándose parte de alma (*Seelteil*) o legítima eclesiástica<sup>592</sup>.

Para concretar esta entrega se acudió a la donación germánica como figura jurídica indicada, ya que ésta, por efecto del principio de reciprocidad, exigía una compensación por parte del donatario. La salvación eterna era la contraprestación, denominándose la misma *donatio pro anima*<sup>593</sup>.

Para romper la regla de la indivisión del patrimonio familiar bajo *Genere* paterna, se estableció una parte libre (*Freiteil*) en relación con el resto de miembros del círculo. Sin embargo, los francos siguieron sometiendo a aprobación (*Beispruchrecht*) de los parientes la decisión de entregar esta donación. La cuantía también era diferente según el pueblo de que se tratara, siendo para los francos un tercio, un quinto para los visigodos y para otros un diezmo.

En la *donatio pro anima* se establecieron dos supuestos<sup>594</sup>:

- Donación con reserva de usufructo (*Donatio reservato usufructo*): La Iglesia recibía juntamente *Genere* y propiedad, mientras el donante retenía una *Genere* para el usufructo de los bienes donados.

- *Donatio post obitum*: El donatario recibía al constituirse sólo una *Genere* expectante, posponiéndose sus efectos hasta después de la muerte del donante.

---

<sup>592</sup> *Ibid.* p. 540.

<sup>593</sup> *Ibidem.*

<sup>594</sup> *Ibid.* p. 541.





## 4.- LA MUJER VISIGÓTICA

### 4.1.- La mujer en la familia visigótica.

En el derecho visigótico *parentes* era la forma de llamar a los padres; *propinqui* y *proximi* serían los parientes en general<sup>595</sup>.

El poder que tenía el padre se denominaba *gubernatio*, *potestas*, *tuitio* y *tutela*, aunque la potestad también es propiedad de la madre.

#### 4.1.1.- El matrimonio.

La celebración del matrimonio fue la típica germánica, en la que, como la mujer nunca es mayor de edad realmente, el padre u otros familiares eran los encargados de concertar un matrimonio.

El matrimonio iba precedido de *esponsales*. No era necesario que éstos tomaran forma escrita y como costumbre se realizaba ante testigos con la entrega de anillo como *arra* confirmatoria. Una vez fueron perfeccionados no podían quebrantarse libremente por una de las partes, ni prolongarse la celebración del matrimonio más allá de dos años, salvo en el caso de que se autorice un nuevo aplazamiento de hasta dos años. La ruptura unilateral de la promesa acarreó penas, llegando incluso a ser considerada la novia como adúltera si faltaba a la fidelidad prometida<sup>596</sup>.

El marido debía aportar la *dote* (*pretium filiae*) para perfeccionar la constitución legítima del matrimonio. La cuantía de la misma fue variable, desde la mitad de los bienes o patrimonio hasta la décima parte. La *dote* era retenida por los padres de la mujer, pasando a ésta una vez fallecían sus padres. Si el matrimonio no tenía hijos podía

---

<sup>595</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 680.

<sup>596</sup> *Ibidem*.

disponer libremente de la dote la mujer, pero si tenían hijos tres cuartas partes de la misma iba parar a sus manos como legítima<sup>597</sup>.

La donación de la mañana o *Morgengabe* del derecho germánico no aparece en el derecho visigótico legal.

El derecho visigótico permitió otras donaciones antes de la celebración del matrimonio. Cabía la posibilidad de dar en donación, a parte de la *dote*, diez siervas y veinte caballos o mil sueldos en vestidos, adornos...<sup>598</sup>.

En el *Liber Iudiciorum* se recoge la obligación de celebrar el matrimonio realizado por voluntad del padre de la novia. Si ésta se casa con otro, tanto ella como su marido son entregados a disposición del novio defraudado, y aquellos parientes que contribuyen a ese matrimonio ilícito multados con I *libra auri* a favor de quien determine el rey<sup>599</sup>. El matrimonio acordado por el padre, con aceptación de la donación marital debe ser cumplido en todo caso.

Existen dos supuestos de matrimonio en el que el padre no otorga su consentimiento<sup>600</sup>:

- Si una hija soltera (*puella*) contrajera matrimonio sin el consentimiento de sus padres, el novio antes de consumarse el

---

<sup>597</sup> *Ibid.* p. 683.

<sup>598</sup> *Ibidem.*

<sup>599</sup> FUERO JUZGO. En latin y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española (Madrid, 1815). LV 3,1,2: “*Si quis puellam cum voluntatem patris sponsatam habuerit, et ipsa puella, contemmens patris, ad alium tendens, patri contradicat ut illi non detur cui a patre fuerit pacta, hoc ita eam nullo modo facere permittimus. Quod si ipsa puella contra voluntatem paternam ad alium quem ipsa cupierat forte pervenerit et ipse eam uxorem habere presumerit, ambo in potestatem eius tradantur qui eam cum voluntatem patris sponsatam habuerat. Et si fratres vel mater eius aut alii parentes male voluntati eius consenserint, ut eam illi traderent quem ipsa sibi contra paternam voluntatem cupierat et hoc ad effectum perduxerint, illi qui hoc macinaverunt libram auri dent cui rex iusserit; six tamen ut voluntas eorum non habeat firmitatem, sed ipsi, sicut superius diximus, ambo tradantur cum omni substantia illi cui antea fuerat disponata. Eandem legem precipimus custodiri si pater de filie nuptiis definierit et de pretio convenerit hac si ab hac vita transierit antequam eam pater suus nuptui tradat ut illi puella tradantur cui patre vel a matre pacta consiterit”.*

<sup>600</sup> D’ORS, A., El Código de Eurico. Edición, Palingenesia (Madrid, 2014), pp. 138-139.

matrimonio tiene que solicitar permiso a los padres de la novia y ofrecer la *donatio* marital. Si no es aceptado la novia debe permanecer con sus padres. Por el contrario, si el matrimonio se consumó es perfectamente válido, privando únicamente a la mujer de los derechos hereditarios que poseía respecto de sus padres. Éstos, por su parte, pueden hacerle donaciones, lo que significa que sigue siendo capaz de heredar de ellos por testamento<sup>601</sup>.

- Aquella hija soltera que contrae matrimonio por iniciativa propia, forzando un consentimiento de sus padres con posterioridad, al haber recibido la *donatio maritalis*. La unión, que en un principio era ilícita, se convirtió en matrimonio, perdiendo la hija todos los derechos de sucesión *ab intestato* respecto a sus padres<sup>602</sup>..

Los parientes más cercanos son los capacitados para dar el consentimiento de hijas e hijos menores en ausencia de sus padres por haber muerto éstos<sup>603</sup>.

Por el contrario, la mujer podía reclamar el amparo judicial en aquel supuesto en el que sus hermanos le niegan arbitrariamente el

---

<sup>601</sup> LV 3,2,8: “*Si puella ingenua ad quemlibet ingenuum venerit in ea condicione ut eum sibi maritum adquirat, prius cum puelle parentibus conloquatur; et si obtinuerit, ut eam uxorem habere possit, pretium dotis parentibus eius, ut iustum est, impleatur. Si vero hoc non potuerit obtinere, puella in parentum potestate consistat. Quod si absque cognitione et consensu parentum eadem puella sponte fuerit viro coniuncta, et eam parentes in gratia recipere noluerint, mulier cum fratribus suis in facultate parentum non succedat, pro eo quod sine voluntate parentum traserit prior ad maritum. Nam de rebus suis si aliquid ei parentes donare voluerint, habeant potestatem. Ipsa quoque de donatis et profligatis rebus faciendi quod voluerit libertatem habebit*”.

<sup>602</sup> LV 3,4,7: “*Si puella ingenua sive vidua ad domum alienam adulterii perpetracione conuenerit, et ipsam ille uxorem habere voluerit, et parentes ut se habeant adquiescant, ille pretium det parentibus quantum parentes puelle vellint vel quantum ei cum ipsa muliere conuenire potuerit. Mulier vero de parentum rebus nullam inter fratres suos nisi parentes voluerint habeat portionem*”.

<sup>603</sup> LV 3,1,7: “*Patre mortuo utrisque sexus filiorum coniunctio in matris potestate consistat; matre vero mortua, aut si ad alias nuptias forte traserit, fratres eligant cui dignius puer vel puella iungatur. Quod si fratres eius etatis non fuerint ut eorum iudicio debeat germanus aut germana committi, tunc patruus de coniunctione eorum habeat potestatem. Certe, si germanus iam adulescentie habet etatem et proximorum renuit sollicitudinem, sit illi potestas condignam sibi coniunctionis querere copulam. De puella vero, si ad petitionem ipsius his qui natalibus eius videtur equalis acceperit petitor, tunc patruus sive fratres cum proximis parentibus conloquantur si velit suscipere petiorem ut aut communi voluntate iungantur aut omnium iudicio denegatur*”.

permiso matrimonial<sup>604</sup>. Para D'Ors si la hermana huérfana no escucha el consejo de sus hermanos casándose en contra de su voluntad (*ad maritum confugiens*), el matrimonio sería válido, pero ella pierde la herencia de la madre y del padre, aunque sigue conservando el derecho a heredar de sus hermanos o parientes. Los hermanos tienen la facultad de negar su consentimiento con el objeto de lucrarse con la sanción patrimonial con la que es sancionada su hermana. Por ello la ley ofrece la posibilidad de que aquella mujer a la que sus hermanos le negaran el matrimonio tres veces, pueda contraer nupcias con un sujeto de su estatus (*natalibus suis equalis*)<sup>605</sup>.

Una vez que han contraído ambos cónyuges matrimonio, la situación de la mujer en concreto fue peor que la del varón en el supuesto de la fidelidad en el cumplimiento de las obligaciones que dimanaban de ese contrato<sup>606</sup>, aunque la influencia ejercida por el cristianismo tendió a la equiparación de ambos sexos<sup>607</sup>.

---

<sup>604</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M. (2004) *Op. Cit.*, p. 657.

<sup>605</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 134.

<sup>606</sup> LV 3,4,2 ; 3,4,9 : “*Si inter sponsum et sponsae parentes, aut cum ipsa fositan muliere, quae in suo consistit arbitrio, dato pretio, et sicut consuetudo est, ante testes factio placito de futuro coniugio, aut cum parentibus eius, quibus lex potestatem tribuit, facta fuerit definitio, et postea puella vel mulier adulterium commisisse detegitur, aut fortasse alteri viro se dispondisse, vel in coniugio sociasse probatur, una cum adultero, sive iniusto marito, vel sponso incitato, quem sibi contra priorem definitionem sociare praesumpsit, in potestate prioris tradantur sponsi cum rebus suis omnibus servituri; si tamen filios de priori coniugio adulter ille vel transgresor, seu mulier ipsa non habuerit. Quod si filios legitimos habere probantur, tunc omnes res ad eosdem filios pertinebunt. Ipsi tamen, id est, tam mulier ipsa scelerata, quam etiam vir ille, qui eam adulterasse, aut dispondise, vel in coniugio sibi sociasse dinoscitur, in potestate illius, cui primum praedicta mulier pactita fuerat, servituri tradantur*” ; “*Si qua mulier ingenua marito alicuius adulterio se sociaverit, et hoc manifestis iudiciis convicta patuerit, addicatur uxori cuius marito se miscuit, ut in ipsius potestate vindicta consistat*”.

<sup>607</sup> LV 3,6,2 ; 3,6,3 : “*Si alienam coniugem violare, res sine crimine non est, quanto magis illam contemnere, quam sponte sua unusquisque possidendam sortitus est? Quia ergo plerosque tam praecipites habet, vel rerum ambitio, vel effraenata libido, ut quadam fraude, coniugibus suis spretris, alias videantur uxores adpetere, constitutionis huius est perenniter forma servanda, ut nullas virorum, excepta manifesta fornicationis causa, uxorem suam aliquando relinquat, et neque per testem, neque per scripturam, seu sub quocumque argumento facere divortium inter se et suam coniugem audeat. Sed si adulteram maritus dixerit fortasse redarguendam, iuxta legem aliam, eius publice scelere comprobato, a iudice sibi traditam, faciendi de ea quod voluerit, si illi potestas. Certe si conversionis ad Deum voluntas extiterit, communem ad consensum viri scilicet et mulieris sacerdos evidenter agnoscat, ut nulla postmodum cuilibet eorum ad coniugalem aliam copulam*”.

Un caso especial es el de la *liberta*, que haciendo caso omiso de la *trina denuntiatio* del amo de su contubernal, convive con éste casada o extramatrimonialmente, aquella mujer pasa a ser sierva de su contubernal<sup>608</sup>. Aunque permanezca libre por falta de amonestación formal, los hijos son siervos del amo del padre.

D'Ors, afirma que en el caso de la mujer *ingenua* “cae en servidumbre del amo de su contubernal tan sólo cuando la familia de la mujer perdona a la misma. El procedimiento se ha hecho oficial: el juez debe separar a los contubernales y castigar a ambos con 100 azotes, castigo corporal que puede repetirse hasta tres veces cuando aquellos contubernales se obstinan en la perseverancia, pero con esto

---

*revertendi excusatio intercedat. Quod si aliter quisque uxorem suam spernens, quacumque calliditate scripturam ab ea sibi, suisque voluntatibus profuturam exegerit, non solum tale vinculum, quandoque repertum, nihil omnino firmitatis habebit; sed eadem mulier tam facultatem suam, quam dotem etiam, quam praedictum est ab ipso viro acceptam, sibi in omnibus vindicabit. Et si quid aliud facultatis eiusdem pessimi viri fuerit, cunctis eorum filiis ad integrum pertinebit: Quod si aut comunes filii, aut eiusdem viri ex praecedenti coniugio non fuerint, universam viri facultatem mulier, quae per nequitiam illius a coniugio resoluta est, incunctanter poterit obtinere, et hanc causationem, si mulierem constiterit fortasse defunctam, eius filii in cuiuscumque voluerint proponendi iudicio licentiam habituri sunt, ut reperto tali crimine, vir utique huius sceleris istius legis multetur sententia. Et omnibus filiis, seu ex eodem pari coniugio, sive ex praecedenti ipsius viri, ut diximus, procreatis, aequaliter facultas eius obtinenda patescat. Certe si nec comunes filii, nec ex priori digno coniugio geniti supprestes extiterint, et ea forsitam mulier, quae relicta est, ex priori digno coniugio filios videatur habere; ipsis proculdubio licitum erit maternam vocem adserere, ut eorum instantia quum fuerit, iuxta praesentem legem, scelerati persona damnata, facultatem eius indubitanter obtineant. [...] ; Aequali placet transgressum damnatione multari, quod inlaesum aequali constabat dignitate manere. Igitur iuxta praesentem superiorem legem, et de viris et de mulieribus sponsatis, tam in personis, quam in rebus forma servanda est, qui post arrarum traditionem, aut factam secundum leges definitionis sponsionem coniugale foedus contemnentes, aliis se personis in coniugium copulaverint, seu sine parti consensus, aut aegritudinis fortasse manifesto periculo ad religionis propositum calliditate magis, quam devotione conversationis adspirare praesumpserint, superiori lege coercendi sunt in omnibus”.*

<sup>608</sup> LV 3,2,4: “*Si liberta mulier servo alieno se coniunxerit aut in matrimonio sociaverit contestetur ei tertio dominus servi presentibus tribus testibus ut ab hac coniunctione discedat, et post trinam conventionem, si se separare noluerit, sit ancilla domino eius cuius servo se coniunxit. Si vero non contestata fuerit, antequam filii nascantur, illa in libertate permaneat agnatio autem servi domino deputetur, qui liberi esse non possunt qui ex tali conditione nascuntur. Similis et de manumissis viris qui se cum ancillis alienis miscuerunt huius legis forma servetur. Nam si cum domini voluntate et permissione servo alieno manumissicia se forte coniunxerit et cum ipso domino servi placitum fecerit, omnino placitum ipsius iubemus stare”.*

de particular: que la mujer, a la tercera vez, es entregada a su parentela y sus bienes entregados a sus legítimos sucesores<sup>609</sup>.

El matrimonio no podía celebrarse si existía un parentesco hasta el sexto grado entre ambos cónyuges, en ocasiones dispensable por el rey; si existía voto de castidad, orden sacerdotal en el varón y raptó o estupro en la mujer. Como señala Pérez-Prendes también existen otro tipo de impedimentos “surgidos de diferencias de clase social, y legalmente no podían, hasta Leovigildo, contraer matrimonio los visigodos con los hispanorromanos. El Código Teodosiano o quizá una disposición euriciana perdida, habría sido la *priscal ex* prohibitiva de esos matrimonios que Leovigildo deroga”. Podían, sin embargo, casarse dos cónyuges pertenecientes a distintas clases sociales si eran libres<sup>610</sup>.

En el derecho visigótico se admitió el divorcio como forma de disolver el matrimonio, aunque en ningún caso el repudio de la mujer. Se disolvía el matrimonio cuando ambos cónyuges, o uno con consentimiento del otro, pasaba a formar parte de la Iglesia. La sodomía del marido y la prostitución de la mujer por el marido contra la voluntad de aquélla fueron causas de anulación del matrimonio<sup>611</sup>.

#### **4.1.2.- Capacidad jurídica / Capacidad de Obrar de la Mujer.**

No todas las personas que conformaban los pueblos visigóticos eran sujetos de derecho, es decir, tuvieron capacidad jurídica, ni todos los que la tuvieron pudieron actuar válidamente en igualdad de condiciones, es decir, tuvieron capacidad de obrar<sup>612</sup>.

La base de la personalidad jurídica fue el nacimiento. En el derecho visigótico anterior, además de que el feto naciera con vida, debía producirse una admisión por el padre. Chindasvinto y Recesvinto exigieron como requisitos para la transmisión de los

---

<sup>609</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 136.

<sup>610</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M. (2004) *Op. Cit.*, p. 681.

<sup>611</sup> *Ibidem*.

<sup>612</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M. (2004) *Op. Cit.*, p. 654.

derechos hereditarios por parte del padre, que el recién nacido viviera diez días y fuese bautizado<sup>613</sup>.

La pubertad y la mayoría de edad se adquirirán antes que en la tradición romana, perfeccionándose la misma a los veinticinco años. Entre los visigodos que habitaban la península, los catorce o los quince años cumplidos fueron una edad clave<sup>614</sup>.

---

<sup>613</sup> LV 4,2,18: *“Qualiter hereditatem parvulis parentes adsequi possunt. Patre defuncto, si filius filiare decem sive amplius, vel infra diebus vivens, et baptizatus ad hac vita discesserit, quiddam ei de facultate patris competere poterat, mater sibi debeat vindicare. Itemque, matre defuncta, non aliter defuncti filii portionem pater obtineat, nisi natum filium, filiamve decem diebus, sive amplius vel infra vixisse et fuisse baptizatum edoceat. Ita ut pater aut mater, quibus ista successio competit, si filios non reliquerint, integram et intemeratam eandem luctuosam haereditatem dividendam omnibus nepotibus derelinquant. Nec meliorandi quemcumque nepotum amplius quam de tertia parte huius rei habeant potestatem. Nm si ecclesiis vel libertis, seu cuilibet largiri de eadem facultate voluerint, de quinta tantum parte, secundum superiorem legem, potestatem habebunt [...]”*.

LV 4,2,17: *“De parvulo qualiter haereditatem capere possit. Interdum rem dubiam, nisi rationacionis disceptatio deducat in lucem, frequenter hanc ambiguitas praecipitat in errorem. [...] Vt ergo et proximis parentibus ad successionem huius aditus reseretur, et ipsa defuncti vita comprobetur, si vere sit clara vita, atque hanc ipsam licet parvi temporis vitam comitetur eternae participatione vitae, non aliter in utroque sexu haereditatem capiat qui nascetur, nisi post natiuitatis ortum, et sacri baptismatis gratiam consequatur, et decem dierum spatium vixisse probetur, ut successoris patris vel matris persona, quae per hunc parvulum terrena cupit haereditatis adquire commode, ante morituro eternae mansionis praeparet vitam, et ita demum adsequitur vivens cum rebus labentibus terram [...]”*.

<sup>614</sup> LV 4,3,1 ; 2,4,12 ; 4,3,4: *“Quod utroque relicto parente pupillus vocetur. Discretio pietatis est sic consultum ferre minoribus, ut iustae possessionis dominum sustinere damna non patiamur. Ob hoc licet hactenus, a patre tantum relicti filii parvuli, pupilli nuncuparentur: tamen quia non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter impendere, ideo ab utroque parente, hoc est, patre vel matre infra quindecim annos filios post mortem relictos, pupillos per hac legem decernimus nuncupandos”; “Vt contra extraneos parentela, et propinquitas testimonium minime dicant. Fratres, sorores, uterine, patrum, amita, avunculi, materterae, sive eorum filii, item nepos, neptis consubrini, vel amitini in iudicium adversus extraneos testimonium dicere non admittantur; nisi forsitan parentes eiusdem cognationis inter se litem habuerint, aut in causa de qua agitur, aliam omnino ingenuitatem deesse constiterit”; “Ne tutores ab eis quos in tuitione habent quascumque scripturas extorquere praesumant. Dum minorum aetas in annis pupillaribus constituta nec se, nec bona sua regere possit, bene legitus est decretum eos, et sub tutoribus esse, et in eorum negotiis quod statute anni debeant computari. Quia vero quidam tutores aut suasionem, aut indignationem circumveniunt quos gratis tueri debuerant, et de rebus reddendae rationis securitates accipiunt, vel certe diversarum obligationum scripturas ab illis exigendas insistunt, quo extinctis vocibus eorum, quae illis competunt, numquam inquirere, vel recipere permittantur. Adeo ut melioris mercedis partem nostra clementia consequatur, dum competentem curam eisdem*

La edad que se considera el comienzo de algunas capacidades de obrar es de diez años cumplidos, quedando capacitados al cumplir esa edad, tanto los niños como las niñas, para hacer testamento en peligro de muerte. Si se recuperan de ese peligro, el testamento carece de todo valor. Es el inicio también de la capacidad penal en algunos delitos y pone fin a la obligación de pago por alimentos a aquel que se encargue de cuidar al menor<sup>615</sup>.

La edad de doce años carece de interés de estudio<sup>616</sup>.

---

*minoribus inrogare perpenditur; haec custodienda modis omnibus conditio ordinatur, ut sive in minori aetate, seu etiam quamvis quartum decimum aetatis annum videantur pupilli transpire, tamen si tutores adhuc, vel ipsos, vel eorum res in sua potestate noscuntur habere quaecumque scripturam securitatis, aut alicuius obligationis atque transactionis, ipsi tutoribus, vel cuicumque personae per factionem tutorum fecisse reperiantur, omnia invalida, et exinanita penitus reputentur. [...]*"

<sup>615</sup> LV 12,3,11 ; 4,4,3: "Ne iudaei libros illos legere audeant, quos christiana fides repudiate. Illis commodore lectionibus sensum, quibus fas non est praebere assensum, impietatis est potius quam pietatis iudicium. Et ideo, si quis iudaeorum libros legerit illos, vel doctrinas attenderit, sine abditis in domo sua celaverint, in quibus male contra fidem Christi sentitur, C. flagellis publice verberetur aut decalvetur. Qui tamen cautionis vinculo alligabitur, ne unquam talium librorum doctrinas apud se habere praesumat, aut attendere audeat, vel in studiis meditandi assumat. Iam de caetero, si post emissum placitum quodcumque tale repetere temptaverit, C. flagellis subiaceat decalvatus, et sub perpetua exsilii conteratur aerumna: ut quia iam secundo visus est erroris sui iterasse vestigia, perenniter eius rescula eis deserviat, quibus principali collation fuerit concessa. Haec et his similia percipiant, qui quamlibet infantiam edocere praesumpserint talia, et ut doctor ipse iniquitatis in prima transgressione deprehensus C. flagellis subiaceat decalvatus. Placiti quoque sui polliceatur cautione se talia ulterius neminem edocere. Quod si primae huius sponsionis suae maculare fidem praesumpserit, et ad ea quae abiecerat repedare conaverit, omni eius facultate in principis potestate redacta, C. ipse verberibus addicetur, ac decalvatus perpetuo erit exsilio religandus. Infantes tamen ipsi, vel pueri a tantis supradictis damnis erunt alieni, si ipsam perfidiae doctrinam infra X. aetatis suae annos positi meditasse fuerint visi. Caeterum si post X annos quisquis talia attendit, vel meditari vetita praesumpserit, superioris insitutionis damna vel verbera adnotatus sustineat"; "Qui a parentibus infantulum acceperit nutriendum, quantum mercedis pro nutritione accipiat praemium. Si quis a parentibus infantulum acceperit nutriendum, usque ad decem annos, per singulos annos, singulos solidos pretii pro nutrito infante percipiat. Si vero decimum annum aetatis excesserit, nihil postea mercedis addatur: quia ipse, qui nutritus est, mercedem suam suo potest iam compensare servitio. Quod si hanc summam, qui repetit infantem, dare noluerit, mancipium in nutrientis potestate permaneat".

<sup>616</sup> LV 10,1,17: "De mancipiorum agnationibus dividendis, atque eorum peculii partiendis et decernendis. Providentissimi iustique iuris est, ut formam inveteratae censurae, quae ab aequitatis ratione dissentit, novellis etiam sanctionibus emendemus; nec immerito prius nascendi causas nos expedit arbitrary, et ita demum legem ponere nascituris. Si enim filius ab utroque parente gignitur



Con la edad de catorce años se adquiere la capacidad para poder ser testigo, prestar juramento, hacer testamento y disponer *inter vivos* de sus bienes; también adquiere capacidad procesal<sup>617</sup>.

---

*et creatur, cui idem ad conditionem tantum pertineat genitricis, qui sine patre nullatenus potuit procreari? Hac rationabiliter naturae lege compellimur agnationem ancillae, quae servo alieno coniuncta peperit, inter utrosque dominos aequaliter dividendam. Quod si unus tantum filius ab eisdem parentibus fuerit procreatus, quoniam ambobus dominis modo placito non poterit deservire, idem filius apud matrem usque ad aetatis annum duodecimum educetur, donec aetas eius in exercendis laboribus ferre servitium pubertatis incipiat. Post haec autem dominus ancillae domino servi cui haec ancilla coniuncta est, pretium ex medietate persolvat, quantum idem filius a bonis hominibus valere fuerit aestimatus. Similis forma servetur et de caeteris filiis qui impair numero fuerint procreati”.*

<sup>617</sup> LV 2,5,11: *“Qualiter confici vel firmari conveniat ultimas hominum voluntates. Morientium extrema voluntas, sive sit auctoris, et testium manu subscripta, sive utrarumque partium signis aut subscriptionibus extiterit roborata, seu etiam etsi auctor subscriber, vel signum facere non praevaleat, alium tamem cum legitimis testibus subscriptorem vel signatorem ordinationis suae instituat; sive quoque si tantummodo verbis coram probatione ordinationis eius, qui moritur, patuerit promulgate: ordinationum quatuor genera omni perenniter valore subsistant. Id tantum magnopere procurandum est, ut scripturae illae, quae secundum primi et secundi ordinis confectionem sunt alligatae, id est, sive quae auctoris et testium manu subscriptae, seu utrarumque partium signis extiterint roboratae, infra sex menses iuxta legem aliam sacerdote pateant publicandae. Et si forsitan contigerit, ut in huiusmodi scripturis auctor, qui subscribere debuit, signum impressit, hoc ipsum testis, qui in eadem scriptura subscriptor accessit, iurare curabit, quia signum ipsum a conditore factum extiterit. Illae vero scripturae, quae sub tertii ordinis alligatione sunt editae, id est, in quibus advocates a conditore legitimus testis subscripsit, tunc omni habebuntur stabiles firmitate, quando infra sex menses, et ille qui in eadem scriptura ad vicem morientis subscriptor accessit, et reliqui testes, qui ab eo rogati sunt, coram iudice conditionibus factis iuraverint, quod in eadem scriptura a se subscripta nulla sit fraus impressa, sed secundum voluntatem ipsius conditoris habeatur conscripta, et quod ab eo qui eam condere voluit rogati extitissent, ut in eadem scriptura subscriptores accederent, et ad vicem conditoris eam legitime roborarent. Illa vero voluntas defuncti, quae iuxta quarti ordinis modum verbis tantummodo coram probatione promulgata patuerit, quae instante quocumque periculo conscribere nequiverit, et tamen ab eo qui moritur iussa fuerit alligari, tunc robur plenissimum obtinebit, si testes ipsi, qui hoc audierint, et rogati a conditore extiterint, infra sex mensium spatium, hoc quod iniunctum habuerint, sua coram iudice iuratione confirmant, eiusdemque iuramenti conditionem tam suam, quam testium manu corroborant. Dumque haec res plenum venerit in effectum, pro instantia sui laboris idem testis ex defuncti bonis tricesimae pretium portionis prosequatur, in solis tantummodo numis, chartarum instrumentis, et librorum voluminibus sequestrates, quae pertinebunt ad haereditatem integritate successionis. Qui testes infra sex menses procurant illi denunciare, in cuius nomine per talem ordinationem res translata dinoscitur extitisse. Quod si omne legis huius decretum testes illi quibus commissum est infra constitutum tempus distulerint adimplere, noverint se falsariorum damno multari. Excepto si se aliorum fraude vel calliditate, seu etiam regia iussione, qua id infra sex menses explore nequiverint, impeditos se esse probaverint”.*

A los veinte años de edad o *aetas perfecta*<sup>618</sup> se adquieren ciertas capacidades jurídicas.

Por ejemplo, “toda persona libre mayor de veinte años que permitió que le vendiesen y repartió el precio con el vendedor, para engañar al comprador, no sea después oído en absoluto si reclama su libertad, sino permanezca en la servidumbre que él mismo quiso; porque no es digno de ser libre quien voluntariamente se sometió a servidumbre”<sup>619</sup>.

Otro ejemplo sería el recogido en el capítulo 320, punto cuatro del Código de Eurico que dice que “el padre, al cumplir, tanto el hijo como la hija, los veinte años, restitúyales la mitad de lo que les tocó a cada uno de los bienes maternos, aunque no se hubieran casado; y quédese con la otra mitad mientras viva, para, a su muerte, dejarla a los hijos”<sup>620</sup>. Este supuesto se produce en el caso de que fallezca la madre y los hijos queden a cargo de su padre.

Las edades sucesivas producen también varios efectos jurídicos, disminuyendo la protección del derecho o liberando de algunas obligaciones<sup>621</sup>.

---

<sup>618</sup> LV 4,2,13: “*Vt post mortem matris filii in patris potestate consistent, et quid de rebus filiorum agree conveniat patrem.*”

<sup>619</sup> D’ORS, A., *Op. Cit.*, p. 31. Cap. 300: “*Quicumque ingenuus post annum vicissimum se vindi permiserit et praetium cum venditore partitus est ut circumveniret emptorem, proclamans postea nullatenus audiatur, sed ea qua voluit servitute permaneat; quoniam non est dingus ut liber sit qui se volens subdidit servituti.*”

<sup>620</sup> D’ORS, A., *Op. Cit.*, p. 39. Cap. 321: “*Pater autem tam filio quam filiae, cum XX annos aetatis impleverit, mediam ex eadem quam unumquemque contigit de rebus maternis restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati; medietatem vero dum advixerit pater sibi vindicet filiis post obitum relinquendam.*”

<sup>621</sup> LV 8,4,16 ; 2,4,5: “*Si vitiosum animal, quum apud dominum est, cuiuscumque aetatis occidisse hominem videatur. [...] Annos habens ingenuus XX, CCC solidi componantur, et ab hoc usque ad eum qui annos L habuerit, unam compositionem inbemus stare. A L annis usque ad illum qui habet LXV, CC solidi componantur. Qui XV annos habuerit, CL solidi componantur. Si infra XIV annos habuerit, CXL solidi componantur. Si infra XIII annos habuerit, CXXX solidi componantur. Si infra XII, CXX solidi dentur. Si infra XI, CX. Si infra X, C. Si vero novem, aut octo, vel septem, LXL solidi componantur. Et si sex, vel quinque, aut quatuor annorum fuerit, LXXX solidi componantur. Si certe trium vel duorum annorum fuerit, LXX solidi componantur. Nam si unius anni fuerit, LX solidi componantur. Et si filiam alicuius aut uxorem ingulaverit, a XV anno usque ad XL. CCL solidi componantur, et a XL*

El derecho visigótico exige para una plena capacidad jurídica la posesión de *honor ciudadano*. Si éste se perdía como consecuencia de varias circunstancias como el falso testimonio, el perjurio, el ejercicio de determinadas profesiones..., incurre en *infamia*, limitando por tanto, la capacidad de ese sujeto. Suponían infamia algunos delitos contra las personas como homicidio, rapto, calumnia, injuria a padres o abuelos; contra el patrimonio como el robo; o las costumbres como la hechicería; contra el Estado, tales como la deslealtad y la desertión militar<sup>622</sup>.

Los efectos que acarreaban la *infamia* son: quedar sometido a prueba procesar por medio de ordalía en lugar de por juramento en un pleito<sup>623</sup>; no poder ser convocado a la asamblea judicial; estar

---

*usque ad sexagesimum, CC solidi componantur. Quod si superior annorum numeros fuerit, C solidi componantur. A quinto decimo vero anno, aut inferius, sicut et de pueris est constitutum, medietatem compositionis eius secundum aetatem vel sexus ordinem reddere compellatur*". "Ne testis per epistolam testimonium reddat, et qualiter iniungi testimonium. Testes non per epistolam testimonium dicant, sed praesentes, quam noverunt, non taceant veritatem. Nec de aliis negotiis testimonium dicant, nisi de his tantummodo, quae sub praesentia eorum acta esse noscuntur. Certe si iidem testes, aut parentes, vel amici, sive aetate decrepiti, vel infirmitate gravati, aut in aliena et longinqua provincia constituti de re, quae ipsis est cognita, testimonium aliquibus iniungendum putaverint; et si non sint omnes de uno territorio, qui testimonium dicendum committunt, in eo tamen territorio, ubi ille commanet qui plus ex illis videtur idoneus, congregentur, et ante eiusdem territorii iudicem, vel coram his, quos iudex elegerit, et mandatum faciant idoneis ingenuis, quibus voluerint, et de quo illis est cognitum ad personam suam per conditionum seriem iurare procurent, qualiter quibus testificandi vicisitudo committitur, id indubitanter, ubi necesse fuerit, suo sacramento confirmant, quod iurare mandatores suos iustissime et evidentissime per semetipsos audierint: aliter autem mandatum de talibus negotiis editum, apud omnes iudice semper erit invalitum".

<sup>622</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 660.

<sup>623</sup> LV 6,1,3: "Pro quibus rebus, et qualiter servi, vel anci lae torquendi sunt in capite dominorum suorum. Servus, seu ancilla in capite domini vel dominae non propter aliud torqueantur, nisi tantum in crimine adulterii, aut si contra regnum, gentem, vel patriam aliquid dictum, vel dispositum fuerit, seu falsam monetam quisque confinxerit, aut etiam si causam homicidii, vel maleficii quaerendam esse constiterit. Ita ut servi, vel ancillae pro talibus criminibus torti, si conscii, et occultatores sceleris dominorum reperiuntur, pariter cum dominis puniantur, secundum quod voluntas Principis extiterit. Certe si sua sponte indices veritatis extiterint, sufficiat eis quod pro veritatis indagine quaestioni subditi tormenta pertulerint, a mortis tamen periculo habeantur immunes. Servus autem, vel ancilla in tormentis positi, et de se interrogati, si etiam de dominis sint confessi, et fuerit culpa mortalis, ac declaratis signis potuerit adprobari, eadem damnationis censura multentur, qua eorum domini fuerint condemnati".

inhabilitado como juez, representante, querellante o demandante; además de quedar desheredado<sup>624</sup>.

#### 4.1.3.- La Sucesión en el derecho visigótico. Especial referencia al Código de Eurico<sup>625</sup>.

El derecho de sucesiones en el derecho visigótico supone una concurrencia de los sistemas sucesorios romano y germánico.

Las instituciones que existían en el derecho visigótico para expresar sus últimas voluntades un ciudadano son los testamentos y las donaciones. Los legados, codicilos y fideicomisos no fueron contemplados por la legislación visigótica. En la práctica se distribuían los bienes en vida y sólo se realizaba donación para la cuota libre, es decir, para la quinta parte del caudal relicto. Si faltaba testamento o donación se daba paso a la sucesión legal o intestada<sup>626</sup>.

Por lo que respecta a la sucesión testada, el testamento tenía que ser de forma escrita, firmado de puño y letra por el testador y los testigos, o un testigo más si no sabía firmar. Había varios tipos de testamentos, tanto comunes como especiales, exigiéndose la edad de catorce años para poder testar, diez en el caso de que concurra algún tipo de enfermedad en el testador, sin distinción de sexo, tanto niños como niñas<sup>627</sup>. Los tipos de testamento<sup>628</sup> son:

- Testamento ológrafo<sup>629</sup> era confirmado con posterioridad por el juez, obispo y otros testigos dentro de un determinado plazo.

---

<sup>624</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 660.

<sup>625</sup> Eurico (466-484) puede ser considerado el primer rey visigodo, ya que hasta su reinado existía una dependencia respecto de los últimos emperadores romanos, rompiendo estos vínculos Eurico en el año 476. El Código de Eurico fue expedido por aquel rey en el año 475. Este Código se refería solamente a visigodos y no a hispanorromanos (LEDESMA URIBE, J. d. J., *Op. Cit.*, p. 347).

<sup>626</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 684-685.

<sup>627</sup> LV 2,5,11.

<sup>628</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 685.

<sup>629</sup> LV 2,5,16. *“De contropartione scripturarum, et earum poena solvenda. Sicut ubi convenit miseranter occurrere salutarla remedia non negamus, ita ubi contentio irrationabilis exoritur, censuram ponere iuste debemus. Proinde cum de quibuslibet scripturis parentum, quas tamen iustissime ac legitime, et de rebus sibi debitis patuerit esse conscriptas, fuerit exorta contentio, si ille,*

- El testamento militar y del viajero<sup>630</sup>.

-Testamento oral<sup>631</sup> se realizaba ante testigos en caso de algún peligro. El testamento autorizado se otorgaría en los supuestos de

---

*cui scriptura profertur, nescire se dixerit ipsius scripturae veritatem, mox prolator ille iurare cogatur nihil fraudis, nihil laesionis in ea quandoque aut a se factum esse, aut ab alio quocumque factum, omnimodo cognovisse vel nosse, sed ita manere sicut auctor eius eam voluit, vel ordinare, vel roborare. Deinde ille, qui hanc renuit accipere, cogatur iurare se hanc scripturam veram esse nescire, nullaque evidente cognitione sapere, seu ab auctore suo legitime ac legaliter confectam existere, neque subscriptionem vel signum auctoris veridice factum cognoscere. Post haec quaerenda sunt ab utrisque partibus in scriniis domesticis instrumenta chartarum, ut contropatis aliarum scripturarum subscriptionibus atque signis possit agnosci, utrum habeatur idonea, an res probetur indigna. Iam tunc si in domesticis scriniis scripturae auctoris repertae non fuerint, ad quarum similitudinem scriptura prolata firmetur, ita demum ille, qui scripturam profert, ubicumque potuerit, alias scripturas auctoris procuret inquirere, per quarum similitudinem scripturam, quam profert, veram esse confirmet. Sicque per talem convenientiam latent veritate reperta, nec ille qui scripturam profert in convincendo eam esse idoneam ex longinquo testes advocans, damna sustineat; nec ille qui hanc contemnit recipere, poenam scripturae cogatur implere. Quibus ita actis, si ille qui scripturam indignam esse contendit, non pro veritatis cognitione, sed pro sola commotione partis adversae ad convincendam dignitatem scripturae, et in adducendis testibus, et in sustinendis dispendiis laborare adversantem fecerit, tunc ipse qui scripturam profert veram, exhibitis testibus esse idoneam et inlaesam scripturam adfirmet, ac postea sic ille, qui per contentionem indebitam in adducendis testibus laborem intulit adversanti, poenam damni quam scriptura continet, evidenter adimpleat. Certe si aut tanta res non est unde poenam suppleat, quam auctor eius instituit, quum de rebus suis legitimum iudicium ferret, aut etiam sponte sua hanc ipsam poenam noluit implere; rem, quae illi de eiusdem auctoris competit iure, ei quem convexabit indebite, cogatur cessionis ordinem dare. Hanc sane legem in solis parentum scripturis servandam esse decernimus, propter quod filios vel nepotes iniusta contentione ab alterutro, aut se, aut extraneorum partes vidimus convexare. Ista evidenter conditione servata, ut si ex aliis oppositionibus legum eadem scriptura dicitur convellenda, vox impugnantis pro certo sit libera”.*

<sup>630</sup> LV 2,5,13: “Vt defuncti voluntas ante sex menses coram sacerdote, vel testibus publicetur. Scripta voluntas defuncti ante sex menses coram quolibet sacerdote vel testibus publicetur. Et si quis eandem qualibet fraude suppresserit, tantum illis, in quibus testatus est, de proprio cogatur, exsolvere, quantum per eiusdem scripturae seriem conquirere potuerant, vel habere”.

<sup>631</sup> LV 4,2,4 ; 5,7,1 ; 2,5,12: “Qui succedere possunt in eorum facultatibus, qui nec scriptis, nec testibus suam alligant voluntatem. De successione eorum qui sic moriuntur, ut nec donationem, nec ulum faciant testamentum, nec praesentibus testibus suam ordinent voluntatem, qui gradu illis proximi fuerint, eorum obtinebunt haereditatem” ; “Si mancipia, sive per scripturam, seu per testem manumittantur. Si quis moriens per scripturam, aut praesentibus testibus, manumiserit mancipia sua, voluntas eius habeat firmitatem, dummodo infra sex menses trium aut quinque testium, quibus credi possit, testimonio comprobetur. Sed et libertis si quid donaverit, qui eos manumittit, aut libertatis ipsius scriptura contineat, aut testes qui adhibentur agnoscant ; et res apud libertos donata permaneat” ; “Qualiter firmentur voluntates eorum, qui in itinere moriuntur. In itinere pergens, aut in expeditione publico amoriens, si ingenuos secum non habuerit, voluntatem

viaje o guerra, en los que el testador tiene la necesidad de testar, otorgándose incluso ante siervos, en caso de no encontrar testigos libres, comprobándose posteriormente, por el juez o el obispo, la fidelidad de aquellos, en cuyo caso pondría el testamento por escrito adquiriendo plena validez desde ese momento.

Para Pérez-Prendes, “el derecho visigótico legal manuscrito, luchó para establecer la equiparación de varones y hembras en temas hereditarios, pero C. Zeumer ha señalado que el criterio germánico de atribuir a la herencia de las mujeres sólo los bienes muebles, siendo usufructuarias y transmisoras de inmuebles, no está asusente y sería objeto de progresivas atenuaciones hasta llegar a Chindasvinto quien tendría la intención de consumir esa equiparación”<sup>632</sup>.

La libertad de disposición de los bienes, ya sea mediante testamento o donación, se refería únicamente a la cuota de disposición libre por parte del sujeto que testaba, estando el resto de los bienes sujetos a un destino prefijado. Los hispanorromanos utilizaban esta prevenda para disponer aquellos bienes que se encontraban dentro de la legítima en favor de aquellos herederos forzosos que estime conveniente el testador (mejora). Así, en primer lugar la viuda y luego el viudo, eligen a uno de sus hijos para adjudicar la herencia que dejaba el cónyuge fallecido, siempre que casara de nuevo el supérstite. Esta mejora no aparece recogida en el Código de Eurico<sup>633</sup>.

El régimen sucesorio *ab intestato* del Código de Eurico recoge una preferencia por la agnación por vía masculina. Las mujeres no pueden disponer, como novedad, de los bienes inmuebles heredados, teniendo un usufructo sobre ellos, los cuales están destinados a sus herederos legítimos. Esta novedad se recoge para las hijas que

---

*suam propria manu conscribat. Quod si litteras nescierit, aut prae langore scribere non valuerit, eamdem voluntatem servis insinuet, quorum fidem episcopus atque iudex probare debebunt. Et si nullatenus antea fraudulentis fuisse patuerint, quod sub iuramenti taxatione protulerint, conscribatur, et sacerdotis atque iudicis subscriptione firmetur; ac postmodum auctoritate regia roboratum, firmum quod decreverit, habeatur”.*

<sup>632</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 685.

<sup>633</sup> *Ibid.* p. 686.

concurrer con sus hermanos<sup>634</sup>, con extensión a todos los bienes para la *uxor* que concurre con sus hijos en la herencia de su marido<sup>635</sup>. Ésta

---

<sup>634</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 36. Cap. 320: "*Si parentes testati decesserint – sequuntur 4 versus in quibus singulae tantum litterae legi possunt – de ea... eas ad facu tates... sórores...ccipient...cum fratribus suis in terris vel in aliis rebus aequalem habeant portionem. 2. Quod si aliqua sine viro fuerit relicta, et ad coniugium expetens sponte transierit, totam portionem quam acceperat suis fratribus vel eorum heredibus relinquat. 3. Quod si ipsa virgo permanserit, quamdiu advixerit in rebus vel in culturis cum fratribus habeat portionem; post obitum vero eius terras ad heredes superius comprehensos sine mora revertantur, reliquas facultates cui voluerit donatura. 4. Circa sanctimoniam autem quae in castitate permanserit voluntate parentum, praecipimus permanere. 5. Quod si parentes sic transierint ut nullum fuerit testamentum, ea puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suum terras suis heredibus relinquat; de reliqua facultate faciendi quod voluerit in ei <u>s potestate consistat". "Si los padres murieron con testamento... reciban las hermanas, en las tierras y demás cosas, una porción igual que la de sus hermanos. Y si quedó alguna soltera y se casó a su capricho, deje a sus hermanos o los herederos de éstos toda la porción que había recibido. Mas si permaneció virgen, tenga mientras viva la porción en las cosas y fincas como sus hermanos y, a su muerte, vuelvan inmediatamente las tierras a los susodichos herederos, pudiendo disponer de los otros bienes en favor de quien quiera. Acerca de la religiosa que permaneció en castidad por voluntad de sus padres, mandamos que continúe. Y si los padres murieron sin dejar ningún testamento, aquella hija soltera tenga en todo una porción igual a la de sus hermanos, que puede poseer hasta su muerte en derecho de usufructo, pero, a su muerte, deje las tierras a sus herederos; en el resto de los bienes tenga potestad de disponer lo que quiera".*

<sup>635</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 38. Cap. 322: "*Si la madre permaneció en viudedad, tenga, en usufructo, una porción más entre sus hijos, esto es, como unos de los hijos; que posea en derecho de usufructo hasta su muerte, sin intentar donar ni vender ni dar a uno de sus hijos... Y si los hijos vieren que ella, por negligencia o maldad, malgastaba esa porción materna, no tarden en acudir al millenario, al conde de la ciudad o al juez, a fin de amonestar judicialmente a la madre para que no malgastase las cosas que recibió en usufructo. No se le impide, en cambio, dar el usufructo que debía tomar ella al hijo o hija que ella quiera. Y si se probó que había malgastado algo de la porción usufructuaria, indemnícese a los hijos, al morir la madre, de los bienes de ésta. Al morir la madre, la porción que había recibido revierta a los hijos por igual, pues no pueden quedar defraudados en la herencia paterna. Y si la madre contrajo acaso nuevas nupcias, desde aquel momento, tendrán derecho los hijos nacidos del anterior matrimonio, con el resto de los bienes paternos, a aquella porción usufructuaria que ella había conseguido de los bienes de su marido". "Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec nisi ex filiis... e conferre praesumat. 2. Quod si eam filii hanc portionem matris <evertere> sine per negligentiam sive per odium eorum forte prospexerint, ad millenarium vel ad comitem civitatis aut iudicem referre non different, ut matrem suam contestatione commoneant ne res quas ad usumfructum accepit evertat. 3. Nam usumfructum quem ipsa fuerat perceptura dare cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. 4. Verum si ex usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. 5. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paterna hereditate fraudari. 6. Quod si*

hereda de su marido solamente en usufructo. Este usufructo no se ve mermado, como el del padre, por la mayoría de edad o matrimonio de los hijos, ya que ella posee un a cuota de los *bona paterna* y no el total, como sí tiene el padre sobre los *bona materna*. La madre tiene como obligación el deber de conservar los bienes paternos a sus hijos sufriendo una sanción en caso contrario.

Aquellas ganancias que son obtenidas por el padre en las campañas militares, utilizando para ello sus propios siervos o los de su mujer, están fuera del alcance de la mujer, perteneciendo en exclusiva a su marido<sup>636</sup>.

En la parte que se conserva del capítulo 327<sup>637</sup> del Código de Eurico se recogen dos casos distintos; “En una ley anterior se había establecido que si el tío paterno o sus hijos heredaban con la madre, tenían derecho... Nosotros luego decidimos con mejor disposición que si el hijo murió, habiendo muerto antes su padre, la madre debe

---

*mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt”.*

<sup>636</sup> D’ORS, A., *Op. Cit.*, pp. 38, 40. Cap. 323: “*Maritus si cum servis uxoris vel suis in expeditione aliquid lucri fuerit consecutus, nihil exinde uxor a viro suo praesumat respetere, nec ipso vivente nec post eius obitum; sed vir, qui uxorem suam secundum Sanctam Scripturam in potestate habet, similiter et in servis eius potestatem habebit, et omnia quae cum servis uxoris vel suis in expeditionem adquisivit in sua potestate permaneant; pro eadem scilicet ratione quia si servi, dum cum domino suo in expeditione conversabantur, aliquid admisissent forte damnosum, ille qui eos secum duxerat ipse pro eis daturus esset compositionem, ut sicut lucrum ita et damnum ad se dominus noverit pertinendum”.* “*Si el marido estando en guerra, se lucró en algo con los siervos de su mujer o los propios, nada de eso intente la mujer reclamar de su marido, ni en vida de éste ni después de su muerte; si no que el marido, que tiene bajo su potestad a la mujer según la Sagrada Escritura, igualmente ha de tener la potestad sobre los siervos de ella, y todo lo que adquirió en guerra, con los siervos de la mujer o los propios, quede en su poder; por este motivo: que si los siervos, estando en la guerra con su amo, cometieren algún daño, aquel que los había llevado consigo ha de indemnizar por ellos, de modo que el dueño sabe le pertenece lo mismo el perjuicio que la ganancia”.*

<sup>637</sup> D’ORS, A., *Op. Cit.*, p. 41. Cap. 327: “*In priori lege fuerat constitutum ut si patruus aut patrui filii cum matre... vindicarentur. 2. Nos modo meliori ordinatione cesuimus ut patre defunct, si filius decesserit, omnem facultatem eius sibi mater debeat vindicare, quae tamen sit post obitum vidua. 3. Si vero qui moritur filios, nepotes et pronepotes relinquerit, ipsi omnes habeant facultates, ea condicione servata ut nepotes ex eo filio qui patre superstite mortuus fuerit integram de avi bonis quam fuerat pater eorum, si vixisset, habiturus percipia <n>t portionem; 4. Nam nepotes ex ea filia quae ante patrem mortua est de ea portione quam mater fuerat habitura tertiam portionem perdant”.*



tener derecho a toda la herencia de aquél, con tal de que siga viuda tras la muerte de aquél. Si el difunto dejó hijos, nietos o biznietos, tengan éstos todos los bienes, observándose esto; que los nietos del hijo premuerto reciban la porción íntegra de los bienes del abuelo que su padre, de haber vivido, hubiera tenido, en tanto los nietos de la hija premuerta pierdan una tercera parte de aquella porción que su madre hubiera tenido...”.

El primer caso denominado de la *luctuosa hereditas*, se refiere al supuesto en que un hijo muere, estando su padre muerto también, sin dejar hijos ni tener hermanos, únicamente aparecen a la hora del reparto de la herencia su madre y sus tíos paternos. Para D’Ors “Eurico deroga una *prior lex*, probablemente una Ley Teodoriciana, en la que, con toda probabilidad, se conservaba el régimen romano”<sup>638</sup>. Eurico otorga la herencia a la madre viuda, excluyendo a los tíos paternos (agnados) o sus descendientes.

Cuando se trata de la herencia entre cónyuges, no heredan por partes distintas, sino que hereda el marido y lo heredado se incorpora al patrimonio conjunto. Eso ocurre en la sucesión de los respectivos ascendientes, heredando el padre o la madre, pero no los dos al mismo tiempo<sup>639</sup>. Si el difunto dejó abuelo paterno y abuelo materno, toda la herencia del muerto pertenezca al abuelo paterno. Pero si dejó abuelo paterno y abuela materna, tomen partes iguales<sup>640</sup>.

El segundo supuesto recoge la exclusión de la madre por los descendientes del hijo muerto. Los nietos *ex filio* heredan, por representación, aquella parte que le correspondería a su padre si no

---

<sup>638</sup> D’ORS, A., *Op. Cit.*, p. 262.

<sup>639</sup> *Ibid.* p. 42. Cap. 336: “*In herédate illius qui moritur intestatus, si filii desunt, nepotibus debetur hereditas. Si nec nepotes fuerint, pronepotes vocantur ad hereditatem. 2. Si vero qui moritur nec filios nec nepotes nec pronepotes reliquerit, pater aut mater hereditatem sibi vindicabit. 3. Si personae desunt / ...*”. “En la herencia del difunto intestado, si faltan los hijos, la herencia se debe a los nietos. Si tampoco hubiere nietos, los biznietos son llamados a la herencia. Pero si el difunto no dejó hijos, nietos ni biznietos, tendrán derecho a la herencia el padre o la madre. Si faltan las personas...”

<sup>640</sup> *Ibid.* p. 40. Cap. 328: “*Qui moritur, si tantummodo amitam, hoc est patris sororem, et materteram, hoc est matris sororem, reliquit, aequali iure succedant in hereditate defuncti*”.

hubiera muerto. Los nietos *ex filia*, sin embargo, dejan un tercio en favor de sus tíos/tías o hijos de tíos premuertos<sup>641</sup>.

“Si el difunto dejó abuelo paterno y abuelo materno, toda la herencia del muerto pertenezca al abuelo paterno. Pero si dejó abuelo paterno y abuela materna, tomen partes iguales”<sup>642</sup>. Existe una clara preferencia por la ascendencia por línea masculina. La abuela materna sólo entraría en la sucesión si su marido había muerto. Si se hubiera casado otra vez no heredaba, teniendo solamente un usufructo sobre los bienes. De esta manera, el abuelo paterno era el propietario de todo el caudal relicto, dejando un usufructo a la abuela materna sobre la mitad<sup>643</sup>.

Si concurren a la herencia las dos abuelas viudas se produciría un reparto de bienes a partes iguales, reservando la propiedad de los bienes inmuebles a los herederos. Y en el supuesto de que concurren la abuela paterna viuda con el abuelo materno, se distribuirían los bienes también por mitades, teniendo la abuela paterna un usufructo de todos los bienes, siendo propietarios de los mismos sus herederos y no el abuelo materno que concurría a la herencia<sup>644</sup>.

Recesvinto fue el encargado de establecer una consonancia entre las líneas ascendentes materna y paterna, reservando el reintegro de los bienes que proceden de una línea a aquel ascendente de esa línea en concreto<sup>645</sup>.

En el capítulo 334 del Código de Eurico se recoge la herencia entre ambos cónyuges si no se encuentra ningún otro pariente

---

<sup>641</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 264.

<sup>642</sup> *Ibid.* pp. 40-41. “*Qui moritur, si avum paternum et maternum relinquit, ad avum paternum hereditas mortui universa pertineat. 2. Si autem avum paternum et aviam maternam reliquerit, aequales capiant portiones*”.

<sup>643</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 265.

<sup>644</sup> *Ibidem.*

<sup>645</sup> LV 4,2,6: “*Si is, qui moritur, avos relinquat, vel avias. Quotiens qui moritur, si paternum avum et maternum relinquat, tam ad avum paternum, quam ad avum maternum haereditas mortui universa pertineat. Si autem qui moritur, avum paternum et aviam maternam reliquerit, aequales capiant portiones: ita quoque erit, si paternam et maternam aviam qui moritur, reliquerit videatur. Et haec quidem aequitas portiones de illis rebus erit, quas mortuus adquisisse cognoscitur. De illis vero rebus qui ab avis vel parentibus habuit, ad avos directa linea revocabunt*”.

próximo hasta el séptimo grado<sup>646</sup>. Este llamamiento a la herencia se realiza sobre la totalidad de los bienes, aunque D'Ors opina que “la mujer no podrá disponer de los inmuebles, cuya propiedad se reservaría también aquí a sus propios herederos legítimos”<sup>647</sup>.

Existe una clara preferencia en el derecho sucesorio visigótico por los *agnati* (*per virilem sexum venientes*) en detrimento de los *cognati* (*qui per feminas veniunt*). Los colaterales por línea femenina se encuentran excluidos por los agnados de grado más remoto. Sin embargo, los descendientes *ex filia* están incluidos pero en una porción de dos tercios de la cuota de la *filia* premuerta, cuando concurren con los hermanos de su madre premuerta o con los hijos de aquellos y será de tres cuartos cuando concurren con otros agnados del causante (hermanos del causante...)<sup>648</sup>.

Como señala D'Ors “[...] las mujeres, en este derecho del siglo V, quedaban excluidas de la sucesión *ab intestato* de los colaterales (más allá de la hermana)”<sup>649</sup>. Las agnadas de tercer o ulterior grado de línea colateral (primas, tías...) quedaban excluidas de la herencia *ab intestato*<sup>650</sup>, pudiendo reclamar únicamente la *bonorum possessio unde cognati*<sup>651</sup>. Así lo entiende Paulo señalando que “todas las mujeres quedan excluidas en absoluto a la herencia legítima de un pariente más lejano que el hermano”<sup>652</sup>.

Leovigildo, sin embargo, eliminó esa exclusión de las féminas, equiparando todos los cognados con los agnados, aunque aquellos

---

<sup>646</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 43. “*Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nullus usque ad septimum gradum de propinquis aut quibuscumque parentibus*”.

<sup>647</sup> *Ibid.* p. 267.

<sup>648</sup> *Ibid.* pp. 248-249.

<sup>649</sup> *Ibid.* p. 252.

<sup>650</sup> GAYO, *Institutionis* 3, 23. “*Item feminae agnatae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent*” (“Las mujeres agnadas que excedan el grado de consanguinidad, ningún derecho alcanzan, conforme a la ley”).

<sup>651</sup> GAYO, *Institutionis* 3, 29. “*Feminae certe agnatae, quae consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque suus heres, neque agnatus ullus erit*” (“Las mujeres agnadas que pasan del grado de los consanguíneos, son llamadas en tercer lugar, esto es, cuando no hay herederos suyos ni agnados”).

<sup>652</sup> PS. 4,8,20. “*Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur*”.

inmuebles que eran heredados por éstas debían reservarse a sus legítimos herederos, siendo sólo usufructuarias de esos bienes<sup>653</sup>.

Chindasvinto equiparó ambos sexos en las sucesiones que se producían entre ascendientes, hermanos, sobrinos, tíos paternos e hijos<sup>654</sup>. Se igualaron igualmente los sexos en las herencias provenientes de los tíos maternos, de los hijos de éstos y de las tías maternas<sup>655</sup>.

Finalmente, Chindasvinto promulgó la ley *Dum inlicita*<sup>656</sup>, con la que pretendía regular el poder de disposición de los padres, abuelos sobre sus bienes, y de la mujer sobre su dote, que les permitía privar en su totalidad a hijos, hijas, nietos o nietas de esos bienes. Aparecía recogida de la siguiente manera<sup>657</sup>:

*“Dum inlicita queque perpetrari cognoscimus, legem ponere secuturis oportune compellimur. Plerique enim, indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxurie vel cuiusdam male voluntatis in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes aut non gravi culpa forsitan obnoxios inanes relinquunt, ut utilitatibus publicis nihil possint omnino prodesse, quos*

---

<sup>653</sup> D'ORS, A., *Op. Cit.*, p. 270.

<sup>654</sup> LV 4,2,9: *“Quod in omnem haereditatem femina accipi debeat. Femina ad haereditatem patris aut matris, avorum vel aviarum, tam paternorum quam maternarum, et ad haereditatem fratrum vel sororum sive ad has haereditates, quae a patruo vel filio patru, fratris etiam filio vel sororis relinquuntur, aequaliter cum fratribus veniant. Nam iustum omnino est ut quos propinquitas naturae consociat haereditariae successionis ordo non dividat”*.

<sup>655</sup> LV 4,2,10: *“Item ut in omnem haereditatem femina accipi debeat, et quod qui gradu alterum praecedat, ille successionem vicinior capiat. Has haereditates quae a materno genere venientibus, sive avunculis sive consubrinis seu materteris relinquuntur, etiam feminae cum illis qui uno propinquitatis gradu aequales sunt aequaliter partiantur. Nam omnem haereditatem qui gradum alterum praecedat obtineat”*.

<sup>656</sup> Zeumer, Ficker, Brunner, Ureña, Cárdenas y Lacoste, analizando el texto de la *Dum inlicita* consideraron que la misma era una ley del Código de Eurico. ZEUMER, K., trad. CLAVERÍA, C., *Historia de la legislación visigoda* (Barcelona, 1944), p. 332; FICKER, J., *Untersuchungen zur Erbfolge des ostgermanischen Rechte* (Innsbruck, 1891-1904), p. 104; BRUNNER, H. V., *Beiträge zur Geschichte der germanischen Warentes*, en *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, II* (Weimar, 1931), p. 217; UREÑA, R., *Historia de la Literatura Jurídica Española, I-2* (Madrid, 1906), p. 295.

<sup>657</sup> LETINIER, R., “Abrogata legis illius sententia: A propósito del enigma contenido en la ley dum inlicita de Chindasvinto” (LV 4,5,1) en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69 (1999), pp. 367-388, p. 367.

*oportuerat cum virtute parentum iniunctum sibi laborem inexcusabiliter expedire. Sed ne sub ac occasione aut utilitati publice quandoque depereat, quod perire non debet, aut naturalis pietas suspendatur a filiis vel nepotibus, quam circa eos exerceri competenter oportet : ideo, abrogata legis illius sententia<sup>658</sup>, qua pater vel mater aut avus sive avia in extraneam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent, vel etiam de dote sua facere mulier quod elegeret in arbitrio suo consisteret, sta magis servetur a cunctis moderata censura, qua nec parentibus vel aviis adimatur iudicandi de rebus suis ex toto licentia, nec filios aut nepotes a successione avorum vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas. Igitur pater vel mater, avus vel avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant onuiino censuram, ut super decimam partem rerum suarum melioratis filiis aut filiabus vel nepotibus atque neptis ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit, eos legitimos filios vel nepotes non habere suprestes. Sane si filios sive nepotes habentes ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint de facultate sua largiendi voluntatem habuerint, de quintam tantum partem iudicandi potestas illis indubitata manebit. Exheredare autem filios aut nepotes licet pro levi culpa illicitum iam dictis parentibus erit, flagellandi tamen et corripiendi eos, quamdiu sunt in familia constituti, tam avo quam avie, seu patri quam matri potestas manebit. Nam si filius filiave, nepos, neptis tam presumptiosi extiterint, ut avum suum aut aviam, sive etiam patrem aut matrem tam gravibus iniuriis conentur afficere, hoc est, si aut alapa, pugno, vel calce seu lapide aut fuste vel flagello percutiant, sive per pedem vel per capillos ac per manum etiam vel quocumque inhonesto casu abstrahere contumeliose presumant, aut publice quodcumque crimen avo aut avie seu genitoribus suis obiciant: tales, si quidem manifeste convicti, et verberandi sunt ante iudicem quinquagenis flagellis et ab hereditate supradictorum, si idem avus aut avia, pater vel mater voluerint, repellendi. Tamen si resipiscentes a suo excessu, veniam a suprascriptis, quibus offenderant, inploraverint, eosque in gratiam receperint paterna pietate aut rerum suarum successores instituerint, neque propter disciplinam, qua correpti sunt, infamiam poterint ullatenus sustinere<sup>659</sup>.*

---

<sup>658</sup> La *illa lex* que se recoge en esta *lex*, subsiste hasta que Chindasvinto la deroga. Por tanto, esta ley tiene que estar redactada de manera que existiera una libertad absoluta de disposición, pero que sí fuera en la práctica fácil de realizarla (LETINIER, R., *Op. Cit.*, p. 376).

<sup>659</sup> ZEUMER, K., *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I: Legum Nationum Germanicarum* (Hannover, 1973), pp. 195-197.

Para Pérez-Prendes el fin de esta ley era evitar aquellos supuestos en los que se producía una desheredación arbitraria, ya que existía una libertad para testar muy amplia. Por tanto, con ella se han tasado los supuestos en los que se puede desheredar, protegiendo de esa manera el patrimonio familiar y la sucesión legítima frente a la libertad de testar<sup>660</sup>.

---

*“Mientras (Dum) las injusticias (inlicita) se cometan, deben corregirse oportunamente por disposiciones legales precisas. Muchos, viviendo inadecuadamente y dilapidando sus patrimonios, los transfieren a personas extrañas, ya sea por mala voluntad, ya por motivos lujuriosos, de modo que los hijos o nietos indefensos, quedan entregados al despojo, sin haber cometido graves culpas. De ese modo, nada importante pueden aportar a la utilidad pública precisamente aquéllos a los que parecía inexcusable exigirselo si reunían la herencia familiar con su trabajo personal. Y no sólo existe el motivo de que no sufra ocasionalmente la utilidad pública (que nunca debe descuidarse), sino que debe protegérseles con piedad natural, para que se haga a su respecto lo que resulta conveniente.*

*Por todo ello, abrogado el precepto de aquella ley, por la cual padre, madre, abuelo o abuela tenían potestad, si querían para conferir sus derechos a personas extrañas, e incluso estaba en el arbitrio de la esposa hacer lo que quisiera con su dote, sígase por todos esta otra actitud más moderada; que ni los padres o abuelos entiendan que tienen licencia para disponer de todos sus bienes, ni los hijos ni nietos sean por completo desplazados, por una voluntad caprichosa, de la sucesión de abuelos y progenitores. Así, pues, el padre, madre, abuelo o abuela, cuya voluntad sea mejorar a determinados hijos o nietos, observen específicamente el criterio de que la décima parte de sus bienes pase a hijos, hijas, nietos o nietas mejorados y del resto de su patrimonio no se hagan mayores adjudicaciones, ni tampoco su fortuna sea transferida en todo a personas extrañas, salvo si quizá ocurriese que no les sobreviviesen hijos ni nietos legítimos. Sin embargo, si teniendo hijos o nietos tuviesen voluntad de donar algo de sus bienes a iglesias o libertos, se les reserva indiscutiblemente hacerlo con pleno derecho hasta la quinta parte. Resulta, pues, ilícito desheredar a hijos o nietos por parte de los mencionados padres, por culpas leves, conservando tanto el abuelo como la abuela, o el padre igual que la madre, la potestad de azotarlos y corregirlos en el seno de la familia. Pero si el hijo o la hija, el nieto o la nieta tan desconsiderados se manifestasen que inflingiesen graves injurias al abuelo, abuela o incluso al padre o a la madre, esto es, si les golpeasen con bofetadas, puñetazos, patadas, pedradas, fustazos y latigazos, o intentasen herirlos con las manos o los pies o por los cabellos o de alguna otra forma indecorosa, o diesen cualquier muerte, criminal y pública, a su abuelo, su abuela o sus padres, aquellos tales, si fuesen convictos manifiestos, azotados con cincuenta latigazos ante el juez, sean rechazados de la herencia de éstos, si el citado abuelo, o abuela, padre o madre lo quisieren. Sin embargo, si arrepentidos de su exceso, fuesen a implorar a los mencionados a quienes ofendieron, recíbaseles graciosamente en la piedad paterna e institúyaseles en el patrimonio de sus padres y no se les prohíba la herencia, ni pueda adjudicárseles tacha de infamia con motivo de los castigos con los que se les corrigió” (PÉREZ-PRENDES, J. M., Op. Cit., pp. 687-688).*

<sup>660</sup> *Ibidem.*

Letinier, por el contrario, precisa que “algunos padres, madres, abuelos o abuelas desheredaban a sus descendientes, inocentes o acaso culpables de una falta no grave, de suerte que éstos quedaban en la imposibilidad de poder servir como contribuyentes al erario público, y esta práctica es ilícita, contraria a la ley”. Sí era lícito que madres, padres, abuelos o abuelas “pudieran desheredar a sus descendientes por falta leve de éstos, así como azotarles y corregirles”, aunque más bien esta premisa es una condición, bastando solamente que los testadores invocaran una falta para justificar la desheredación de sus descendientes<sup>661</sup>.

Esta *lex* implanta una reserva de cuatro quintos para hijos y nietos por parte de padres, madres, abuelos o abuelas, consintiendo eso sí, la posibilidad de desheredar a aquellos<sup>662</sup>.

---

<sup>661</sup> LETINIER, R., *Op. Cit.*, p. 377.

<sup>662</sup> *Ibidem.*: 380.





## 5.- LA MUJER EN LA EDAD MEDIA

En la Edad Media la misoginia es muy fuerte, instalándose en diversos ámbitos de la sociedad, existiendo la convicción de la simpleza y debilidad de la mujer.

Battersby afirma que las mujeres reflejaban la belleza interior, siendo mediadoras entre el hombre al que aman y los dioses. La mujer era musa, pero no podía ser artista ya que no estaba preparada para ello debido a que su mente estaba nublada por los vapores que subían de su vientre y le impedían percibir la verdad, la bondad y la belleza<sup>663</sup>.

La mujer se sabe objeto de deseo mediante su autocontemplación en el espejo es la encarnación de Eva, la seductora. “La lujuria está asociada a la vanidad, y ambas son hijas de Eva. A partir del S. XIII, la lujuria blande un espejo. [...] La cadena de pecados de la mujer vana y lujuriosa arrastra tras de sí la coquetería, la pereza, la envidia, la codicia y la mentira y todos ellos aparecen sujetos de un espejo. La mujer ante el espejo aparece en el Jardín de las Delicias de El Basca, en el que, en medio de árboles muertos y de un paisaje estéril, una mujer sentada en el suelo se mira en un espejo sujeto al trasero de un demonio mientras otro demonio la abraza por detrás”<sup>664</sup>.

La mujer participa en la economía doméstica en una posición secundaria por detrás del cabeza de familia. Para Esteban Recio “la participación de la mujer se proyecta al ámbito laboral y generalmente dentro del mismo domicilio familiar [...]. El concepto de ciudadano va cobrando vigencia para el hombre, mientras que las mujeres se ven

---

<sup>663</sup> BATTERSBY, Ch., *Gender and Genius* (Londres, 1989) en LÓPEZ FERNÁNDEZ CAO, M., “Las mujeres en la Edad Media: creación y representación, representación, construcción e interpretación de la imagen visual de las mujeres” en Coloquio Internacional organizado por AEIHM (2003), pp. 121-154, p. 126.

<sup>664</sup> BONNET, M., p. 215, en LÓPEZ FERNÁNDEZ CAO, M., *Op. Cit.*, p. 139.

limitadas, por así decirlo, a una ciudadanía de segundo orden. La vida cambia, pero el papel subordinado de la mujer, no”<sup>665</sup>.

En las sociedades patriarcales de la Edad Media, la mujer se encuentra fuera del ámbito público, siendo su lugar un segundo plano. El cristianismo medieval, mediante el quehacer de los doctores de la Iglesia, acentuó ese papel secundario de la mujer, ya que la base espiritual que existía en esa época era la paulina. Esta influencia de San Pablo tiene su origen en la Epístola primera a Timoteo, recogida en la Biblia en el Nuevo Testamento<sup>666</sup>: *“Asimismo, que también las mujeres se atavien con vestimenta decorosa, con pudor y modestia; no con peinados ostentosos, ni oro, ni perlas ni vestidos costosos, sino con buenas obras, como corresponde a mujeres que profesan piedad. La mujer aprenda en silencio, con toda sujeción. Porque no permito a la mujer enseñar, ni ejercer dominio sobre el hombre, sino estar en silencio. Porque Adán fue formado primero, después Eva; y Adán no fue engañado, sino la mujer, siendo engañada, incurrió en transgresión. No obstante se salvará engendrando hijos, si permanece en fe, amor y santidad, con modestia”*<sup>667</sup>.

Odón, abad de Cluny pensaba sobre las mujeres lo siguiente: *“La belleza del cuerpo viene sólo de la piel. De hecho, si los hombres pudiesen percibir lo que se esconde bajo la piel – como se lee en Boecio que los linceos son capaces de ver en el interior – tendrían asco de ver a las mujeres. Su belleza está, en realidad, hecha de moco, sangre, líquido y hiel. Si uno piensa en lo que está dentro de las narices, en la garganta o en el vientre, encuentra sólo porquería. Y dado que no soportamos tocar ni siquiera con la punta del dedo el moco o el estiércol, ¿por qué debemos desear abrazar un saco de estiércol?”*<sup>668</sup>.

Díaz de Rábago afirma que *“el ideal de la actividad femenina, cuando no se salía al campo a trabajar o al mercado a vender, venía a ser una*

---

<sup>665</sup> ESTEBÁN RECIO, M. S. A., “Otras miradas, otros caminos. Mujeres de fines de la Edad Media” en EM: revista de historia, nº2 (1999), pp. 195-216, p. 197.

<sup>666</sup> DÍAZ DE RÁBAGO HERNÁNDEZ, C., “De vírgenes a demonios: las mujeres y la Iglesia durante la Edad Media” en Dossiers feministas, nº 2 (1999), pp. 107-130, p. 109.

<sup>667</sup> CASIDORO DE REINA en 1569, revisada por DE VALERA, C. en 1602, *Antiguo y Nuevo Testamento* (El Paso, 1989). Epístola Primera del Apóstol San Pablo a Timotheo, Capítulo II, 9-15.

<sup>668</sup> FUMAGALLI, V., trad. LLENÍN, F., *Cuando el cielo se oscurece. La vida en la Edad Media* (Madrid, 1988), p. 68.

*suma de plegarias y trabajo textil. Las chicas burguesas de los ámbitos urbanos, a medida que avanzó la Edad Media, estaban cada vez más enclaustradas en sus casas desde la pubertad, pues era el modo de mantener el honor. Cuanto más adinerada fuese la familia, cuanto más burguesa fuese, más encerradas estaban sus mujeres. En las ciudades de esta época, sólo las viudas tenían una cierta libertad de movimientos*<sup>669</sup>.

Para Gloria Solé, en los tiempos feudales las mujeres pueden tener y administrar feudos, iban a las cruzadas, gobernaban, llegando algunas a tener un elevado poder político, económico y social por sus tierras, cargo, parentesco o negocios. Por ejemplo, Margarita de Brujas, convirtió la ciudad en un centro de comercio internacional, las dos condesas de Flandes extenderán sus negocios con enorme éxito, Isabel de Fortibus fue la mujer más rica de Gran Bretaña en el s. XIII<sup>670</sup>.

Existieron, a pesar de todo, algunas mujeres que lograron destacar en este período histórico por su labor intelectual, aunque siempre eclipsadas por los hombres. Así, en el s. X tenemos a Otones Hrotsvitha de Gandersheim, escritora alemana y la mujer intelectual que más sobresalió en su generación, escribiendo poesía, leyendas y comedias sagradas. Otro ejemplo fue Hildegarda de Bingen quien fundó dos conventos. Escribió música litúrgica en honor de Santos y la Virgen. Como escritora realizó una descripción del placer desde el punto de vista de la mujer. A finales del s. XIII Margart Porète escribió “El espejo de las almas sencillas”. Este libro fue condenado y quemado en presencia de su autora en 1306. Fue acusada de librepensadora espiritual por la Inquisición, encarcelada, juzgada por herejía y quemada en la estaca en París en 1310<sup>671</sup>.

### **5.1.- El matrimonio.**

El matrimonio es el inicio de la constitución del grupo familiar. En la Edad Media, el matrimonio puede ir precedido de

---

<sup>669</sup> DÍAZ DE RÁBAGO HERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>670</sup> SOLÉ, G., “La mujer en la Edad Media: una aproximación historiográfica” en Anuario Filosófico Universidad de Navarra, 26 (Navarra, 1993), pp. 653-670, p. 657.

<sup>671</sup> DÍAZ DE RÁBAGO HERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, pp. 126-127.

esponsales con el objeto de contraer matrimonio prestamente o en un futuro.

Los Fueros de Cuenca-Teruel, según señala Pérez-Prendes, permiten el desistimiento unilateral por iniciativa de cualquiera de los prometidos, a cambio de una multa fija y una indemnización del duplo del daño ocasionado a la otra parte.

En el supuesto de la celebración del matrimonio en un futuro si los esponsales fueron acompañados de *copula carnalis*, cabe el repudio de la desposada por el esposo, eso sí, a costa de una cuantiosa multa y la enemistad, quedando libre la mujer si jura que no ha copulado<sup>672</sup>.

Una vez que se celebran los esponsales puede iniciarse una convivencia conyugal entre ambos prometidos; ésta figura jurídica se denominó *matrimonio a iuras*. Se trata de una fórmula similar a la *Friedelehe* germánica, no tratándose por tanto ni de un matrimonio civil, ni de un matrimonio canónico<sup>673</sup>.

---

<sup>672</sup> Un supuesto real es el que se recoge en el Libro de los Fueros de Castilla, en el que las donaciones hechas por el novio a la novia, si la había besado y abrazado, aquellas no serán devueltas a su donatario. “241. *Titulo de vna fasannya de dona Eluyra, fija de don Ferrando Gomis de Villa Armento, e de esposo. Esto es por fasannya de dona Eiuuyra, sobrina del arçidianno don Mate de Burgos el tartamudo, e fija de Ferrant Gomes de Villa Armento: era desposada con vn cauallero. Et diol el cauallero en desposorios pannos e abtesas e vna mula con siella de duenna. Et partiose el casamiento que non casaron en uno. Et el cavallero demandaua ala duenna quel diesse sus abtesas e todo lo quel auya dado en el desposorio, pues non casaua con el; et dixo la duenna que lo que dado le auya en desposorio non gelo auya de dar. Et vinieron ante Diago Lopes dAlfaro, que era adelantado de Castiella, et dixieron sus razones ante el, et el cauallero e su tío el arçidianno don Mate, que era rasonador déla duenna. Et jusgo don Diago que sy la duenna otorgana que auya besado e abrazado el cauallero endesposorio, que fuesse suyo déla duenna todo lo quel, auya dado en desposorio. Et sy la duenna non otore: auya que la auya besado e abrazado el cauallero en desposorio, quel diese todo lo quel auya dado. Et la duenna non quiso otorgar que la auya besado; e diol todo lo quel auya dado.*” (EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, ed. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G., (Barcelona, 1924), p. 129).

<sup>673</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1294. El Libro de los Fueros de Castilla señala cuál es la fórmula para consolidar esa unión. “278. *Titulo de una fasannya de don Pero de Sant Martin e de vna muger quel demandaua que era su iurado. Esto es por fasannya: que demandaua vna muger a don Pero de Sant Martin que era iurado con ella e vinieron ante el obispo. Et ouoella de dar pesquisas. Et en las pesquisas auya vn omne quel disian Johan de*

La figura del matrimonio *a iuras* fue absorbido por la doctrina canónica del *matrimonium praesumptum*, entiendo que estas uniones eran matrimonios perfectamente válidos ya que en el acto sexual se producía la exigencias de los Santos Evangelios de ser una carne hombre y mujer<sup>674</sup>.

El vínculo matrimonial se perfecciona de dos formas distintas:

1.- Mediante contrato. El consentimiento para la celebración del acto jurídico lo otorgan los padres, o en su caso los parientes cercanos. El consentimiento es necesario para ambos contrayentes, aunque suele ser más exigente para el caso de la mujer<sup>675</sup>.

El matrimonio se realiza asumiendo los viejos rituales germánicos, con la entrega de arra y anillo en una iglesia, interviniendo como fiador del acto jurídico un sacerdote, concluyendo el mismo con un banquete de boda. La celebración del matrimonio es anunciada para que toda la comunidad lo conozca y para que se encuentren presentes los testigos rogados<sup>676</sup>.

---

*Forniellos, e dixo delante del obispo que el fuera delante Sancta Maria de Bretonera a do la iurara don Pero de Sant Marin aquella muger. Et despues dixo que dixiera mentira, que non lo uyera iurar, e quello aya dicho por ruego. Et fue preso, e quintaron le los dientes e traxieron lo por toda la villa, los dientes en la mano, dixiendo: qui tal fiso tal prenda.” (EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, ed. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G. (1924) Op. Cit.: 151)*

<sup>674</sup> *Ibidem*.

<sup>675</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 5-7. “1. *Titulo del privilegio delos huerfanos que dio el rey don Alfonso al conçeio de Burgos. Por present scriptum tan presentibus quam futuris nutum sit ab magestum. Et yo don Ferrando por la gracia de Dios rey de Castiella e de Toledo, en uno con mi muger donna Beatris, reyna, et con mis fijos don Alfonso e don Fradrique, con otorgamiento e con plasimiento de mi madre la reyna donna Berenguela, fago casta de guarnimiento e de otorgamiento e de confirmamiento e de estableçimiento auos el conçeio de Burgos, tan bien alos presents como alos que seran, valedera por siempre. Et estableco e do por fuero que sy alguna mançeba syn voluntad de sus parientes o de sus çercannos cormannos casare con algun varon o se aiuntare conel por qual quier aiuntamiento pesando alos mas delos parientes o asus çercannos cormannos, non aya parte enlo de su padre nin de su madre, e sea enagenada de todo derecho heredamiento por siempre. Et sobre esto estableco e mando e do por fuero que ningun ninno chico e ninguna ninna chica nin nigung huerfano nin ninguna huerfana fasta que ay asese annos por coyta que aya nin por mengua, si non fuero por grant fambre, seyendo sanos, non aya poder de vender nin dar nin de enagennar nin de obligar afijos su heredamiento nin su patrimonio nin ninguna de sus cosas. [...] Era de mil e dosientos e ochenta e çinco annos”.*

<sup>676</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 1295-1296.

2.- Mediante la figura de la *barraganía*. Se puede definir como la unión entre un hombre y una mujer evitando la forma contractual de celebración del matrimonio, pero con una intención implícita de continuidad en el tiempo. Se diferencia del matrimonio *a yuras*, en que en éste se realiza una promesa que puede ser reclamada judicialmente, cosa que no ocurre en la *barraganía*. Sin embargo, si se reconocen determinados efectos jurídicos y económicos a favor de los descendientes<sup>677</sup>.

Esta figura no tiene una definición legal clara, ya que su origen es fundamentalmente consuetudinaria. Perduró en el tiempo debido a que el hombre casado tenía un trato favorable en la legislación de la época en caso de que cometiera adulterio, existiendo la posibilidad de que un hombre estuviera con varias mujeres a la vez mediante la figura de la *barraganía*. Como afirma Pérez-Prendes, “si no existe mujer de bendición, la barragana que convive habitualmente con el hombre recibe su mitad de gananciales en muebles e inmuebles y sus hijos heredan *ab intestato*. Los documentos en que acabará configurándose, en el siglo XIV recogen la idea básica de igualdad de derechos entre los partícipes<sup>678</sup>”.

En lo que respecta a la nulidad matrimonial, la Iglesia intentó por todos los medios realizar una serie de cambios para adecuarla al derecho canónico. De hecho, se eliminó la antigua posibilidad de respetar un matrimonio preexistente, se reguló el matrimonio entre parientes, prohibiéndose el mismo hasta el séptimo grado. También se prohibió el matrimonio entre el raptor y la raptada y el celebrable entre judíos y cristianos<sup>679</sup>.

---

<sup>677</sup> *Ibidem*. “169. Título de los fijos que non son lindos como heredan. Esto es por fuero de Logronno: que sy fijo o fija de barragana, sy el padre lo ouyere dado algo de mueble o hereditat de cinco sueldos arriba, con los otros fijos de velada non deue partir. Et sy non ouyere leuado algo, e se puede faser fijo como es derecho e deue leuar toda su suerte entera; mas de pariente muerto mannero non deue auer nada. Et puede prouar a cada demanda de mueble e hereditat que les demanden con dos vecinos derechos e duennos desus casas” (EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, p. 90).

<sup>678</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1297.

<sup>679</sup> *Vid.* la obra de GREGORII XIII pont. Max. editum iussu, *Corpus Juris Canonici emendatum et notis illustratum* (Roma, 1582). En concreto, en la parte II de la obra recoge las Decretales de D. Gregorii papae IX. En el libro IV de la mencionada

Los razonamientos recogidos en el párrafo anterior dieron lugar a dos tipos de impedimentos:

- *Impedimenta dirimentia*: son aquellos que de vulnerarlos harían el matrimonio nulo, iniciándose un proceso de nulidad ante la Iglesia.
- *Impedimenta impedientia*: son aquellos que prohíben el matrimonio contraído.

Existía una importante producción de litigios alrededor del matrimonio *a iuras*, en la mayor parte de los casos iniciados por mujeres. La jurisprudencia canónica admitió la renuncia a los pactos esponsalicios si existía una autorización eclesiástica pero si hubo esponsales, y a continuación unión sexual el canon era afirmativo su indisolubilidad<sup>680</sup>.

Se extendieron las figuras de los matrimonios secretos, la bigamia, las uniones libres, todo ello propiciado por la actitud de la Iglesia. Tras el IV Concilio de Letrán<sup>681</sup> se consolida socialmente el

---

obra aparecen un amplio elenco de casos reales relacionados con el matrimonio y los esponsales. Veamos algunos ejemplos. “*Titulo I, cap. I. De Francia quidam nobile muliere de Saxoniam, lege Saxonum duxit in uxorem: verum quia non eisdem utuntur legibus Saxones & Francigena, causatus est, quod eam non sua, id est, non Francorum lege desponsauerat: dimissaque illa, aliam superduxit. Diffiniuit super hoc sancta synodus, ut ille transgressor Evangelicae legis subiiciatur poenitentiae, & a secunda coniuge searetur, & ad priorum redire rogatur / Titulo I, cap. II. Praeterea hi, qui de matrimonio contrahendo pure & sine omni conditione fide dederunt, commonendi sunt, & modis omnibus inducendi, ut praestitam fidem obseruent. Si autem se adinuicem admittere noluerint: ne forte deterius inde contingat, ut talem scilicet ducat, qua odio habet: videtur, quod ad instar eorum qui societatem interpositione fidei contrahunt, & postea eandem sibi remittunt, hoc possit in patientia tolerari / Titulo I, cap. III. Ad audientiam nostram Apostolatus peruenit, quod cum H. Papiensis civis, filiam suam cuidam filiorum L. dare vellet uxorem: iuravit, quod si ille eam habere casu aliquo interveniente non posset, alteri filio, quem de alia uxore genuerat, eandem matrimonio copularet. Contractis autem a filio priore sposalibus, quidam consanguinitatem inter eos esse, iuramentis interpositis firmauerunt: Ideoque praefatus H. eandem dare alteri filio nititur, ut iuravit. Sed quoniam scriptum est, quod sponsam fratris, frater habere non potest: Mandamus, quatenus eum suum implere propositum non permittas: sed ut poenitentiam agat de illicito iuramento, monitione praemissa, ecclesiastica distractione compellas”.*

<sup>680</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1298.

<sup>681</sup> Consejo que reunió en la Basílica de Beltrán, en noviembre de 2015 a 404 obispos de la Iglesia occidental, y representantes de la Iglesia latina del este.

matrimonio cristiano como el estado ideal para todos los ciudadanos<sup>682</sup>. Véanse:

*“Canon 50. Prohibición del matrimonio es ahora perpetuamente restringido dentro del cuarto grado*

No debe ser juzgado reprobable si decretos humanos a veces se cambia de acuerdo a las circunstancias cambiantes, especialmente cuando la necesidad urgente o demandas evidente ventaja que, desde que Dios se transformó en el nuevo Testamento algunas de las cosas que había mandado en el Antiguo Testamento. Dado que las prohibiciones de contratar que el matrimonio en el segundo y tercer grado de afinidad, y en contra de unir a los hijos de un segundo matrimonio con la parentela del esposo en primer lugar, a menudo conducen a la dificultad y, a veces ponen en peligro las almas, por lo tanto, para que cuando la prohibición cesa el efecto también puede dejar, revocar, con la aprobación de este sagrado consejo las constituciones publicado sobre este tema y que el decreto, por la presente Constitución actual, que en adelante las partes contratantes conectados de esta manera pueden libremente unirse entre sí. Además, la prohibición contra el matrimonio no podrá en el futuro van más allá del cuarto grado de consanguinidad y de afinidad, ya que la prohibición no puede ahora por lo general se observa a los grados más sin daños graves. El número cuatro está de acuerdo también con la prohibición relativa a la unión del cuerpo sobre el cual el Apóstol dice, que el marido no es dueña de su cuerpo, sino la mujer, y la esposa no es dueña de su cuerpo, sino el marido, porque hay cuatro humores en el cuerpo

*51. Prohibición de matrimonios clandestinos.*

Dado que la prohibición contra el matrimonio en los tres grados más remotos ha sido revocada, queremos que sea estrictamente observada en los otros grados. Siguiendo los pasos de nuestros predecesores, que en total prohibición de los matrimonios

---

<sup>682</sup> ARRANZ GUZMÁN, A., “Celibato eclesiástico, barraganas y contestación social en la Castilla bajomedieval, Espacio Tiempo y Forma” en Serie III, Hª Medieval, t. 21 (2008), pp. 13-39, p. 21.



clandestinos y prohíben a cualquier sacerdote para presumir de estar presente en ese matrimonio. Ampliar el encargo especial de algunas regiones a otras regiones por lo general, decreto que, cuando el matrimonio se contrajo que se anunció públicamente en las iglesias por los sacerdotes, con un tiempo adecuado se fija de antemano en el que el que quiera y pueda puede aportar un impedimento legal. Los sacerdotes también investigarán si hay algún impedimento. Cuando aparece una razón creíble por qué el matrimonio no deba ser contraído, el contrato deberá estar expresamente prohibido hasta que no se ha establecido con claridad a partir de documentos lo que se debe hacer en la materia. Si cualquier persona presumiere de celebrar matrimonios clandestinos de este tipo, o los matrimonios prohibidos dentro de un grado prohibido, incluso si se hace en la ignorancia, la descendencia de la unión se considerará ilegítima y no tendrá la ayuda de la ignorancia de sus padres.

Del mismo modo los hijos se considerarán ilegítimos si ambos padres saben de un impedimento legítimo y, sin embargo se atreven a contraer matrimonio en presencia de la iglesia, en contra de cada prohibición. Además, el sacerdote de la parroquia que se niega a prohibir tales uniones, e incluso algún miembro del clero regular que se atreve a asistir a ellas, será suspendido de su cargo por tres años y podrá ser castigado más severamente si la naturaleza de la falta así lo requiere. Los que presumen de estar unidos en este camino, aunque sea dentro de un nivel autorizado, se le dará una penitencia adecuada. Cualquier persona que maliciosamente propone un impedimento, para evitar un matrimonio legítimo, no va a escapar de la venganza de la Iglesia”<sup>683</sup>.

El patrimonio conyugal que surge como la unión de un hombre y una mujer en matrimonio resulta de la unión de varios bienes que tienen un origen diverso. La familia entrega a la mujer su *ajuar*, y el marido entrega a la mujer la *dote* y aquellos bienes que forman la donación de la mañana (*Morgengabe*). Una porción de la dote se anticipa en concepto de arra. Una vez que los esposos llegan a la

---

<sup>683</sup> [mb-soft.com/believe/tssm/lateran.htm](http://mb-soft.com/believe/tssm/lateran.htm). TANNER, N. P., *Los concilios de la Iglesia: breve historia* (Madrid, 2003).

vejez, ese patrimonio conyugal recibe lo que la legislación visigótica denomina lo que “marido y mujer adquieren durante el matrimonio”<sup>684</sup>.

En Aragón la Compilación villarense y en Castilla el Fuero Viejo dan fe de la existencia de una circulación de bienes dentro del matrimonio<sup>685</sup>. Aquí se designa como dote o como arras, al conjunto *dote-arras-Morgengabe*. También se cree en la necesidad de fijar una cuantía para la dote-arras, un límite máximo de un tercio del patrimonio del marido hidalgo. El ajuar es destinado a lo mismo en ambos textos<sup>686</sup>.

El sistema castellano otorga la retención vitalicia de la *dote ex marito* a aquella mujer que haya quedado viuda, si lleva buena vida y no se vuelve a casar. Eso sí, estos bienes deberán retornar a los herederos del marido premuerto del tronco que los constituyó para comprar a la novia<sup>687</sup>.

Sin embargo, el sistema aragonés recoge que la esposa reciba su dote, a pesar de su comportamiento, heredando sus hijos y nietos en su caso, aplicando este supuesto a todos los posibles matrimonios del varón constituyente del patrimonio dotal. Lo más plausible es que la reserva de los bienes sería para aquellos hijos habidos entre el marido y la esposa para así la mujer no perder los bienes dotales<sup>688</sup>.

Finalmente, podemos afirmar que se equiparan los conceptos de arra y dote, ya que la arra es una parte de la dote y de ahí que se pueda confundir. Aquellos bienes tipo *ornamenta muliebria* siempre

---

<sup>684</sup> *Ibidem.*: 1310.

<sup>685</sup> MURO MARTÍNEZ, J., *Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá. Compendiados y anotados* (Valladolid, 1874), p. 82. *Fuero Viejo 5,1,1: Arras y gananciales de la mujer del Hidalgo. Todo Hidalgo pueda dar en arras a su mujer el tercio del caudal que tuviere; y ella, muerto el marido, continuará disfrutándolas por toda su vida, siendo esta buena, no casándose y consintiéndolo los herederos: si no lo consintiesen, den quinientos sueldos a la Viuda, y reciban de ella dichas arras. En el caso de dejarla estas, no pueda ella venderlas ni enagenarlas mientras viva; y cuando se case ó se muera vulevan á los herederos. Muerto el marido pueda la mujer llevarse toda su ropa y su lecho, su mula ensillada y enfrenada si la aportó ó heredó, ó si se la dio el marido; y tambien los muebles que hubiese llevado al matrimonio, y la mitad de las ganancias que hubieren adquirido viviendo unidos”.*

<sup>686</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 1311-1312.

<sup>687</sup> *Ibidem.*

<sup>688</sup> *Ibidem.*

fueron a parar a manos de la mujer en caso de disolución del matrimonio y los que pertenecían al grupo *dote arra-donación de la mañana* serían para aquellos hijos que el marido tuvo con la mujer a la que había dado esos bienes<sup>689</sup>.

Las donaciones que se producen con ocasión del matrimonio, si terceros pueden dar fe de su existencia se pueden reclamar, al considerar que están afianzadas al participar los donantes en instituciones creadas al efecto como el *yantar de riedra*, por ejemplo<sup>690</sup>.

Las donaciones entre ambos cónyuges tenían un límite de un quinto del patrimonio mueble y una heredad en usufructo<sup>691</sup>. En Logroño, por ejemplo, admiten las donaciones realizadas entre ambos cónyuges, del mismo modo que ambos pagan las deudas contraídas por el otro<sup>692</sup>.

Las donaciones realizadas a hijos estuvieron limitadas. En el derecho castellano estaban constreñidas a cinco sueldos. Las cuantías que se podían entregar a los nietos, fueron por otra parte, mucho más cuantiosas. Estas últimas tenían que respetar la regla de la colación

---

<sup>689</sup> *Ibid.* p. 1313.

<sup>690</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, p. 66. “129. Título de los omnes que mandan algo abodas o a desposorios quando comen. Esto es por fuero: que quando viene a ora de desposorio e de casamiento e dan algo al nouyo e ala nouya otros omnes quales quier, todo aquello que mandare ala boda o al desposorio, quanto que comienren y, pueden preñar los por ello sy non gelo quisieren dar. Et sy quisieren negar lo e dixiere que gelo prouara con testimonio de su vesindat, sy pudiere auer omnes dela vesindat, proue con ellos. Et sy non pudiere auer tales prueuas, prueue con omnes de fuera que se avertaron al comer dela boda o al desposorio faser”.

<sup>691</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, p. 150. “276. Título de omne que non puede mandar por su alma. Esto es por fuero de Çereso: el omne de manero o que aya fijos, de que fuere alechugado enfermo e la cabeça atado, non puede dar nada por su alma, heredamiento que vala, salvo sy otorgan los que an de heredar lo suyo; e de mueble puede dar fasta quatro o çnco maravedis sin el annal. Et puede el marido dar ala muger, o la muger al marido, el quinto del mueble et vna heredad en sus días”.

<sup>692</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 145, 156-157. “264. Título en como puede dar el marido a la muger e la muger al marido. Esto es por fuero de Logronno: que puede dar el marido ala muger e la muger al marido / 289. Título del omne que casa o de la muger como a la meatad de lo que ouyere el vno del otro. Esto es por fuero de Logronno: que el dia que fuere el omne con su muger casado aura la meatad de todo el mueble, el marido dela muger, e la muger del marido. Et toda cosa que ouyese cada vno dellos fecha por su cabo cada vno ante que casassen, ambos ados lo abrían de pechar por medio. Et depues que fuesen casados, otrosy”.

para la partición, sobre todo si se trataba de inmuebles. Asimismo, existían reglas para que se excluyeran de tal colación los muebles donados con ocasión del matrimonio, si los demás hermanos otorgaban<sup>693</sup>.

La comunidad económica conyugal en España es patrimonialmente única, la cual se fracciona por la mitad cuando se extingue el matrimonio, aunque posee determinados rasgos según sea el territorio en el que nos encontremos. En Castilla se denominó sociedad de bienes gananciales; en Aragón sociedad de gananciales más los bienes muebles; en Vizcaya sociedad universal de bienes y en Navarra sociedad de gananciales de todos los bienes si existían hijos, pero si no había, se denominaba de gananciales y bienes muebles<sup>694</sup>.

En un intervalo breve de tiempo, la masa patrimonial que se constituía una vez que se creaba el vínculo matrimonial y la que se generaba posteriormente por la vida y actividades comunes de los cónyuges se diluyó<sup>695</sup>.

---

<sup>693</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 63-64. “125. Titulo dela heredat o ropa que padre et madre dan afijo en casamiento. Esto es por fuero: que sy padre o madre dan a fijo heredat o ropa en casamiento o coçedras o sanannas otra tal ropa o colchas o otra ropa que sea de yaser e ouyere otros fijos et otras fijas que sean de tiempo e non otorgaren o non sean de bedat para otorgar et viene atiempo que muere el padre o la madre e demandan los otros fijos, que adugan la heredat apartición o la ropa, osy non entergue se cada uno de sennos tantos sy ouyere de que. Et sy non ouyere de que, que aduga la heredat o la ropa apartición qual fuere vsada e con su salua que aquella es la ropa e non an mas de aquella. Ca non puede dar padre nin madre mas avn fijo que a otro mas de çinco sueldos. Mas puede dar anietos o a nietas vn dado qual quisiere, sacadas las meiores casas. Et sy non ouyere mas de vnas casas, puede dar la meatud o el terçio o el quarto. Et la heredat que el padre da a fijo e da lo a otro omne por encubierta, sy fuere tiempo que los otros hermanos quieran demandar esta heredat, non la deuen demandar a aquel que la compra, nin el quela compra non se deue saluar por ella; mas aquel su hermano cuya dice que es la compra, a aquel la deue demandar. Et sy viniere de conosciado o gelo puidiere prouar que para el es aquella compra, deue adusir aquella compra a partiçión. Et sy non fuere de conosciado, deue se saluar en los sanctos que non es para el aquella compra”.

<sup>694</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1314.

<sup>695</sup> La Compilación Villarene, 1, distingue la vida económica de cada cónyuge hasta la constitución de la dote de lo que ocurre posteriormente cuando “*adquiret marito et muliere sedendo*”.

En toda Europa ha habido una evolución desde la comunidad de administración hacia la comunidad de bienes<sup>696</sup>:

- En la comunidad de administración el marido gestionaba tanto sus bienes como los de su mujer, ya que esta última era dueña del ajuar, del cual tenía su administración, de la dote, las arras y la donación de la mañana. Tanto el marido como la mujer eran propietarios de sus propios patrimonios. De hecho, el patrimonio de la mujer no respondía de las deudas de su marido<sup>697</sup>.

- En la comunidad de bienes ambos cónyuges contribuyen con sus bienes a la sociedad conyugal. El marido es el administrador de todos los bienes de la sociedad, ya que éstos no se encuentran separados dentro de la misma. Todo el patrimonio responde de las deudas contraídas por el marido, por tanto, los bienes de la mujer pierden protección jurídica<sup>698</sup>.

---

<sup>696</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1316.

<sup>697</sup> La Compilación Villareense, 15, permite al marido, dando fianza de estar a Derecho y manifestando el origen de su título quedarse con las cosas que su mujer reclame como suyas, pero la mujer no puede hacer lo mismo.

<sup>698</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1317. En el libro de los Fueros de Castilla se recogen diversas estrategias para poder dividir los gananciales por la mitad. Veamos algunos ejemplos : “23. *Titulo delos omesidios. Esto es por fuero: que todo omne que matare a otro e fuere apreziado que deue dar omesidio o calonnaia, que se entergue el meryno en mueble del omesidio sy fallare en que. Et sy no fallare en que se entergue, enterguese en la hereditat de omne en la que onyere ganado con su muger. Et sy en esto non onyere enterga, que se entergue en el matrimonio de su muger, en el heredamiento de ella auya de ante que con ella casasse. Esto fue juzgado por Garcia Molinero, marido de Julianna, que mato a Johan Cortes / 143. Titulo de omne e de muger que son casados en vno e fijos e fijas an en vno e muere el vno dellos. Esto es por fuero: que vn omne e vna muger son casados en vno e an fijos e fijas en vno et muere el vno dellos e el otro casa otra ves o mas e a fijos e fijas, et viene a tiempo quelos fijos e las fijas del primero marido muerto o dela primera muger muerta demanda partiçion al pariente bino, et dise el pariente bino que non gela deue dar, que mas a de trenta annos que es muerto el padre ola madre por quien demanda partiçion: por ningun tiempo que aya non puede anparar que non de partiçion alos fijos o alas fijas del primero marido o dela primera muger, fuera sy pudiere mostrar commo an leuado partiçion e prisieron pagamiento de partiçion; e deue leuar la meatat del mueble quel fallaren e de quanta hereditat a ganado dante e depues que murio su padre o su madre de aquellos que demandauan partiçion; et non denen dar en las deudas nada que ellos fisieron depues que murio su padre o su madre, mas denen dar la meatat en deudas que fisieron con su padre o con su madre de aquellos que demandan partiçion. Mas sy es muerto aquel padre o aquella madre a quien denyen demandar partiçion et non gela demandaron asy commo fuero es en ante que muriesse, non denen*

En el Libro de los Fueros de Castilla también reguló la manera y tiempos de residencia que pueden considerarse domicilio común de un grupo familiar, con el objeto de atribuir a sus miembros la posibilidad de actuar en Derecho como parte de ese grupo<sup>699</sup>.

*“130. Titulo delos fijos e delas fijas que se uan de casa por casamiento e por otra guisa con licencia. Esto es por fuero de omnes que an fijos o fijas e van se dellos fuera de casa por casamiento o por al e fincan dellos en casa e ganan heredades e muebles por casamiento o poral e viene a tiempo que muere el padre o la madre: et morando estos con ellos, pueden los fijos que son de fuera demandar partiçion en mueble et en herdat et en quanto an ganado los fijos que fincaron con el padre, sy ante non gelo ouyessen quito quanto que ganasen en casa del padre o dela madre. Mas aquien tal commo esto abiniessi, salga se con lo suyo e vayase a otra casa morar ante que el padre ola madre mueran. Et sy por ventura el padre o la madre menos cabaren lo suyo e sean venidos apobredat e alguno de sus fijos fuere rico omne e quisiere leuar asu padre o asu madre asu casa e faser les algun bien e dixier alos otros hermannos quel quiten, que sy el padre ola madre vinieren en casa que non demanden partiçion, et sy non le quisiere quitar, por eso non deue dexar de faser bien al padre o ala madre e leuar los asu casa. Et ala ora quelos ouyere de leuar, llame alcalles e omnes buennos que vean quanto lienan asu casa el padre o la madre. Et esto fasiendo non se deue temer de sus hermannos delos suyo*

---

*recodir los otros fijos dela partiçion / 197. Titulo del heredamiento que marido e muger ganan delos monesterios para en sus días. Esto es por fuero: que sy marido e muger an vna herdat ganada de monesterio por sus días e an fijos o fijas e muere el marido o la muger e demandan los fijos al pariente biuo queles de parte dela renta de aquella herdat, non les deue dar parte dela renta de aquella hereda talos fijos, fueras sy fue puesto por paramiento de entre ambos quando la herdat ganaron por sus días, e mostrandolo commo es derecho / 252. Titulo dela partiçion que demandan los fijos al padre o ala madre. Esto es por fuero: que varon e muger casan en vno, et el vno dellos aduse bacas o oveias o puercos o cabras o ieguas u otro ganado, et despues faser fijos, e muere el vno dellos, el marido o la muger, e dexan fijos; e demandan los fijos partiçion al pariente biuo, e el pariente biuo dales partiçion de todo, de mueble e de herdat, e non le quiere dar partiçion del ganado que auya ante que casasse: el pariente biuo mostrandol queera suyo commo es derecho, non dara partiçion alos fijos. Mas deue les dar partiçion dela criason que fiso el ganado / 280. Titulo del fuero de Çereso de commo deue tornar heredamiento rays a rays. Esto es por fuero de Çereso: que sy vn omne es casado con una muger e compra una herdat, et aquella herdat que compra es de sus pariente e viene de su heredamiento de aquel quela compra, et pertenesce a el tanto por tanto, et depues muere aquel omne quela herdat compro e demanda la muger la meytad dela herdat que compro su marido, non la deue auer; mas deuen la entergar en dineros los fijos delo que costo la herdat, dela meytad, e auer los fijos la herdat” (EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, Op. Cit., pp. 18, 76-77, 103, 137, 152).*

<sup>699</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1318.

*por que madre nin padre mueran en su casa. Esto es por postura del conçeio de Burgos e non es por fuero de adusir padre nin madre asu casa con lo suyo. Et viniendo el alcalde et omnes buennos dela villa e non lo otorgan los otros fijos, et sy muriere el padre ola madre en casa del fijo, non se deue temer delo suyo.*

131. *Titulo de omne que a fijos e fijas e mora alguno dellos cerca de su casa. Esto es por fuero de quien a fijos o fijas e mora alguno cerca de su casa que aya pared en medio e en aquella pared haya puerta o forado que pueda pasar omne de la vna casa ala otra e morando assy muere el padre ola madre: pueden le demandar los otros hermanos partición, tan bien commo sy morassen con ellos en su casa*<sup>700</sup>.

La ruptura del vínculo matrimonial podía producirse por parte de ambas partes, aunque predomina el iniciado por parte del hombre. La mujer tiene peor capacidad de iniciativa para planterla, aunque puede repudiar a su marido, incluso noble, si ella también lo es. En el sistema jurídico medieval se encuentran dos modelos para llevar a cabo la disolución del matrimonio; uno proveniente de la *traditio* germánica y otro de la *legislatio* visigótica<sup>701</sup>.

La legislación medieval regula el divorcio de una forma liberal, al estilo del derecho germánico, en donde el hombre se encuentra en una situación privilegiada. La Iglesia intentó que no se produjeran divorcios, defendiendo la indisolubilidad del vínculo matrimonial. De hecho se distinguían dos tipos de casos<sup>702</sup>:

- Matrimonio *ratum et consumatum*, el cual era indisoluble ya que la unión sexual los unía, pudiendo suspenderlo, por ejemplo, la comunidad familiar quien podía separar a ambos cónyuges en lecho (*tborum*) y mesa (*mensa*), pero sin la posibilidad de que contrajeran otro matrimonio.

---

<sup>700</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 66-67.

<sup>701</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1318. En el Derecho germánico se podía disolver el matrimonio en cualquier momento. El hombre podía repudiar a la mujer en supuestos de adulterio, esterilidad o delito de la mujer contra el marido. La mujer solamente podía repudiar al marido en casa de delito grave por parte de éste. El Derecho visigótico prohíbe el divorcio, excepto si la mujer cometía adulterio, en cuyo caso era entregada al marido.

<sup>702</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1319.

- Matrimonio no consumado, el que podía llevar a la disolución del vínculo matrimonial.

Las segundas nupcias fueron reguladas en el derecho medieval en lo que a los efectos económicos se refiere solamente<sup>703</sup>.

## **5.2.- Capacidad jurídica / Capacidad de obrar de la mujer.**

Como no podía ser de otra forma, el nacimiento determina la adquisición de la capacidad, aunque determinados fueros exigen que se cumpla algún requisito más. Así el Val de Funes requiere la viabilidad del *nasciturus*, en Teruel se exige un plazo de un año y un día, en Soria, Daroca, Cáceres, Usagre y Béjar se exigen nueve días para adquirir capacidad<sup>704</sup>.

Las modificaciones de la capacidad de obrar varían teniendo en cuenta una serie de condicionantes, como son la edad, el sexo, la enfermedad, la infamia...

La mujer se encuentra sometida a la tutela de padres, hermanos o parientes, necesitando su aprobación para la celebración del matrimonio. La mujer siempre alcanza cualquier tipo de *status* después del varón.

En el período de tiempo en que la mujer es menor de edad, para los supuestos en los que no estuviera habilitada para actuar, quedará sometida a un régimen de protección. Existen varios ejemplos en los que un menor necesita que se complemente su capacidad en el Libro de los Fueros de Castilla<sup>705</sup>:

---

<sup>703</sup> *Ibidem*. El Fuero General de Navarra 2,4,23 señala que el villano viudo que quiera contraer segundas nupcias tiene que partir la sociedad de gananciales anterior antes de casarse y si no la hace los hijos del primer matrimonio pueden exigir parte de las heredades de la segunda mujer como gananciales de su padre.

<sup>704</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1195.

<sup>705</sup> *Ibid.* p. 1197.



“28. Titulo delos huérfanos que fincan sin tiempo. Esto es por fuero: de todo huérfano que finca sin tiempo, que non pueden vender nin dar nin enagenar si non fuere por tres cosas: por coyta de fambre o por deuda de padre o de madre o por pecho de rey. Et por estas tres cosas deue ser prendado el mas çercano pariente del huérfano o huérfana que fuere, e venda la heredad el pariente por mandado del alcalde por estas tres cosas; e esta venta vala, e quello den a quien mas de por la heredad / 29. Titulo delos niños que son feridos ante de siete annos. Esto es por fuero: que ningun ninno ferido non deue ser coniuurado fasta siete annos, mas deue ser coniuurada la madre o el ama que la cria; e vale el apreciamiento. Et de siete annos arriba, deue ser coniuurado el ninno o la ninna que fuere ferida; e vale el apreciamiento / 104. Titulo de omne e de muger que muere e dexa fijos chicos. Esto es por fuero: que quando muere omne omuger e dexa fijos chicos que non an tiempo e les dexa el padre o la madre heredad o mueble, deuen los parientes mas çercanos dellos tener lo, dando tanto dello de renta quanto uno o otro dar. Et sy el padre ola madre o el uno dellos fuere biuo u otro omne quisiere el heredamiento del huérfano e dier mas dello que non dan los parientes e diere buen recaudo del auer, et sy omne fuere que non a parientes en la villa, deuen los alcaldes arrendar lo a quien diere mas dello et tomar buen recaudo. Et quando los niños fueren de tiempo que ayan lo suyo en saluo, et sy por ventura murieren los niños, quello ayan los quello ouyeren de auer. Era de mill et dosientos e veynte e vn annos / 298. Titulo en commo deue tener la vos el mas çercanno dellos. Esto es por fuero en casa del rey: que sy a los huérfanos que non an tiempo les demandare algun omne alguna demanda, deue ser llamado el mas çercanno pariente. Et sy ouyere tomado los bienes delos huérfanos commo es derecho deue aquel recudir a rasonar por los huérfanos. Et sy non quisiere rasonar, prender le fasta que venga rasonar. Et sy non ouyere tomado lo de los huérfanos e non quisiere rasonar, denese enagenar ante alcalde de aquel heredamiento. Et sy murieren aquellos huérfannos sin tiempo, que nunca herede en ello. Et esto fecho demande al otro pariente que fuere mas cerca e pasar por tal. Et sy aquel non quisiere, otrosy deue se enagenar delo delos huérfanos. Et esto fecho demande a los otros e pasar por tal. Et de que pariente non fallaren, deuen los alcaldes rasonar lo delos huérfanos<sup>706</sup>.

Pérez-Prendes afirma, al contrario que Alfonso García-Gallo, que la regla general no es una igualdad formal entre hombre y mujer, aunque existan algunos supuestos en que si exista una igualdad entre ambos. Por ejemplo, se paga la misma composición en caso de

---

<sup>706</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 20, 21, 52, 161-162.

homicidio, el tiempo para la finalización de la tutela es el mismo, la capacidad de disposición sobre los bienes propios o de adquisición por medio de herencia. Veamos algunos ejemplos en el Libro de los Fueros de Castilla<sup>707</sup>:

*“133. Titulo del omne que el e su muger mete a otro por fiador. Esto es por fuero: que sy omne con su muger mete a otro omne por fiador o por deudor, ambos de man común deuen pechar al omne commo es fuero de villa. Et despues va de la villa aquel omne quel echo fiador e va aquel omne que a pechado e ala muger de aquel que echo fiador o deudor (et va aquel omne que a pechado) quel de los marauedis que a pagado por el e lo demás lo que fuere derecho, et la muger dice que verna su marido e fara lo que sea derecho: tal commo esta non deue auer plaso ninguno, mas pague luego sil fallaren mueble; et sy non quel prendan el cuerpo fasta que pague. Esto fue juzgado por don Gil Bubon e por Johan Marco quel echo fiador don Gil Bubon e su muger a Johan Marco. Et queria desir la muger que despues fuera su marido en la villa e non querello commo es fuero; e mando pagar el alcalde / 239. Titulo de deuda o de fiaduria que faga la muger sin otorgamiento del marido. Esto es por fuero: que muger que ha marido e fase deuda o echa fiador a otro omne por qual quier deuda que sea, et el marido non lo ouyere otorgado, non pagara la deubda nin quitara la fiadura que ouyese fecha, amenos delo mandare e otorgar su marido, de cinco sueldos arriba, fueras ende sy es muger pannadera o muger de buon ode tales omnes que sus mujeres compran e venden e plase a los maridos; e de commo les plase dela compra que faser en que ganan, assy deue pagar lo que ellas mallieuan; e dela deuda que faser las mujeres sin mandar e lo otorgar, non lo deuen quitar demás de cinco sueldos o enparar lo ay demientre los maridos fueren biuos, e non pagaran nin ellos nin ellas nada de çinco sueldos arriba. Et depues quelos maridos fueren muertos, deuen dar ellas lo que han malleuado e quitar las fiaduras que auyan fechas; et sy ellas fueren muertas, los que eredan lo suyo, seyendo prouadas las deudas commo es derecho / 284. Titulo de una fasannya de un serranno de Canoles e de Roman de Vario dela Vinna. Esto es por fasannya de un serranno de Canoles que demandaua a Roman de Vario la Vinna quel denya dineros de carneros quel vendio el: et vino Roman con el serranno ante el alcalde e vino de conosçido Roman quel denya trese marauedis e fuesse Roman dela villa e depues vino el serranno e demandaua ala muger de Roman la deuda e ella non entrara deudera al serranno con el marido e disia ante el alcalde que non denya recodir fasta que su marido recudiesse, que ella non*

---

<sup>707</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 1199-1200.

*entrara fiadora nin deudora con el marido. Et iusgo el alcalle que ella non denya recudir fasta que su marido viniessse; mas quando el marido era venido en conosçido ante el alcalle e denya la denda al serranno, que onyessse plaso la muger fasta medio anno e un dia, e depues que recudiesse la muger por el deudo. Et sy ante muriessse el marido e ella parasse lecho en su casa commo por omne muerto, que la muger recudiesse por el deudo e non atendiesse el serranno fasta el medio anno*<sup>708</sup>.

Por otra parte, se recogen algunos supuestos en los que la mujer goza de algún tipo de privilegio. Ejemplos de ello son recogidos por el Libro de los Fueros de Castilla:

*“165. Titulo de omne que fiere amuger. Esto es por fuero: que sy omne fiere amuger et viene ante el alcalle afaser derecho et viene de niego que non la firio e onyere se a saluar en los sanctos, deue tomar la jura su marido o su fijo silos onyere; et sy non, tomar la a un su pariente. Et sy viniere de manifiesto, deue dar derecho, deue lo prender su marido osu fijo. Et sy marido o fijo non onyere, deue lo prender vno de sus parientes. Et sy vna muger fiere a otra muger e deua dar derecho ala ferida, denen la prender / 285. Titulo de muger prennada que meresse justiciar, que non deue ser justiciada fasta que sea librada del parto. Esto es por fuero: que sy una muger fuere presa para justiciar e fuere prennada, non la denen justiciar fasta que sea parida. Et sil demandaren deuda que deua jurar, non deue jurar fasta que sea parida”*<sup>709</sup>.

Si bien, en aquellos aspectos esenciales, como sería la capacidad para testificar<sup>710</sup> no posee igual condición que la del varón. Tampoco puede adoptar.

---

<sup>708</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 68-69, 127-128, 154-155.

<sup>709</sup> *Ibidem.*, pp. 88-89,155.

<sup>710</sup> *Ibidem.*, pp. 14, 24. “14. Titulo de las mugeres que son forçadas. Esto es por fuero: de toda muger escossa que fue forçada de omne que yaga por fuerça con ella que se mostro por querellosa e que venga ante el alcalle, e el alcalle mandela apreçiar asu muger con otras buenas mugeres, e que sean coniuradas e que recudan: amen. Et que non sean aquellas mugeres çercannas de parentesco de aquella muger que se querella por forçada. Et estas mugeres denen la catar; et sy estas mugeres fallaren por uerdad que es asy forçada commo ella se querello, peche aquel fiso la fuerça al merino tresientos sueldos; et el cuerpo finque a juyzio del rey / 39. Titulo delos apreçiamientos delas mugeres dela çinta arriba. Esto es por fuero: quel alcalle deue apreçiar ala muger dela çinta arriba;

El testimonio de una mujer queda reservado a aquellos supuestos en los que sea parte esencial al caso, como son las violaciones, abusos deshonestos, partos, trabajos femeninos, compadrazgo, matrimonio. Si fuera una mujer de buena fama, su testimonio en un testamento vale como el de un villano, y el que puedan prestar dos féminas de ese estamento tiene el mismo valor que el de un infanzón<sup>711</sup>.

### 5.3.- El Derecho sucesorio de la mujer en el derecho medieval.

En el derecho sucesorio medieval coexisten dos formas de llevar a cabo las últimas voluntades del *de cuius*. La sucesión predeterminada orbita alrededor del grupo familiar, no habiendo pretensiones individuales sobre la herencia. La sucesión voluntaria, en cambio, el causante determina lo que se ha de hacer con su patrimonio. Si bien es cierto que no existieron estas dos formas por separado sino ambas figuras se entremezclaban<sup>712</sup>.

Los textos medievales más antiguos hacen referencia a patrimonios familiares cuyos titulares son padres, hermanos e hijos, cuya expectativa hereditaria alcanza el séptimo círculo parental.

Debido al deseo del patrimonio común que tenía el grupo familiar, existía un rechazo amplio a la desheredación que se recoge en varios textos medievales. Cuando esta se producía el sujeto se expulsaba del grupo ya que se consideraba que sus actos dañaban al mismo<sup>713</sup>.

---

*e la muger del alcalle con buenas mugeres conjuradas la deuen apreciar dela çinta ajuso. Et otros dicen que el alcalle la deue apreciar dela çinta arriba e delos ginoios ajuso”.*

<sup>711</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1200.

<sup>712</sup> *Ibid.* p. 1320.

<sup>713</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, p. 96. “183. Título de la duenna en cabellos que se casa o se va con alguno sin plaser de sus parientes. Esto es por fuero de Castiella: que sy una muger en cabellos se casa ose va con algun omne, sy non fuere con plaser de su padre, sy lo ouyere, o con plaser de sus hermanos, sy os ouyere, o con plaser de sus parientes los mas cercannos, deue ser desheredada. Et puede la deseredar o heredar el mayor hermano, sy hermanos ouyere. Et sy ella fuere en tiempo de casar et non ouyere padre o madre e sus hermanos et sus parientes non la quisieren casar por amor de heredar l[o] suyo, et deue lo élla mostar en tres

Pérez-Prendes afirma que el Fuero de Zamora recoge que la sucesión se configura desde un punto de vista familiar, reflejando la posibilidad de que cada heredero reciba en vida del causante la cuota hereditaria que le pertenece<sup>714</sup>.

El patrimonio doméstico tenderá a escindirse en masas patrimoniales separadas entre muebles e inmuebles. Se aplican reglas o preferencias para suceder, como por ejemplo señalan los Fueros de Cuenca que recogen que los hijos heredan bienes muebles e inmuebles de sus padres. No obstante, en el supuesto de la *luctuosa hereditas*, los muebles que tenga el hijo, engrosarían el patrimonio de los padres, y aquellos inmuebles que adquirieran en los primeros nueve días de vida, si fueran recibidos por línea materna siguen su línea hereditaria al abuelo materno y si son gananciales irán a parar a manos del padre en usufructo para una vez que éste fallezca sigan su camino por la línea hereditaria que le corresponda<sup>715</sup>.

En Navarra el Fuero General de Navarra recoge tres tipos de masas patrimoniales, el *patrimonio*, la *conquista* y el *abolorio*. En la primera no se pueden disponer ya que son bienes afectos a la familia, en la segunda existe libertad de disposición y en la tercera se produce una preferencia del ascendiente troncal antes que los colaterales<sup>716</sup>.

*“Quoales de los fijos del Rey ó de richombre deve heredar el regno ó el castieylo, et quoales el mueble, et con conseio de quoales deve casar el Rey. E fue establecido pora siempre, por que podiesse durar el regno, que todo Rey que oviere fijos de leyal coniugio dos, ó tres, ó mas, ó fijas, pues que el padre moriere, el fijo mayor herede el regno, et la otra hermandat que partan el mueble quoanto el padre avia en el día que morió, et aquel fijo maior que case con el regno, et assignar arras con conseio de los richos hombres de la tierra, ó XII savios; et si aquest fijo mayor casado oviere fijos de leyal coniugio, que lo herede su fijo mayor, otrossi, como él fezo. Et si por aventura muere el qui regna sen fijos de leyal coniugio, que herede el*

---

*villas o en commo es en tiempo de casar e sus hermanos e sus parientes non la quieren casar por amor de beredar lo suyo. Et desque lo ouyere querellado e mostrado assy commo es derecho, et depues casar, non deue ser deseredada”.*

<sup>714</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1323.

<sup>715</sup> *Ibidem*.

<sup>716</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1324.

*regno el mayor de los hermanos que fue de leyal coningio. Otrrossi, tal fuero es de los castieylos de richombre ququando los padres no han sino solo un castieylo (2,4,1). Cómo puede Rey ó richombre partir regnos, villas ó heredades de conquista a sus fijos, et si sen partirlos mueren cómo deven partir los fijos. Establimus encara, que si algun Rey ganare ó conquiriere de moros otro regno ó regnos, et oviere fijos de leyal coningio, et lis quisiere partir sus regnos, puédelo fer et asignar á cada uno ququal regno aya por cartas en su Cort, et aqueylo valdrá, porque eyll se los ganó: et si por aventura aviene cosa que aya fijas de leyal coningio, et regnos, puédelas casar con de los regnos como li ploguiere; et si viene cosa que non los vuia partir et muere, deven los fijos ytar fuert, et heredar et firmarse los unos á los otros, por fuero. Otrrossi, assi es de todo richombre ó Fidalgo que aya castieylos ó villas. Et si muere el Rey sin creaturas ó sin hermanos ó hermanas de pareylla, deven levantar Rey los ricos hombres et los yfanzones cavaylleros et el pueblo de la tierra. Et esto no es assi de castieylos, nin de villas, nin de infanzones, que hán á seguir fuero de tierra (2,4,2). De quuales heredades pueden partir et dar padre ó madre á fijos, et quuales avolorio. Mandamos que nuylla cosa non sea avolorio á sobrinos, si ante non muere el padre et la madre que el abuelo; et si depues muere padre ó madre de que muere el avuello, es patrimonio Quocal finca bivo non puede fer ningun donación nin vendida, nin padre, nin madre, sin otorgamiento de los fijos, si ante non parte con cyllas, sancando heredad de conquista que ayan dado marido ó muger, el uno con otro en casamiento: asi que de las otras heredades non deshereden á los fijos, que qui de todo deshereda, de todo hereda; assi mandamos por fuero(2,4,3)<sup>717</sup>.*

En el Fuero General de Navarra no existe un derecho hereditario de ascendientes. Los bienes que hayan obtenido los hijos por industria, donación... son para sus hermanos o parientes, aunque si pueden donar aquellos bienes muebles que estimen conveniente<sup>718</sup>.

---

<sup>717</sup> FUERO GENERAL DE NAVARRA, ed. YLARREGUI, P. y LAPUERTA, S. (Pamplona, 1869), p. 17.

<sup>718</sup> FUERO GENERAL DE NAVARRA, *Op. Cit.*, p. 18. 2,4,6. “Cómo de creatura non debe tornar al padre, mas al mas prosmano. Si algun hombre ó alguna myller hán creaturas, et las creaturas ovieren heredades por dono de padre ó de madre, ó las creaturas ganasen ó conquiesessen algunas heredades et moriesse alguna destas creaturas, las heredades daqueylo muerto non deven tornar al padre ni á la madre, mas deven tornar á la hermandat, et si nó ha hermanos, á los mas zercanos parientes sus bienes deven tornar. Maguer la creatura bien puede dar al padre et á la madre del mueble mientras es bivo, et non debe dar de las heredades; et si es casado, la muger bien puede vedar que non dé de lo de eylla por fuero”.

En caso de que muera el marido villano se partirán todas las heredades del padre y la madre, quedándose ésta con unos vestidos. Si no tienen hijos, sus heredades van a parar a manos de sus parientes<sup>719</sup>.

Si fallece el padre y en el matrimonio hay hijos naturales (de ganancia), la mujer recibe sus heredades propias y la mitad de muebles y gananciales, dejando las del causante; si hay hijos legítimos (*de pareylla*) y éstos no cogen su parte, los naturales tampoco pueden coger la suya, pero si lo hacen parten todos por igual por cabezas<sup>720</sup>.

Si muere uno de los cónyuges, los hijos pueden demandar al otro cónyuge la parte del causante. Si los hijos murieron dejando nietos del fallecido, no tienen derecho a solicitar la partición. Si sobrevive un hijo y los otros murieron, si el primero solicita su parte, los nietos también pueden reclamarla. Si los nietos mayores de edad no garantizan la partición ésta no resulta válida. Si no son mayores la partición se garantiza con el pariente más próximo. Si no hay partición, conservan los bienes los tíos, sufragándoles a los nietos su subsistencia<sup>721</sup>.

---

<sup>719</sup> *Ibid.* p. 23. 2,4,21. “Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las debe criar ata que ayan hedat. Si el marido muere viviendo la muger et oviendo creaturas que no hayan hedat, los parientes del padre pueden toyller las creaturas et todo lo del padre á criar las criaturas ata que ayan VII aynos complidos: los VII aynos pasados, vayan o quisieren; et la particion deve ser atal, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos pora si, et lo al partan por meyo. Quoal que muere senes creaturas, las heredades del muerto deven tomar á su natura”.

<sup>720</sup> *Ibid.* pp. 23, 24. 2,4,22. “Cómo quando villanos casados oviendo fijos de ganancia muere el uno, el otro parte con ellos, et los de pareylla cómo. Si por ventura villano ó villana casados ovieren fijos ó fijas de barragana et si muere el padre ó la madre, el qui vivo fincare deve tener sus heredades propias et deyszar las heredades del muerto, como dicho es de suso; maguer si ovieren conquista ó ganado heredamientos ningunos, prenga la meatat destos heredamientos el bivo, et del mueble; esto es, por que no han creaturas de pareylla. Si por ventura ovieren creaturas de pareylla et de ganancia, et si los de pareylla non quisieren prender part del muerto, los de ganancia non pueden toyller part; mas quando los de pareylla tomaren part, los de ganancia deven aver tan buena part como los de pareylla por cabeza en las heredades del parient muerto. Et oviendo creaturas et non creaturas, el parient que finca vivo, prenga su part como fuero manda”.

<sup>721</sup> *Ibid.* 2,4,20. “Las creaturas de los villanos, moriendo padre ó madre pueden toyller part al vivo, et con quien et cómo deven ser criados si non son de hedat. Marido et muger villanos casados ensemble, oviendo creaturas, si muere el uno deyllos, las creaturas luego pueden toyller part del muerto al bivo; et si por aventura no oviesen creaturas bivas, et las creaturas oviesen creaturas, los sobrinos non pueden toyller al avuello rem en su vida. Mas si bive alguna creatura, luego puede

Con lo visto hasta ahora, coexiste la cuota de libre disposición, que puede ser un quinto o un tercio, según la zona de la que estemos hablando<sup>722</sup>. El Fuero General de Navarra condiciona la decisión al otorgamiento familiar<sup>723</sup>. Establece asimismo las causas para desheredar a un hijo así como la legítima que le corresponde:

*“Por quaoles cosas pueden padre et madre desheredar á creaturas et dar á una mas que á otra. En quoaal razón puede padre ó madre desafijar al fijo. Padre ni madre non puede desafijar si non por ciertas cosas; es á saber, si fiere el fijo al padre ó á la madre, ó sil faz iurar por acusamiento de crimen, ó siles prende por los cabeyllos, ó si clama traydor provado ó mesieyloante ombres bonos, ó dize á la madre destas cosas sobre scriptas, puede ser desheredada la creatura. Si el padre ha fillos ó fillas, et quisiere dar todo lo suyo á una cretura, nol puede dar, que non*

---

*toyller part, et si tuelle la creatura part, luego deven toyller los sobrinos su part, por que han tanto dreyto como las creaturas en heredades et en muebles. Et si los sobrinos non firman por si, non vale la particion, si son de bedat; et si non son de bedat, el parient mayor et el mas zercano puede firmar por ellos con bonos fiadores de cotos que lis faga firmar quoaando fueren de bedat; maguer los tios, bien pueden tener lo que no es partido ata que sean de bedat ó dén fiador, como dito es de suso, si non se aveniessen por paramientos, quar paramiento fuero vienze; maguer devenlis dar con que bivan sobre lures bienes que deven aver”.*

<sup>722</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1325.

<sup>723</sup> FUERO GENERAL DE NAVARRA, *Op. Cit.*, pp. 17, 18. 2,4,4. “Cómo los fijosdalgo, et de qué pueden asignar á una creatura más que á otra, et quoaal es avolorio, et cómo de que enzarra el estin en uno non pueden el uno desfer. Mandamos por fuero que todo richombre ó cabayllero ó ynfanzon, et toda dueyna de linage, si oviere creaturas, una ó dos, ó tres, ó mas de bendicion, et ovieren heredades en dos ó en tres reysmos ó en villas, et el padre ó la madre vivos estando lis establescieren ó lis mandaren assingnando logares, damos á fulan nuestro fijo que aya tal heredit de tal reysmo ó villa pora empues nuestros dias, et ad aqueyll otro fulan que aya la de tal reysmo ó de tal villa, et al otro fulan tal logar, et por maior firmeza desto dámoslis fianzas porque sean más firmes de Nos, et fazemos desto testigos; porque al uno, ó á los dos, ó á los tres non lis ploguere lo que el padre et la madre fazen, sean de bedat ó nó, mandamos por fuero que vala el dono á cada uno lo que fuere dado: que si el padre et la madre quieren dar á una creatura mas que á otra, bien pueden dar, heredando á las otras creaturas como fuero manda, que los fijos non lis puedan vedar ni embargar: que si el padre et la madre quisiesen todo lo podrian vender et dar, et fazer lur propia voluntat, non desheredando á las creaturas, como dicho es de suso, si por aventura non fuesen heredades de avolorio que fuessen dadas ó mandadas á sobrinos. Otrossi, assi pueden fazer el avuelo et la avuela si el padre ó madre destos fijos moriessen ante que los avuelos, que esto es avolorio á sobrinos, et lo al es patrimonio quoaando el avuelo muere ante que el padre ó la madre. Et si marido et muger fazen destin en uno et enquara cerran aqueyll destin, si el uno deyillos mories, el otro non puede desfazer el destin; maguera biviendo ambos, si les semeiare que bien non sea fecho el destin, bien pueden emendar ó ameiorar otra vez; que á todo fidalgo vale el postremero destin”.



*puede desheredar á las otras creaturas; mas del mueble puede dar mas á una creatura que á otra, ó una pieza, ó una vina, et puede ameiorar de heredamiento por razon de casamiento*<sup>724</sup>.

El Libro de los Fueros de Castilla señala que la mejora que le corresponde al hijo sea de cinco sueldos, estableciendo la posibilidad de dejar un donadío a los nietos, una vez hayan sido exceptuadas aquellas cosas más valiosas. Lo recoge el Libro de la siguiente manera:

*“Titulo dela heredat o ropa que padre et madre dan a fijo en casamiento. Esto es por fuero: que sy padre o madre dan a fijo heredat o ropa en casamiento o coçedras o sauannas otra tal ropa o colchas o otra ropa que sea de yaser e ouyere otros fijos et otras fijas que sean de tiempo e non otorgaren o non sean de hedat para otorgar et viene a tiempo que muere el padre o la madre e demandan los otros fijos, que adugan la heredat a partiçión o la ropa, osy non entergue se cada uno de sennos tantos sy ouyere de que. Et sy non ouyere de que, que aduga la heredat o la ropa a partiçión qual fuere usada e con su salua que aquella es la ropa e non an mas de aquella. Ca non puede dar padre nin madre mas avn fijo que a otro mas de çinco sueldos. Mas puede dar anietos o a nietas vn dado qual quisiere, sacadas las meiores casas. Et sy non ouyere mas de vnas casas, puede dar la meatad o el terçio o el quarto. Et la heredat que el padre da a fijo e da lo a otro omne por encubierta, sy fuere tiempo que los otros hermanos quieran demandar esa heredat, non la deuen demandar a aquel que la compro, nin el quela compro non se deue saluar por ella; mas aquel su hermano cuya dise que es la compra, a aquel la deue demandar. Et sy viniere de conoçido o gelo pudiere prouar que para el es aquella compra, deue adusir aquella compra a partiçión. Et sy non fuere de conoçido, deue se saluar en los sanctos que non es para el aquella compra*<sup>725</sup>.

Por lo que respecta a la *donatio pro anima*, es necesario recordar que supone la escisión de una porción del patrimonio hereditario para otorgarlo en beneficio del alma del fallecido. Su aspecto es el de una donación que lleva por objeto la obtención de una absolución de los

---

<sup>724</sup> *Ibid.* p. 19. 2,4,8.

<sup>725</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 63-64.

pecados<sup>726</sup>. Esta figura conecta con la posterior cuota de libre disposición por parte del causante<sup>727</sup>.

La idea central de la *donatio pro anima* es la libertad de donación a la Iglesia o a otro sujeto cualquiera, exceptuando a hijos y parientes. En esta cuota se incluye obligatoriamente el ajuar típico de la parte del muerto, caballo y armas<sup>728</sup>. El Fuero General de Navarra la limita en su forma y cuantía (el enterrorio):

*“Cómo el Rey et los monasterios quitaron el mueble á sus villanos, et á los solarigos nó, et quóanto deven aver los villanos por enterrorio. Los villanos et las villanas solían aver por fuero, aqueylos que morían de lur mueble ante que malaudia oviesen dont á morir oviesen, afillavan ad aqueylos que querían, et depues que la malaudia los prisiessse dont á morir oviesen, non avian poder de afillar á ninguno. Aquest mueble romaynnia en mano de los seynores cuyos eran los villanos. Los seynores achaquiavan los parientes que fincavan bivros, et demandavan el mueble que avian, et per lo que no avian, peyndravan á los villanos et trayanlos mal. Et ovo duelo de los villanos el rey don Sancho el Bueno, yerno del Emperador, et por la su ánima, et por aqueyllas almas que eran*

---

<sup>726</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1326.

<sup>727</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 35-37. “66. Título de omne enfermo que fase manda ante que muera e a fijos. Esto es por fuero de omne que sea enfermo et fase manda ante que muera e a fijos et da por su alma o da asu muger: todo aquello que diere por su alma ala yglesia o a otro omne por fuero, vale la manda con dos testigos de vecinos derechos a ora de muerte. Et puede del mueble dar por su alma, o una heredat que venda e dar por su alma. / 68. Título delas casas que da el marido ala muger ola muger al marido ala ora dela muerte. Esto es por fuero: que sy casa diere marido a muger o muger a marido, non puede dar las meiores casas a otra dela muerte. Ca non puede dar marido a muger nin muger a marido todas las casas auyendo fijos sy non ouyere mas vnas casas. Et sy dise delas casas en que moro el marido ala muger o la muger al marido ala ora de la muerte, et por las casas va carrera de conçeio e por de suso van las cámaras todas en uno, non las puede auer. Otrosy si fuere dado por vn dadío de marido a muger o de muger amarido a ora de muerte dos molinos en vna casa, mas es de vn donadío, o dende arriba, non deue valer, que mas non puede auer de vn molino; cados molinos en vna casa mas es de un donadío. Et si diere el marido ala muger ola muger al marido ala hora dela muerte dos heredades o mas, deue auer la vna e non mas. Et un dadío es pan e mueble e vino e ropa e oro e plata e cubas e arcas e tinas e toda vasmienta de casa e legar e vestidos e vestias e ensellamientos e armas de fuste e de fierro e vinnas labradas, las vindenmas e tierras sembradas e colmenas de abejas e deudas quel deuen e todo mueble dentro de casa e fuera de casa; todo esto es vn dadío, e puede lo dar a ora dela muerte el marido ala muger et la muger al marido, auyendo heredat que dexen a los fijos”.

<sup>728</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1327.

*acomendadas á eyll, soltó aqueyll mueble á los villanos que morian sen creaturas, et fizolos soltar a sus monasterios, en tal covinent que aquest mueble que era de los villanos del Rey et de los monasterios, fincasse á los villanos et nó á los seynores. Otrosi, que fincasse á los villanos de los monasterios et nó ha otro ombre, fueras quoanto fuero es, que espiendan al soterrar. Fuero es que espiendan los parientes al soterrar VI rovos de trigo pora en pan, et dos rovos de trigo pora endrezar la ofrienda, et VI arinzadas de vino pora beber: tanto ha de ser la espiensa de soterrar el villano por fuero. Esto es emendado por la capitulla de don Philip. Que comienza esto mesmo: Todo loar deven fincar en parientes prosmanos qui heredan lo suyo. Et los seynores solarigos non lis soltaron fueras la espienssa de soterrar et prenden la meatad; assi fazen en las tierras que el Rey tornó á dineros su meatad, et los seynores solarigos, assi como lures parientes solian prender lur meatad, así deven prender<sup>729</sup>.*

En el derecho de Castilla se exigen dos testigos y varios muebles, o el precio de la venta de un bien inmueble. En bienes muebles puede donar el valor de cuatro o cinco maravedís<sup>730</sup>. El romero o peregrino y los que van en hueste pueden otorgar esta donación antes de ponerse en camino con dos vecinos de la villa como testigos y en ruta o campaña con dos testigos del lugar donde fallecieren<sup>731</sup>.

El derecho a heredar que posee el cónyuge se ha ido consolidando con el paso de los siglos, en contrapunto con el derecho que tienen los parientes de sangre. En el Fuero de Alba de Tormes se

---

<sup>729</sup> FUERO GENERAL DE NAVARRA, *Op. Cit.*, p. 48. 3,5,3.

<sup>730</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, p. 150. “276. Titulo de omne que non puede mandar por su alma. Esto es por fuero de Çereso: el omne manero o que aya fijos, de que fuere alechugado enfermo e la cabeça atado, non puede dar nada por su alma, heredamiento que vala, saluo sy otorgan los que an de heredar lo suyo; e de mueble puede dar fasta quatro o çinco maravedis sin el annal. Et puede el marido dar ala muger, o la muger al marido, el quinto del mueble et vna heradat en sus dias”.

<sup>731</sup> *Ibid.* p. 35. “65. Titulo del omne que va en romeria e pone o manda algo por su alma con la prueua. Esto es por fuero de omne que va en romeria e que pone o manda algo por su alma: que la prueua vale con dos vecinos derechos dela villa. Et sy muriere el romero en la carrera e mandare algo por su alma, con prueua delos omnes buenos de aquel lugar, et vala la manda. Et sy e hueste moriere o fisiere manda o deuda, con la prueua de aquel lugar, vala”.

señala como la viuda conserva sus vestidos y una mula. En el de Soria se reservan para la mujer los vestidos, joyas y lo dado en arra<sup>732</sup>.

Sin embargo, el hecho constitutivo de los derechos hereditarios del cónyuge supérstite se produce cuando en un matrimonio sin herederos, se le otorga la propiedad de una parte del patrimonio común, y en un matrimonio con hijos, un usufructo temporal del mismo<sup>733</sup>. Por ejemplo, en el Fuero General de Navarra, la mujer toma la mitad del mueble y el usufructo de las heredades<sup>734</sup>.

### 5.3.1.- El testamento.

El testamento en esta época histórica era un negocio jurídico solemne y duradero *inter vivos* o *mortis causa*<sup>735</sup>. En el Libro de los Fueros de Castilla, testar es el reconocimiento por escrito de una deuda<sup>736</sup>; también sería la forma de garantizar la ejecución de una

---

<sup>732</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1329.

<sup>733</sup> *Ibidem*.

<sup>734</sup> FUERO GENERAL DE NAVARRA, *Op. Cit.*, p. 21. 2,4,13. “Cómo deven partir los hermanos heredades que han de patrimonio, et cómo se pueden costreynir á particion, et cómo deven echar suert por el que es de fuera, et qui deve aver su suert si muere. Establecemos que si hermanos han de partir heredar ó mueble, de patrimonio ó de avolorio, dévense firmar luego los unos á los otros, et dar fiadores, et fermes, assi que con aqueylla part que finquen por secula cuncta, et á esta particion deven ser todos delant; et si alguno de la hermandat, estando en la tierra non quisiere venir, dévenlo peyndrar los otros hermanos, ó que firme, ó que parta. Et si algunos de los hermanos ay fuera de la tierra, que non pueda ser, ni uniar á esta particion, deven los hermanos partir pora si et pora él su part drechurerament et poner fermes et fiadores por si et por ellos los unos á los otros; et deven tener esta part de lur hermano quita sin embargo ninguno ay no et día, et otrosi, lures partes. Et si por aventura aqueyll lur hermano viene antes de ay no et día, et non se tiene por pagado desta particion, dévese todo volver et partir de cabo, et si passa ay no et día que non viene aqueyll hermano, pueden fer cada uno lur pró daqueyllas lures partes; mas la part daqueyll hermano debe ser acomodada ad algun dey llos, assi que la tenga quita senes embargo pora hermano quoando viniere. Et si por aventura en otra tierra muere, et non viniere, et ni oviere creaturas, ni oviere myyller, deve aver el hermano mayor su part, como dicho es de suso. Et si oviere myyller et viniere, podrá tener fealdat, et tener las heredades del marido en fealdat, et cobrar la meatat del mueble; et si dey lla oviere creaturas, deven heredar la part de lur padre. Et si estas creaturas mueren ante de siet ay nos, deven fincar estar heredades al parient mayor, como dicho es de suso. Et si estas creaturas mueren pasados los VII ay nos, pueden dar et estinar lo suyo, como fuero manda; et si nó estinan deven heredar los parientes ont vienen las heredades”.

<sup>735</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1333.

<sup>736</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, p. 17. “21. Título delos testamentos del sayon e del meryno sin mandado del alcale. Esto es por fuero : que sy jues o sayon

obligación<sup>737</sup>; en otro caso sería una manifestación válida en derecho, con traslado de la misma a dueño y a mujer e hijos<sup>738</sup>.

Testamento es una disposición motivada sobre el destino del patrimonio, hecha en hora o previsión de la muerte, no revocada, la cual debe ser probada<sup>739</sup>. En el Fuero General de Navarra se denomina “destín”, siendo destín en uno si trata de un testamento mancomunado entre ambos cónyuges<sup>740</sup>.

En este período histórico la figura del testamento no existe como tal, ya que como hemos visto el testador sólo dispone en la mayor parte de los casos de una parte de los bienes<sup>741</sup>.

---

*o meryno fueren por deuda que deua vn omne a otro testar, o van prender, el alcalle non gelo ouyese mandado testar e fuere quebran tado el testamento, prouando lo con dos omnes buennos commo es derecho, aquel que quebranta el testamento deue pechar sesenta sueldos por jues e çinco sueldos por el sayon”.*

<sup>737</sup> *Ibid.* p. 31. “57. Titulo dela heredat testada de jues o de sayon por mandado del alcalle. Esto es por fuero : que ninguna heredat que fuere testada e manpresa de jues o de sayon, et por mandado del alcalle non se puede vender fasta que sea destestada. Otrosy ningun jvdio aningun cristiano (nin cristiana) nin cristia [no] ajudio non puede faser testamiento de heredat sy non mostrar commo lo compro o la ganno commo es derecho; que por que diga: touy anno e dia non la puede auer. Otrosy ninguna heredat que sea enpennada non se puede vender que vala la venta fasta que sea quita”.

<sup>738</sup> *Ibid.* pp. 70-71. “136. Titulo del mandamiento delos alcalles quando mandan al jues o al sayon testar o mantestar heredat o otra cosa. Esto es por fuero: que mandan en Burgos los alcalles que quando mandaren testar o prender al jues o al sayon alguna heredat por deuda que deua su duenno dela heredat a otro omne o a otra muger, que el jues o el sayon que lo diga quando lo testar al duenno dela heredat con testimonio de omnes buennos que testada es la heredat, o lo diga en su casa a su muger o asus fijos; e vale el testamiento con testimonio de omnes buennos, et seyendo el duenno dela heredat en la villa. Sy el testamiento fuere prouado et fuere quebran tado commo es dicho, deue pechar por el testimonio, deuen apoderar al otro en la heredat et a el prender el cuerpo fasta que faga derecho al querelloso. Et a quien muebl[e] fallaren para enterga, non le deuen testar la heredat nin prender el cuerpo”.

<sup>739</sup> *Ibid.* p. 158-159. “292. Titulo de omne e de muger que manda algo a ora de muerte por su alma. Esto es por fuero : que sy vn omne o muger a ora de muerte mandare algo por su alma e non dixiere que vala aquello que manda, mas sy se alabare ante el alcalle que gelo dio e non prouare que gelo dio, es vencido”.

<sup>740</sup> FUERO GENERAL DE NAVARRA, *Op. Cit.*, pp. 17-18. 2,4,4. [...] *Et si marido et muger fazen destin en uno et enquara cerran aqueyll destin, si el uno deyillos mories, el otro non puede desfazer el destin; maguera biviendo ambos, si les semeiare que bien non sea fecho el destin, bien pueden emendar ó ameiorar otra vez; que á todo fidalgo vale el postremero destin”.*

<sup>741</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1335.

Los Fueros recogen una serie de limitación a la capacidad de disponer. La edad, que se encuentra en torno a los siete años en el Libro de los Fueros de Castilla<sup>742</sup> y en el Fuero General de Navarra<sup>743</sup>, la libertad, la salud mental, excluyendo de la misma a los condenados a muerte, herejes, clérigos sobre bienes de su iglesia<sup>744</sup>.

La forma que deben tener estos modos de disposición son una unidad de acto, la presencia de por lo menos dos testigos y unas palabras formales nombrando al heredero de forma oral, cuando se trata de un sujeto que de por sí no posee un derecho de expectativa en la sucesión<sup>745</sup>.

La ejecución de estas voluntades se realizó mediante la figura de la *manu fidelis*, que una vez fallecido el causante, era el encargado de cuidar el enterramiento, pagaba deudas y liquidaba el patrimonio conforme a los designios del fallecido. Podían ser designados de oficio si el fallecido no lo hubiera hecho<sup>746</sup>.

---

<sup>742</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 5-6. “1. [...] *Et sobre esto establesco e mando e do por fuero que ningun ninno chico e ninguna ninna cbica nin ningun huerfano nin ninguna huerfana fasta que aya sese annos por coyta que aya nin por mengua, si non fuero por grant fambre, seyendo sanos non aya poder de vender nin de dar nin de enagennar nin de obligar afijos su heredamiento nin su patrimonio nin ninguna de sus cosas. Et sobre esto mando, depuesque cumplier siete annos, sy por uentura viniere aora de muerte e mandare dar algunas cosas por su alama, sy de aquella enfermedat muriere, franquilos yo que ayan poder de mandar la quinta parte de quanto que onyeren por sus almas”.*

<sup>743</sup> FUERO GENERAL DE NAVARRA, *Op. Cit.*, p. 21. 2,4,13. “[...] *Et si estas creaturas mueren ante de siet aynos, deven fincar estar heredades al parient mayor, como dicho es de suso. Et si estas creaturas mueren pasados los VII aynos, pueden dar et estinar lo suyo, como fuero manda; et si no estinan deven heredar los parientes ont vienen las heredades”.*

<sup>744</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1335.

<sup>745</sup> EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 92-93. “175. *Titulo de como puede dar el fijo dalgo al fijo de barraganna quinientos sueldos. Esto es por fuero de Castiella: que un fijo dalgo a fijos de barraganna puede los faser fijos dalgo e dar les quinientos sueldos. Et por todo esto non heredara enlo suyo. Et sy este fijo de barragann fisiere otro fijo de barraganna e le fisiere fijo et le diere quinientos sueldos, puede los auer et perder los el padre. Et sy canallero o escudero heredar fijo de barraganna e dixiere: “fago te fijo e heredo te” deue heredar en aquella heradat en que el fisiere fijo e non en mas. Et sy dixiere “heredo te en quanto be” deue heredar en quanto que a, fuera en monesterio o en castiello de penna. [...]”.*

<sup>746</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1336. EL LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA, *Op. Cit.*, pp. 62-63. “124. *Titulo de omne e de muger que manda algo por su alma. Esto es por fuero: que sy omne o muger muere e manda algo por su alma, aquello que puede*

En palabras de Pérez-Prendes, la comunidad hereditaria es “un todo unitario que asume la herencia en el mismo momento de la muerte del *de cuius*”. Esta comunidad en el Fuero de Sepúlveda la representa el hermano mayor. La mujer sólo aparece en la comunidad de bienes divisibles por mitad entre ella y su esposo, de tal forma que si fallece uno de ellos, sus hijos deben reintegrar la mitad de lo recibido, y a la muerte del otro, la parte restante<sup>747</sup>.

La evolución de este sistema nos lleva a que el cónyuge viudo escoge la parte que desee en imputación de su derecho y los demás herederos acuden al sorteo de lotes formados de una manera proporcional<sup>748</sup>.

---

*mandar por fuero, o sy conosçe deuda alguna que deue a otro, e fisiere mansesores e los apoderase en mueble o en hereditat que cumplan el alimosna o la deuda, et vernan aquellos deudores a quien mando aquella limosna demandar a aquellos limosneros, et diran los fijos del muerto que non son aquellos mansesores o limosneros, deuen prouar aquellos que disen que son mansesores con dos vesinnos derechos que el muerto los fizo mansesores. Et sy es mueble el apoderamiento, deuen primero entergar a los deudores e despues pagar el alimosna. Et sy el apoderamiento es de hereditat, deuen venir ante el alcalde et ante omnes buennos los mansesores e vender e non dar fiador de sanamiento; et deue valer aquella venta a aquel que lo compro, e deue entergar la deuda luego e despues el alimosna. Et los mansesores non deuen ellos comprar la hereditat de que son mansesores”.*

<sup>747</sup> *Ibid.* p. 1337.

<sup>748</sup> *Ibid.* p. 1338.





## 6.- LA MUJER EN LA EDAD MODERNA

Las mujeres tuvieron a lo largo de la historia un papel fundamental “como agentes movilizadoras de la misma, presentes y participantes en las vidas de las familias, trabajando en el ámbito doméstico o en el público, participando en los motines o movimientos revolucionarios o reivindicativos, educando y criando a sus hijos, cuidando a los enfermos...”<sup>749</sup>.

No obstante, los historiadores reflejan el papel de la mujer utilizando como marco de referencia al hombre, señalando que la mujer se encuentra en una situación de marginalidad con respecto a aquel, tanto en el ámbito de la familia, donde se encuentra supeditada la hija al padre o esposo, como en el ámbito público, donde la mujer no puede realizar trabajos sin consentimiento del marido...<sup>750</sup>

En palabras de la profesora Ortega López, “si, por ejemplo, analizamos la vida de las mujeres españolas de los siglos XVI y XVII, a la luz de las numerosas instrucciones de Confesores, libros morales o planteamientos condenatorios que la Literatura religiosa de la contrarreforma generó en abundancia, no veremos sino mujeres sometidas a las reglas del confesor, supeditadas al marido y empequeñecidas ante tantas prescripciones morales que les impedía tener una vida propia. [...] Ahora bien, si a la vez, analizamos otras fuentes como los archivos de protocolos o las fuentes inquisitoriales, percibimos a mujeres con una determinada personalidad y con planteamientos propios no siempre concordantes con la moralidad oficial”<sup>751</sup>.

---

<sup>749</sup> ORTEGA LÓPEZ, M., “Una reflexión sobre la historia de las mujeres en la Edad Moderna” en *Norba* 8-9, Revista de Historia (Cáceres, 1987-1988), pp. 159-168, p. 161.

<sup>750</sup> *Ibidem*.

<sup>751</sup> ORTEGA LÓPEZ, M., *Op. Cit.*, pp. 161-162.

Para el profesor Rodríguez-Ennes, el Siglo de las Luces es el de la mujer. Surgen una gran cantidad de personajes femeninos en la escena pública y literaria, ocupando un lugar preeminente en las obras de filósofos, médicos y escritores, entre otros<sup>752</sup>.

Voltaire manifiesta en relación con las mujeres de aquella época, que “no debe sorprender que en todas partes el hombre haya sido señor de la mujer, fundándose en la fuerza casi todo lo del mundo. Además, ordinariamente, el hombre es superior a la mujer en el cuerpo y en el espíritu. Han existido mujeres sabias, como han existido mujeres guerreras; pero nunca hubo mujeres inventoras. Han nacido para agradar y para ser el adorno de las sociedades; y parece que hayan sido creadas para suavizar las costumbres de los hombres”<sup>753</sup>.

La mujer tiene una existencia civil nula. No gozan de capacidad procesal o para la celebración de contratos; el encargado de gestionar su patrimonio es su marido; la esposa se encuentra bajo la autoridad de su marido; las mujeres, en general, no pueden acceder a la dirección dentro de las asociaciones gremiales, de los organismos políticos, municipales, regionales o nacionales<sup>754</sup>.

En España, Feijoo realizó una defensa de la mujer, asumiendo que la mujer y el hombre eran iguales, negando cualquier diferencia entre uno y otro. Sarmiento, por su parte, cree que la diferencia entre hombres y mujeres procede de la educación y no de la naturaleza<sup>755</sup>.

La capacidad jurídica civil de las mujeres es muy pobre. En su matrimonio ocupa una posición de sumisión respecto del marido. De hecho el marido posee la *auctoritas* para administrar la sociedad conyugal y dirigir a la mujer y a sus vástagos de acuerdo con los roles que le corresponden a cada uno<sup>756</sup>.

---

<sup>752</sup> GODINEAU, D., “La mujer”, Vovelle et alii, *El hombre de la Ilustración*, trad. esp. Gil Arista (Madrid, 1995), en RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 844.

<sup>753</sup> VOLTAIRE, s. v. “mujer”, *Diccionario Filosófico*, Martínez Arancon (ed.) I, (Madrid, 1995) Temas de Hoy en RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 845.

<sup>754</sup> *Ibidem*.

<sup>755</sup> *Ibid.* p. 846.

<sup>756</sup> *Ibid.* p. 847.

En el período comprendido entre los siglos XVII y XVIII, en la zona rural francesa existía una igualdad entre ambos cónyuges. Y en las sociedades anteriores a la Revolución Industrial, marido y mujer cooperaban en la sociedad conyugal a su sostenimiento. La mujer gozaba de presencia tanto en el ámbito doméstico, como en los talleres, y como nodriza o tendera<sup>757</sup>.

Para el profesor Ennes hasta la “*Segunda Guerra Mundial la mujer debe solicitar el permiso del marido para ejercer una profesión. La esposa no puede presentarse a un examen, matricularse en una universidad, abrir una cuenta bancaria, solicitar un pasaporte o un permiso de conducir... Tampoco puede actuar ante la justicia*”<sup>758</sup>.

### 6.1.- Los esponsales y el matrimonio.

Los esponsales constituyen el inicio de una serie de actos que culminan con el matrimonio. El Derecho canónico considera que una vez que se produce la unión sexual o *commixtio corporis*, se da por iniciado el matrimonio entre ambos cónyuges. Las promesas de contraer matrimonio celebradas mediante esponsales, pueden ser lejanas o futuras, prevaleciendo siempre las más antiguas y las de presente<sup>759</sup>.

En las Partidas de Alfonso X el Sabio aparecen recogidos en la Partida Cuarta del siguiente modo:

*“Titulo I. De los desposorios. Ley I. Qué cosa es desposorio e dónde tomó este nombre. Llamado es desposorio el prometimiento que hacen los hombres por palabra cuando quisieren casar. E tomó este nombre de una palabra que es*

---

<sup>757</sup> ORTEGA LÓPEZ, M., *Op. Cit.*, pp. 163-164.

<sup>758</sup> RODRÍGUEZ-ENNES, L., *Op. Cit.*, p. 848.

<sup>759</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1683. En la Ley II de la Partida Cuarta de Alfonso X, se señala que los desposorios se pueden hacer por palabras que demuestran el tiempo que es por venir, o que demuestran el tiempo que es presente. En la primera el hombre le dice a la mujer, “yo prometo que te recibiré por mi mujer”, y ella dijese “yo te recibiré por mi marido”. En la segunda el marido le dice a su futura esposa, “yo consiento en ti como en mi mujer, y prometo que de aquí en adelante te habré por mi mujer, e te guardaré lealtad”, respondiendo ella de la misma manera (LAS SIETE PARTIDAS (El Libro del Fuero de las Leyes) de Alfonso X El Sabio, ed. SÁNCHEZ ARCILLA, J., (Madrid, 2004), p. 606. 4,1,2)

llamda en latín *spondeo*, que quiere tanto decir en romance prometer. E esto es porque los antiguos hubieron por costumbre de prometer cada uno a la mujer con quien se querían ayuntar que casaría con ella. E tal prometimiento como éste desposorio se hace tanto no siendo delante aquellos que se desposan, como si lo fuesen, e no se arrepintiendo aquél que envió el mandadero, o el personero antes que el otro a quien lo envía haya consentido. E esto ha lugar señaladamente en los desposorios e en los casamientos [...]<sup>760</sup>.

La edad para desposarse son siete años, como así lo recogen las Siete Partidas, ya que en esa edad es cuando empieza a haber entendimiento, no teniendo validez el celebrado antes de esta edad, aunque fuera hecho por sus familiares. Aunque para celebrar el matrimonio con posterioridad se requiere la edad de catorce años en el varón y de doce en la mujer<sup>761</sup>.

Pérez-Prendes señala que las causas de rompimiento, aparte del mutuo disenso, fueron sintetizadas en unos versos de la época, que dicen así: *“Lepra superveniens, furor, ordinis, sanguis et absens laesaque virginitas, membri damnum, minor aetas ac haerisis lapsus fideque remissio prorsus, sponsus disocians et vota futura retractant”*<sup>762</sup>.

Las Siete Partidas recogen nueve razones por las que lo esposorios se pueden deshacer<sup>763</sup>:

- Si alguno de los desposados entra en orden de religión, lo que bien puede hacer aunque el otro lo contradijese.
- Cuando alguno de ellos se va a otra tierra y no lo pueden hallar ni saber donde está, el que permaneció debe esperar un plazo de tres años para poder solicitar una nueva licencia para casarse.

---

<sup>760</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 606. 4,1,1.

<sup>761</sup> *Ibidem.*, p. 608. 4,1,6.

<sup>762</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1683. *“Lepra sobrevenida, locura, ordenación, ausencia o lesión de la virginidad, miembro dañado, menor edad, caída en herejía y abandono de la fé; separan absolutamente al desposado y anulan las promesas futuras”*.

<sup>763</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 608-609. 4,1,7.

- Si uno de ellos se hace gafo, o contrecho, o cegase, o perdiere las narices, o le viniese alguna otra cosa más desaguisada que alguna de estas sobredichas.

- Si antes de que hubiesen de ver en uno acaeciese cuñadía entre ellos, de manera que alguno de ellos se ayuntase carnalmente con pariente o con parienta del otro.

- Si los desposados se desavienen o consienten ambos para departirse.

- Si alguno de ellos hace fornicio.

- Si alguno de ellos se promete con posterioridad con otro por palabras de presente, valen los segundos desposorios.

- Si alguien lleva robada a la esposa de alguno y yacen con ella, no es tenido de casar con ella si no quisiere.

- Si algunos se desposan antes de que cumplan la edad permitida para celebrar esponsales, si no quiere cumplir casamiento esta exento de hacerlo. Pero si uno fuese mayor de edad, debe esperar al menor hasta que tenga la edad.

Se consideraron inválidos los esponsales concertados por los padres. Los padres no pueden desposar a sus hijas, si ellas no están delante o si no lo otorgan. La Partida Cuarta, Leyes X y XI de Alfonso X lo recogen del siguiente modo:

*“Prometiendo o jurando un hombre a otro, que recibirá una de sus hijas por mujer, por tales palabras como éstas no se hacen los desposorios, porque ninguna de las hijas no están delante, ni consienten en él señaladamente como en marido, ni él en ella. E esto es porque bien así como el matrimonio no se puede hacer por uno sólo, otrosí en los desposorios. Pues el matrimonio ha menester que sean presentes aquellos que lo quieren hacer e que consienta el uno en el otro, o que sean otros dos que lo hagan por su mandado. E si el padre jurase o prometiese aquél que él había jurado a él, que recibirá una de sus hijas, que se la daría por mujer, si después ninguna de sus hijas no lo otorgase, ni quisiese consentir en aquél a quien había jurado su padre, por tal razón no las puede él apremiar que lo hagan de todo en todo, como quiera que las pueda decir palabras de castigo que lo*

otorguen. Pero aquél con quien el padre quiere casar alguna de ellas fuese a tal que coniniесе e que sería asaz bien casada con él, aunque la no puede apremiar que cumpla lo que él habí prometido, puédela desheredar, porque no agradece a su padre el bien que él hizo e hácele pesar no le obedeciendo. E esto se entiende si después de esto se casare ella con otro contra voluntad de su padre, o si hiciere maldad de su cuerpo. Jurando o prometiendo un hombre a otro que recibirá una de sus hijas por mujer, según dice en la ley antes de ésta, si ellas otorgasen e consintieren en lo que su padre hizo, en elección es del padre, que lo prometió de darle cual quisiese de ellas. Eso mismo sería si el padre prometiese primeramente que daría a su hija a alguno por mujer, no diciendo señaladamente cuál. Pues en su elección es del padre de darle cual él tuviere por bien e no la que el otro demandare. E si después de la promisión el padre señalase una de sus hijas, nombrándola por su nombre, por dársela e el otro dijere que no quiere aquella, más alguna de las otras, quito es el padre de la promisión que hizo, e no le dará la otra si no quisiere. E si antes que el padre señalase alguna de ellas por dársela, si muriesen todas fueras una, aunque no hubiese voluntad de darle aquella, tenido es de dársela por cumplir la promisión que hizo. E si aquél que hubiese prometido de casar con alguna de las hijas de algún hombre, yaciесе con alguna de ellas antes que se la el padre diese o la señalase, tenido es de tomar aquella por mujer e si no quisiese débelo apremiar que la reciba. E lo que dice en esta ley e en la de antes de ella, de las hijas, entendiесе también de los hijos<sup>764</sup>.

La siguiente etapa sería la posterior celebración del matrimonio entre ambos prometidos. La Ley I del Título II de la Partida IV de las Siete Partidas afirma que matrimonio es el “ayuntamiento de marido e de mujer hecho con tal intención de vivir siempre en uno, e de no se departir guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e no se ayuntando el varón a otra mujer, ni ella a otro varón, viviendo ambos a dos”.

Los glosadores de esta época, analizarán por qué se ha utilizado el vocablo matrimonio, en vez de utilizar la palabra patrimonio, teniendo en cuenta que el padre *auctor est generationis*, concluyendo con un reconocimiento a la mujer al hacer derivar matrimonio de la expresión latina *matris et munium*<sup>765</sup>, que significa en romance, oficio de madre. Se denomina “matrimonio al casamiento y no patrimonio, porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre.

---

<sup>764</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 610. 4,1,10-11.

<sup>765</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1686.

*Pues como quiera que el padre los engendra, la madre sufre muy grande embargo con ellos de mientras que los trae, e sufre muy grandes dolores cuando han de nacer. E después que son nacidos, ha muy grande trabajo en criarlos ellos mismos por sí. Además de esto, porque los hijos, mientras son pequeños, mayor menester han ayuda de la madre que del padre. E por todas estas razones sobredichas, caen a la madre de hacer e no al padre, por esto es llamado matrimonio e no patrimonio*<sup>766</sup>.

Los requisitos que se deben dar para poder contraer matrimonio son muy variados y se trata de una de las materias más cuidadas por el derecho canónico. El *ius comune* recogió como requisitos para poder celebrar un matrimonio válido la heterosexualidad, la pubertad, consenso o consentimiento común de contrayentes e implicados y la inexistencia de vínculos de afinidad o parentesco<sup>767</sup>.

Las causas que suponían la falta de alguno de los requisitos eran recogidas en forma de poemas. La Glosa canónica que a continuación señalamos recoge tanto los impedimentos dirimentes, que eran aquellos invalidantes de la unión y causa de su nulidad, como los impedientes que son obstáculos para contraer pero que no invalidan lo ya contraído: *“votum, conditio, violentia spiritualis, proximitas, error, dissimilisque fides, culpa, diez vetitus, honor, ordo, ligatio sanguinis quae sit et affinis quique coire nequit. Additur his, aetas, habitum coniuge furori, his interdictum subditur ecclesiae haec (si canonico vis consentire rigori) te, de iure vetant iura subire thori*<sup>768</sup>.

---

<sup>766</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 611. 4,2,1-2.

<sup>767</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 1694-1695. Para medir el parentesco se utilizó la regla de « son tantos los grados, cuantas son las personas que descienden del tronco ».

<sup>768</sup> *Ibidem*. “Impiden casarse, el voto, la condición, la violencia espiritual, la paternidad, el error, la diferencia de religión, la culpa, los días prohibidos, el honor, el orden, cualquier consanguinidad y la afinidad. Se añade a éstas, la edad, la locura habitual del cónyuge. A estas prohibiciones se te somete por la Iglesia, si se acepta la fuerza del rigor canónico, prohibiendo jurídicamente, los derechos de acceder al lecho”.

En las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio se recogen quince impedimentos para celebrar el matrimonio válidamente en la Partida Cuarta, de las Leyes X a la XIX<sup>769</sup>.

1.- Cuando se produce un error en los contrayentes, dándole a la mujer un hombre en lugar de aquel o viceversa no debe valer el casamiento. Y si se celebró se puede deshacer el matrimonio, a no ser que consientan en él después de conocerse.

2.- De la condición llamada servil. Si un hombre libre se casa con una mujer sierva o mujer sierva con hombre libre, no sabiendo que lo era, tal casamiento no valdría, excepto si el libre consintiese en el otro de palabra o de hecho después que lo supiese, otorgando casamiento o “ayutándose a él carnalmente”.

3.- El voto solemne que alguno prometiera entrar en religión. Este voto impide el matrimonio, y si se ha celebrado se debe deshacer.

4.- El parentesco carnal<sup>770</sup> y espiritual. Está prohibido contraer matrimonio entre aquellos que ostenten parentesco o cuñadía hasta el cuarto grado<sup>771</sup>. También está prohibido el matrimonio entre los

---

<sup>769</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 614-617. 4,2,10-11-12-13-14-15-16-17-18-19.

<sup>770</sup> La *consanguinitas* es la atenuencia o aligamento de personas departidas, que descienden de una raíz. Este ligamento nace del engendramiento que hace el varón el mujer cuando se ayuntan en uno (LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 623-624. 4,6,3).

<sup>771</sup> El parentesco hasta el cuarto grado comprende los siguientes familiares: “En la línea derecha que sube arriba son el primero grado padre e madre, e en el segundo abuelo e abuela, e en el tercero bisabuelo e bisabuela, en el cuarto trasabuelo e trasabuela. E en la línea que desciende derecha abajo son en el primero grado el hijo o hija, e en el segundo nieta o nieto, e en el tercero bisnieto e bisnieta, en el cuarto trasnieto e trasnieta. En la línea de travieso son el primero grado hermano o hermana, en el segundo hijos de hermano o hermana, en el tercero nietos o nietas de hermano, en el cuarto bisnietos e bisnietas de hermano e de hermana. En los grados de las líneas que suben o descienden derechamente, nunca pueden casar cuanto quiera que sean alongados unos de otros, mas en las líneas que son de travieso pueden casarlos de la una parte con los de la otra de cuarto grado pasado en adelante”. La cuñadía es la “alleganza de personas, que viene del ayuntamiento del varón con la mujer, e no nace de ella otro parentesco ninguno”. En la antigüedad fueron tres maneras de cuñadez, pero en esta época sólo la Iglesia



compadres y padrinos con sus ahijadas, ya que el compadre no se debe casar con su comadre, ni el padrino con su ahijada, ni el ahijado o la ahijada con el hijo, ni con la hija de su padrino o de su madrina, ya que son hermanos espirituales<sup>772</sup>.

5.- Aquellos que cometen el pecado de incesto. Este se produciría en el supuesto del hombre que yace a sabiendas con su parienta, o con parienta de su mujer, o de otra con quien yacida hasta el cuarto grado, o si yaciese alguno con su madrastra, o con madre, o con hija, o con su cuñada, o con su nuera, o si alguno yaciese con mujer de orden, o con su ahijada, o con su comadre. Lo mismo ocurriría con las mujeres que yaciese con tales hombres.

Aquel hombre que mata a su mujer sin razón y sin derecho no puede volver a casarse.

6.- Ningún cristiano debe casar con judía, ni con mora, ni con hereje, ni con otra mujer que no tuviese la ley de los cristianos, y si se casara el matrimonio no sería válido.

7.- Que se celebre el matrimonio por fuerza o miedo. La fuerza se ha de entender cuando uno de los contrayentes aduce al otro contra su voluntad, o lo prenden, o ligan, y le obligan a otorgar matrimonio. Por miedo se entiende cuando es producido de tal manera que todo hombre, aunque fuese de gran corazón, lo temiese, como si tuviese armas, u otras cosas con las que lo quisiera herir, o matar...

8.- Nueve grados de orden embargan el matrimonio. El clérigo que se encuentre ordenado en uno de los tres mayores, así como de subdiácono, de diácono, o de preste no se debe casar. Y si se casare debe ser deshecho ese matrimonio.

---

ordena guardar la primera. “Cuando alguno se ayunta carnalmente con alguna mujer, quiera sea casado con ella, o no, todos los parientes de ella se hacen cuñados del varón, y otrosí ellos parientes de él se hacen cuñado de la mujer, cada uno de ellos en aquel grado en que son parientes”. Si fallece alguno de los cónyuges, el supérstite no se puede volver a casar con ninguno de los parientes del fallecido hasta el cuarto grado pasado (LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 624. 4,6,4-5).

<sup>772</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 625-627. 4,7,1-8.

9.- Si algún sujeto es legado por mal hecho que le hicieron, de manera que no puede yacer con mujer. Esto se ha de entender si la prohibición existe antes de que se desposase con ella por palabras de presente. Pero si después que se hubiera celebrado el matrimonio, deviniera esta prohibición, u otra enfermedad no se desharía el matrimonio por él, salvo si hiciese “fornicio espiritual o corporal”.

10.- *Publicae honestatis iustitia*. Está prohibida toda unión entre cualquiera de los contrayentes y los consanguíneos del otro.

11.- Está prohibido la celebración del matrimonio entre aquellos que ostenten la “cuñadía hasta el cuarto grado”.

12.- No está permitido la celebración del matrimonio entre hombre y mujer si el hombre está de “fría natura”, que no puede yacer con mujer.

13.- Si alguno de los contrayentes se encuentra loco.

14.- Si aquellos que se casan no tienen la edad mínima requerida para poder celebrar nupcias, “ni han entendimiento para consentir el uno en el otro, ni son guisados en miembros ni en cuerpos para ayuntarse carnalmente”.

15.- Deviese de Santa Iglesia. No se pueden casar en determinadas fechas. Las “ferias en las que se deben guardar son: desde el domingo primero del Adviento, hasta en las octavas de la Epifanía, e desde el domingo de la septuagésima, hasta las octavas pasadas de pascua mayor, e desde el lunes de las letanías que es antes de la Ascensión, hasta las octavas de Pentecostés, que se acaban en el sábado”.

El matrimonio se celebra mediante consentimiento de ambos cónyuges, con una voluntad de casar, ante testigos<sup>773</sup>. Pero para ser un matrimonio verdadero deben consentir mediante palabras, sino el matrimonio no será tenido por válido<sup>774</sup>. Bastaba para la celebración

---

<sup>773</sup> *Ibid.* p. 634. 4,9,15. “*Testimoniar puede todo hombre que sea de buena fama sobre pleito de acusación que sea hecha para departir el casamiento por razón de parentesco o de cuñadez hasta el cuarto grado*”.

<sup>774</sup> *Ibid.* p. 612. 4,2,5.

del matrimonio la presencia del párroco, dos o tres testigos y la expresa y simultánea manifestación de voluntad de los contrayentes, con las palabras que sea costumbre usar en cada lugar y las ceremonias consuetudinarias que se ordena mantener como añadido a la forma básica común<sup>775</sup>.

Se permite el matrimonio por poderes otorgados aun representante o mandatario ya que la formulación *verbis* del asentimiento no se exigía respecto del fondo sino de la forma. Aquellos prometidos que se encontraran ausentes podían celebrar el matrimonio de esta forma si se manifestase la aceptación con cualquier signo incuestionablemente expresivo<sup>776</sup>.

También aparecían recogidos en las Siete Partidas los matrimonios encubiertos, que son aquellos que se realizan de tres formas:

- Cuando se realizan encubiertamente sin testigos, de tal forma que no se pueden probar.

- Cuando se celebra el matrimonio ante algunos testigos, pero el esposo no demanda la novia a su padre, a su madre o a aquellos parientes que la guardan, ni le da las arras en presencia de éstos, ni hace otras honras que la Iglesia manda.

- Cuando no la hacen saber a sabiendas en aquella iglesia donde son parroquianos.

El motivo por el que la Santa Iglesia defiende que los matrimonios no se celebren de una manera encubierta es porque si se produce un desacuerdo entre el marido y la mujer, de forma que no quisiese alguno convivir con el otro, aunque el matrimonio fuese verdadero, no puede la Iglesia apremiar aquél que se quisiere departir del otro. Esto es así porque el casamiento no se puede probar, ya que la Iglesia no puede juzgar cosas encubiertas<sup>777</sup>.

---

<sup>775</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1688.

<sup>776</sup> *Ibid.* p. 1697.

<sup>777</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 617-618. 4,3,1.

### 6.1.1.- Las relaciones personales y patrimoniales entre ambos cónyuges: los bienes parafernales, las donaciones y la dote.

Las relaciones que mantienen ambos cónyuges pueden ser personales y patrimoniales.

Pérez-Prendes señala que “las relaciones personales están fundamentadas en la convivencia, la fidelidad y asistencia mutua, estructurado sobre la idea básica de la jerarquía marital encomendada al marido como “cabeza de mujer”<sup>778</sup>. Graciano afirma que “la imagen de Dios está en el hombre, pero la mujer no está hecha a imagen de Dios”, estableciendo como “orden natural entre los humanos que las mujeres sirvan a los hombres y los hijos a los padres, pues no hay justicia donde los menores no sirven a los mayores”<sup>779</sup>.

La convivencia se resume en la obligación que tiene la mujer de seguir al marido en la domiciliación, la ciudadanía, el aforamiento y los traslados. No obstante, la mujer puede rehusar acompañar al esposo vagabundo o que huya por fuerza mayor. Eso sí, en estos últimos casos, la mujer no puede contraer nuevo matrimonio<sup>780</sup>.

La fidelidad deben cumplirla tanto el hombre como la mujer, entre presentes o ausentes. El adulterio se condena en ambos sexos por igual<sup>781</sup>, aunque en la realidad el adulterio cometido por mujeres era castigado en mayor medida.

Jaime de Vallseca en *De adulteriis secundum iura patriae in Catalonia tractatus*, recogía un homicidio privilegiado del hombre sobre la mujer adúltera y los adúlteros descubiertos *in fraganti*, vigente hasta el año 1963<sup>782</sup>.

---

<sup>778</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1700.

<sup>779</sup> FRIEDBERG, A., *Decretum Magistri Gratiani, Corpus Iuris Canonici, Pars Prior* (Roma, 1879). 2,33,5,12-13.

<sup>780</sup> *Ibidem*.

<sup>781</sup> *Ibidem*. 2,33,5,23.

<sup>782</sup> El Código Penal de 1944 recogía en su artículo 428 este privilegio. Dice así: “El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones

Las relaciones patrimoniales son aquellas relaciones económicas que se producen en el ámbito de la sociedad conyugal. Las masas patrimoniales que componen esta sociedad son los bienes parafernales, las donaciones y la dote.

- Los bienes parafernales, ya sean muebles o raíces, son aquellos cuya propiedad ostenta la mujer, no entrando en el recuento de la dote<sup>783</sup>. Si bien, la mujer puede otorgar al marido la custodia y depósito de tales bienes mientras dure el matrimonio.

El marido debe rendir cuentas a su esposa sobre los frutos que aportan los bienes parafernales, excepto si los gasta, con conocimiento de la mujer, en algo para el conjunto familiar o se hubiesen invertido contra su voluntad. Los herederos del marido debían restituir esos frutos, excepto si los percibiesen con conocimiento de la esposa<sup>784</sup>.

---

*de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres con respecto a las hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas”.*

<sup>783</sup> STS 101/1904, de 6 de julio. “[...] y que respecto á la determinación de los bienes del marido en los bienes parafernales, había declarado este Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 8 de Octubre de 1866 , 29 de Octubre de 1867 y 5 de Diciembre de 1855 , que los derechos reconocidos á la mujer respecto á los parafernales se entendían sin perjuicio de la intervención, que, según las leyes, debía tener el marido en los netos y contratos, que sin su licencia no podía aquélla celebrar, demostrando la sentencia de 11 de Diciembre de 1902 que esta doctrina no había sido alterada por el Código civil”.

STS 1314/1884 de 7 de noviembre. “Considerando que el marido es el representante legal de los derechos de la mujer, la cual sólo tiene personalidad para comparecer en juicio cuando lo verifique con licencia marital, ó la del Juez en su defecto: Considerando que si bien es cierto que la administración de los bienes parafernales corresponde á la mujer cuando no los entrega señaladamente al marido, también lo es que esta doctrina inconcusa debe entenderse sin perjuicio de la intervención que las leyes dan al jefe de la sociedad conyugal en todos los actos de la mujer casada, mientras subsista el matrimonio: Considerando que la Marquesa de Manzanedo compareciendo en los autos de testamentaria de su difunto padre sin la licencia de su marido ó la del Juez en su defecto, no tiene personalidad en el presente caso, y en tal concepto la sentencia recurrida, que lo reconoce así, no infringe las leyes y doctrina que se invocan en los dos motivos del recurso”.

<sup>784</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1702. *Vid.* LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 643. 4,11,17.

- Las donaciones pueden ser de dos tipos: *propter nuptias* y *sponsalitia largitas*.

1.- *Propter nuptias* son las donaciones hechas por quien era prometido a su prometida. Esta donación en España se denomina arras. Tal y como recoge la Partida Cuarta de Alfonso X, el término arra se refiere al peño que es dado entre algunos para que se cumpla el matrimonio que prometieron de hacer. Y si por alguna circunstancia el matrimonio no se llegase a celebrar, el peño debía quedar a salvo para aquel que guardase el prometimiento que había hecho y que lo perdiese el otro, que no guardase lo que había prometido<sup>785</sup>.

Esta donación se consideró consuitida en la misma cantidad que la dote, siendo para Azón una especie de fianza en garantía suya. Cuando se hubiera celebrado el matrimonio, si esta cuantía fuera menor que la dote, no cumpliría su propósito, y si fuera mayor encubriría la donación entre cónyuges<sup>786</sup>.

2.- *Sponsalitia largitas* que es el donadío de esposo. Es el don que da el esposo a la esposa o ella a él, sin condición alguna, antes que el matrimonio se cumpla por palabras de presente. Éste debe volver al donante si el matrimonio no se celebra por culpa del donatario, pero si fallece alguno de los cónyuges se adjudicaría de la siguiente manera:

- Si muere el esposo que hizo el don antes de besar a la esposa, lo donado debe reintegrarse a los herederos del causante; pero si la hubiera besado, sólo debe devolver la

---

<sup>785</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 638-639. 4,11,1. “*Qué cosa es dote, e donación e arra, e en qué tiempo se pueden hacer. [...] E lo que el varón da a la mujer por razón de casamiento es llamado en latín: donacion proter nuncias, que quiere tanto decir como donación que da el varón a la mujer, por razón que casa con ella. E tal donación como ésta dicen en España propiamente arras. Mas según las leyes de los sabios antiguos, esta palabra de arra ha otro entendimiento, porque quiere tanto decir como peño que es dado entre algunos para que se cumpla el matrimonio que prometieron hacer. E si por ventura el matrimonio no se cumpliese, que fíncase en salvo el peño, aquél que guardase el prometimiento que había hecho e que lo perdiese el otro, que no guardase lo que había prometido. Pues como quiera que pena fuese puesta sobre pleito de matrimonio, no debe valer. Pero peño, o arra o postura que fuese hecha en tal razón, debe valer. E estos peños se usaran a dar antiguamente en los casamientos que son por hacer. [...]*”

<sup>786</sup> PÉREZ-PRENDES J. M., *Op. Cit.*, p. 1703.

mitad de lo donado, adquiriendo la propiedad sobre la otra mitad.

- En caso de que fallezca la esposa, no importa que fuera besado o no el esposo, lo donado debe retornar a los herederos de la mujer.

Esta adjudicación se realiza de este modo porque los antiguos sabios consideraron que “la desposada besó a su esposo e no se entiende que lo recibe de él. Otrosí cuando recibe el esposo el beso, ha por esto placer e es alegre, e la esposa finca avergonzada”<sup>787</sup>.

La dote es algo que da la mujer al marido por razón de casamiento<sup>788</sup>. La forma en la que debe celebrarse es la de un pacto nudo, aunque es positivo que el constituyente realice una declaración concreta al respecto<sup>789</sup>. Ésta se puede realizar mediante un contrato o una simple promesa concreta<sup>790</sup>.

---

<sup>787</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 639-640. 4,11,3.

<sup>788</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 638. 4,11,1. “Establecidas deben ser las dotes en maneras muchas, pues tales hay que las establecen de su voluntad, así como la mujer que la puede dar por sí misma a su marido u otro cualquiera que la dé en esta manera en nombre de ella. E otrosí hay que son tenidos de las dar por premia aunque no quieran, así como el padre cuando casa hija que tiene en su poder. Pues quiera haya algo de lo suyo o de otra parte, o no, tenido es el padre de la casar e de la dotar. Otrosí el abuelo de parte de padre, que hubiere su nieta en poder, tenido es de la dotar cuando la casare, aunque no quiera, si ella no hubiere de lo suyo, de que pueda dar la dote por sí. Pero si ella hubiere de que la dar, no es tenido el abuelo de la dotar, si no quisiere, de lo suyo, mas débela dotar de lo de ella. Eso mismo sería del bisabuelo que tuviese bisnieta en su poder” (LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 641. 4,11,8).

<sup>789</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 641. 4,11,10. “Stipulación es llamado en latín prometimiento e es otra manera porque se puede establecer la dote. Esto sería como si dijese alguno a la mujer con quien casase: prometes de me dar en dote tal viña vuestra, o tal heredad, o tantos maravedís que vos a dar tal hombre, diciendo ella: prometo. En tal manera o por tales palabras se establece la dote por estipulación. E aún se establece la dote por otra manera que es llamada en latín pollicitacio, que quiere tanto decir como prometimiento simple que se hace en uno con la donación. E esto sería como si dijese la mujer al marido: estos maravedís, o esta casa, o esta viña u otra cosa cualquiera que le diese, os prometo por dote e débolas luego. E aún se establece la dote en otra manera diciendo la mujer así, que promete al marido de dar alguna cosa en dote, nombrándola señaladamente, e que la dará a él o a otro alguno en nombre de él. E en tal manera, aunque la dé al otro, el marido se entiende que la recibe. E por esto es tenido de responder por ella si menester fuere”.

<sup>790</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1703.

La dote puede ser de dos maneras<sup>791</sup>:

1.- *Adventitia*: Es aquella que otorga la mujer por sí misma de parte de su patrimonio a su marido, o la que da por ella su madre o algún otro pariente que no sea de aquellos que suben o descienden por la línea derecha, más de los otros, así como tío, primo u otro pariente o extraño cualquiera. Se denomina adventicia porque proviene de las ganancias que hizo la mujer por sí misma, o de una donación que le otorgaron, y que además vienen de otra parte que no es del patrimonio de su padre, ni de su abuelo, ni de los otros parientes que suben por línea derecha de donde ella desciende.

Si el padre le debiese algo a la hija y se lo diese por mandato de ella a su marido en dote, aunque la aportación fuera realizada por el padre con sus propios bienes sería igualmente *adventitia*. Lo mismo ocurre si un extraño diera alguna cosa al padre y éste lo otorgase en dote a su hija.

La dote *adventitia* debe retornar a la esposa si el matrimonio se disuelve por una causa distinta a la muerte, no obstante, los frutos percibidos mientras duró el matrimonio son del marido por haber soportado las cargas matrimoniales<sup>792</sup>.

2.- *Profecticia*: Es aquella que proviene de los bienes del padre o del abuelo o de aquellos parientes que suben por la línea derecha.

Esta dote, ya que fue constituida por el padre de la mujer o el ascendiente correspondiente, en su defecto, en caso de disolución del vínculo matrimonial, debe retornar a su constituyente; aunque hay parte de la doctrina que considera que estos bienes deben recalar en los hijos de la madre como herederos. Esta postura se ha visto reforzada por el derecho canónico, que intentó que se aplicara la idea de la comunidad de bienes, aunque con ciertas trabas<sup>793</sup>.

---

<sup>791</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 639. 4,11,2.

<sup>792</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1707.

<sup>793</sup> *Ibid.* p. 1706.



Los estudiosos de la época no encontraron un criterio claro a la hora de definir claramente en que lugar se encontraban los bienes dotales, ya que aunque la titularidad, y por tanto la propiedad fuera de la mujer, quien los administraba era el marido. Esto se recoge claramente en la Ley VII de la Partida Cuarta de Alfonso X donde dice que *“en posesión debe meter el marido a la mujer de la donación que le hace, e otrosí la mujer al marido de la dote que le da. E como quiera que el uno meta al otro en tenencia de ello, todavía el marido debe ser señor e poderoso de todo esto sobredicho, e de recibir los frutos de todo comunalmente, tanto de lo que da la mujer como de lo que da el marido para gobernar así mismo, e a su mujer, e a su compañía, e para mantener e guardar el matrimonio bien e legalmente. Pero con todo esto no puede el marido vender, ni enajenar, ni malmeter mientras que durare el matrimonio la donación que él dio a la mujer, ni la dote que recibió de ella, salvo si la diere apreciada [...]”*<sup>794</sup>.

La dote se puede dar puramente o con condición. Puramente es la establecida cuando la esposa le dice al marido o a otro en nombre de él, que hace pleito de darle por dote cien maravedíes u otra cosa, nombrándola señaladamente. Con condición es la que se realiza cuando dice la mujer al marido u otro por ella, que promete o hace pleito de darle alguna cosa por dote, si se cumpliere el matrimonio<sup>795</sup>.

La dote puede ser cualquier ente, tanto aquellas cosas que son llamadas “raíz” como aquellas que son “mueble”, sea cual sea su naturaleza. No obstante, existen unas limitaciones. Si la mujer menor de veinticinco años quiere dar como dote una cosa que fuera “raíz”, no tiene capacidad para hacerlo, aunque tuviera guardador, a menos que se lo comunique al juez de aquel lugar para que se la otorgue. Por el contrario, si se trata de cosas muebles, puede darlas como dote si otorga el consentimiento aquél que guarda a ella y a sus cosas, sin que sea necesaria la intervención del juez del lugar<sup>796</sup>.

Si el marido fuera un jugador, o derrochara su patrimonio alocadamente, la mujer, temiendo que malgastara su dote puede

---

<sup>794</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 640-641. 4,11,7.

<sup>795</sup> *Ibidem.* 4,11,11.

<sup>796</sup> *Ibid.* p. 642. 4,11,14.

demandarlo en juicio para que se la entregue a ella, o que se la ceda a otro para que la guarde. No obstante, si el marido fuera un buen administrador de los bienes conyugales, no derrochando los mismos, y deviene la pobreza por alguna ocasión, la mujer no puede demandarle la dote mientras dure el matrimonio. Así lo entiende Alfonso X cuando dice *“e en tal razón como ésta se entiende lo que dice el derecho, que la mujer que mete su cuerpo en poder de su marido, que no lo debe desapoderar de la dote que le dio”*<sup>797</sup>.

Existen tres causas por las cuales el marido gana la dote que le da a su mujer, y la mujer la donación que le hace su marido por el matrimonio:

1.- Por pleito realizado entre ambos cónyuges. Si fue puesto pleito de que el marido ganase la dote de la mujer, y sobre la donación o las arras, no se dijo ninguna cosa, se entiende que el pleito que se puso en la dote se extiende a la donación.

2.- Por yerro de la mujer cometiendo adulterio.

3.- Por costumbre usada con el tiempo, se recibe la dote o la donación. En el caso de que fallezca el marido la recibe la mujer, y en caso contrario, si fallece la mujer la recibe el marido. Nos encontramos con el mismo caso si uno de ellos entrara en orden religiosa.

Estos tres casos se producirían si no hubiera hijos, *“pues si los hubiesen, entonces deben haber los hijos la propiedad de la donación o de la dote, e el padre o la madre, el que fincare vivo, o el que no entrare en orden, o que no hiziere adulterio, debe haber en su vida el fruto de ella”*<sup>798</sup>.

No obstante, si fallecen el marido o la mujer sin testamento, sin haber tenido hijos ni otros parientes que hereden su patrimonio, el cónyuge supérstite, se quedaría con la dote o la donación que fue realizada por el matrimonio, así como el resto de bienes del fallecido.

---

<sup>797</sup> *Ibid.* p. 647.

<sup>798</sup> *Ibid.* p. 645.

Excepto en estos cuatro supuestos vistos en los párrafos anteriores, la donación siempre debe retornar al marido y la dote a la mujer. “Mas si la mujer tuviere paños escusados que su marido le haya dado, si él muere, luego debe ella tornar tales paños con sus aparejos a los herederos del marido, e ella terna para sí los paños que traía”<sup>799</sup>

### 6.1.2.- El *divortium*.

El *divortium* aparece regulado en las Siete Partidas de Alfonso X, en el Título X, de la Partida Cuarta. *Divortium* significa en lengua romance departamento. Se pueden separar el marido de la mujer y la mujer del marido por “embargo” entre ellos, cuando se ha probado en juicio. Si alguno de ellos intentare separarse por la fuerza o contra derecho, estaría obrando en contra de lo que dijo en su día Jesucristo, “lo que Dios ayunta, no los departa hombre”. El divorcio llevado a cabo por derecho, no es realizado por hombres, si no por derecho escrito y por el “embargo” que hay entre ambos cónyuges.

El divorcio tomó este nombre de las “voluntades del hombre e de la mujer, que son contrarios en el departamento, de cuáles fueron o eran cuando se ayuntaron”<sup>800</sup>.

El divorcio se puede producir propiamente por dos motivos<sup>801</sup>:

1.- Por la religión. Si hombre y mujer contraen matrimonio, no habiendo entre ellos ningún motivo de embargo por el que debiera deshacerse aquél, después de que hubiesen mantenido relaciones sexuales, uno de ellos tuviera la voluntad de ingresar en orden y se lo permitiese el otro cónyuge, éste último debe prometer que guardaría la castidad hasta su muerte. Este tipo de divorcio lo tiene que autorizar el Obispo u otro de los preladados de la Iglesia con poder para autorizarlo.

---

<sup>799</sup> *Ibid.* p. 646.

<sup>800</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 636. 4,10,1.

<sup>801</sup> *Ibidem.* 4,10,2.

2.- Por el pecado de fornicio o adulterio cometido la mujer contra su marido. Esta acusación debe ser realizada ante un juez de la Santa Iglesia, y aquella debe ser probada.

En todos estos casos no pueden volver a contraer matrimonio mientras vivieren, excepto en el supuesto de adulterio, pudiéndose casar el que permaneciera vivo, una vez muerto el otro.

Por *contumelia creatoris*, que quiere decir denuesto de Dios y de la fe cristiana, de modo que sería una especie de fornicio espiritual, también se puede producir del divorcio. Esto es, si algunos que fueran moros o judíos, estando ya casados según su propia ley, se hiciese alguno de ellos cristiano y el otro queriendo seguir su ley, no quisiera morar con él, o queriendo morar con él, denostase ante él muchas veces a Dios y a la fe cristiana, intentando convencerlo para que dejase el cristianismo y retornara a la que había dejado.

Por ello, el cristiano o la cristiana, pueden divorciarse del otro, no solicitando licencia a nadie, pudiéndose casar con otro o con otra si quisiese. Pero para que pueda producirse este divorcio deben quedar probados estos hechos ante hombres buenos por si fuera necesario probar con ellos lo ocurrido<sup>802</sup>.

La sentencia de divorcio entre marido y mujer debe ser pronunciada por los arzobispos u obispos, de cuya jurisdicción fuera aquella que departen. Deben resolverlo estas autoridades eclesiásticas porque el divorcio es dificultoso. No obstante, en aquellos lugares que fuera costumbre durante más de cuarenta años, que lo hicieran los arcedianos, o los arciprestes o algunos de los otros prelados menores que los obispos, bien lo pueden hacer, si fueran letrados y concedores del derecho<sup>803</sup>.

Una vez que se produce la disolución del vínculo matrimonial, también se extingue la sociedad conyugal existente entre ambos cónyuges.

---

<sup>802</sup> *Ibid.* pp. 636-637. 4,10,3.

<sup>803</sup> *Ibid.* pp. 637-638. 4,10,7.

En el Fuero de Baylío se recoge que los bienes aportados al matrimonio y los adquiridos durante su vigencia, deben ser partidos por mitad, sin especificar el motivo de la disolución y sin exigir ningún requisito<sup>804</sup>. En el Fuero de Vicedo se exige que el matrimonio se contraiga en alguno de los lugares donde tenga aplicación, reduciendo la disolución del matrimonio en caso de muerte, pudiendo pactar otro régimen en las capitulaciones matrimoniales. En ningún caso se recoge el régimen de propiedad de los bienes de la sociedad conyugal, deduciéndose que se trata de una mancomunidad que administra el marido durante la vigencia del matrimonio<sup>805</sup>.

Las costumbres holgazanas de Córdoba eran una excepción al régimen castellano de división por mitad de gananciales. Por ello, Carlos IV las deroga, corrigiendo de esta forma el régimen que se aplicaba en Córdoba en menoscabo del patrimonio de la mujer<sup>806</sup>.

## 6.2.- El Derecho sucesorio de la mujer en la recepción del derecho común.

El término *successio* utilizado por el derecho canónico tiene un sentido muchísimo más amplio que el otorgado por el derecho romano. En esta época equivale al fluir de las generaciones (*propago carnis*), no sólo comprende el instituto jurídico construido para la transmisión de bienes una vez haya fallecido un sujeto<sup>807</sup>.

Otra expresión romana que varía su sentido conceptual es el de *ultima voluntas*, englobando en esta época el testamento, el codicilo, las donaciones *mortis causa*, el testamento contractual y el contrato testamentario<sup>808</sup>.

---

<sup>804</sup> *Vid.* en este sentido Cerro y Sánchez Herrera, Román García y Rodríguez Gil.

<sup>805</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1708.

<sup>806</sup> NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año 1567, reimpresa últimamente el 1775 (Madrid, 1805) 10,4,13. “Derogación de la ley ó costumbre, prohibitiva de que las mugeres cordovesas participen de los gananciales adquiridos durante el matrimonio”.

<sup>807</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1721.

<sup>808</sup> *Ibidem*.

### 6.2.1.- La sucesión *ab intestato*.

La sucesión intestada es aquella que se produce en aquellos supuestos en que el causante fallece sin testamento, testamento incorrecto en Derecho, testamento correcto pero anulado y herencia no aceptada. En las Partidas de Alfonso X, la locución *ab intestato* es aquella que designa al sujeto que muere sin testamento. Esto se puede producir de cuatro maneras distintas<sup>809</sup>:

- Cuando el sujeto muere y no hace testamento.
- Si el sujeto hace testamento cumplido, pero no guarda la forma que debía ser guardada para hacerlo.
- En el caso en que el testador hizo testamento que se rompió por algún hijo que nació después, del cuál no hizo mención en el testamento.
- Cuando hace testamento acabado estableciendo heredero en él, y el heredero no quiere la heredad, desechándola.

Las llamadas a la herencia que se producían en la sucesión *ab intestato* quedan del siguiente modo: en primer lugar los hijos, luego los ascendientes, colaterales, cónyuge supérstite y fisco público. La base de este orden en el llamamiento a la herencia la encontramos en la Rota pontificia en el siglo XVII<sup>810</sup>, que a su vez se inspira en el *ius novum* justinianeo.

- Por lo que respecta a los hijos, el *ius commune* no discriminó entre varones y mujeres, aunque si lo hacen los diferentes *iura propria*. Pueden ser llamados a la herencia tanto los hijos legítimos como los naturales legitimados, sin diferencias entre ellos.

Las Siete Partidas recogen que “*muriendo el padre o el abuelo sin testamento, o alguno de los otros que suben por la línea derecha, el hijo o el nieto, que naciese de otro su hijo, ganan e heredan todos los bienes del finado, quiera sean*

---

<sup>809</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, pp. 862-863. 6,13,1.

<sup>810</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1726.

*varones, quiera mujeres, aunque aquél que murió sin testamento hubiese hermano, u otros parientes próximos de la línea de traveso*<sup>811</sup>.

Los hijos naturales no legitimados solamente pueden ser llamados en el *ius commune* a la herencia de su madre, no a la del padre.

Sin embargo, la Ley VIII del Título XIII de la Partida Sexta de Alfonso X, recoge la posibilidad de heredar por parte del hijo natura, aunque no legítimo los bienes de su padre. “*Sin testamento, muriendo hombre que no dejase hijos legítimos, su hijo natura, que hubiese habido de alguna mujer, de que no fuese duda que él la tenía por suya e que fuese el hijo engendrado en tiempo que él no hubiese mujer legítima, ni ella otrosí marido; e tal hijo como éste puede heredar las dos partes de las doce, de todos los bienes de su padre; e él, e su madre deben partir estas dos partes igualmente*”<sup>812</sup>.

Las madres son siempre ciertas de aquellos hijos que nacen de ellas. Por tanto, en la sucesión *ab intestato*, todo hijo debe heredar en los bienes de su madre, en uno, con los otros hijos legítimos que nacen de ella, quiera sea legítimo o no, a no ser que sea un hijo incestuoso, o el nacido de *damnato coito*, que es aquel que nace de mujer religiosa. En el mismo caso nos encontramos si la mujer fuese noble, ya que si esta tiene un hijo espúreo, éste no debe heredar de los bienes de su madre<sup>813</sup>.

Hubo *doctores legum* de la época que aún así negaban a todo hijo natural no legitimado la llamada a la sucesión paterna. Cualquier hijo no legítimo era incapaz de suceder tanto al padre como a la madre; esta afirmación la deducimos de la locución “*illegitimi non vocantur ad legitimam hereditatem quae ab intestato defetur*”<sup>814</sup>.

- Los ascendientes son los siguientes herederos llamados a heredar *ab intestato*. Con ellos concurren los hermanos de doble vínculo y los hijos de hermanos premuertos. Los medio hermanos quedan descartados<sup>815</sup>.

---

<sup>811</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 863. 6,13,3.

<sup>812</sup> *Ibid.* p. 864. 6,13,8.

<sup>813</sup> *Ibid.* pp. 865-866. 6,13,11.

<sup>814</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 1726-1727.

<sup>815</sup> *Ibid.* p. 1728.

*Secundum natura* los hijos deben heredar los bienes de los padres, dejándolos en su lugar después del fallecimiento, pero en aquellos casos en los que los hijos mueren antes que los padres y los abuelos es necesario articular las llamadas a la herencia. Si fallece el hijo, sin dejar ni hijo ni nieto que heredase su patrimonio, ni teniendo hermano o hermana, el padre y la madre deben heredar todos los bienes de su hijo. Si concurrieran hermanos en la herencia con sus padres deben partir los bienes del fallecido por cabezas. Si hubiera abuelo o abuela no heredarán nada, a no ser que el que muriese sin dejar testamento no dejase heredero que descendiese de él, ni hermano, hermana, padre o madre, en cuyo caso heredarán ellos los bienes del nieto, ya sean de parte de padre o de madre<sup>816</sup>.

- Los colaterales son los terceros llamados a heredar. Si fallece un sujeto sin testamento y no hubiera ascendientes ni descendientes y hubiera hermano, o hermana de padre, o de madre, y sobrino, hijo de aquel hermano o hermana que hubiera fallecido, que el hermano o el sobrino hereden todos los bienes del causante. En el caso de que hubiera sobrinos de dos hermanos de parte de su padre o de su madre, y estuvieran muertos los hermanos, heredarán los sobrinos los bienes de su tío repartiéndolos entre sí por cabezas<sup>817</sup>.

Alfonso X en las Siete Partidas regula la sucesión que tiene lugar entre aquellos hermanos que no son de padre y madre. *“Hermano de padre tan solamente e otro de madre habiendo aquel, que muriese sin testamento, si no dejase otro pariente ninguno que heredase lo suyo, de los que descenden o suben por la línea derecha, entonces, decimos que en tal caso como éste el hermano que le perteneciese a éste tal, de padre tan solamente, ése heredará todos los bienes del difunto, que le vinieren de parte de su padre; e el hermano, que le perteneciese de parte de la madre, ése heredará otrosí todos los bienes que le vinieren de parte de su madre; e los bienes que tal difunto como éste hubiese ganado por otra manera cualquiera, ambos los hermanos sobredichos los partirán igualmente. E sobre todo esto decimos que si alguno muriese sin testamento, que no hubiese parientes de los que suben o descenden por la línea derecha, ni no hubiese hermano, ni sobrino, hijo de su hermano; que de éstos adelante, el pariente que*

---

<sup>816</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 863. 6,13,4.

<sup>817</sup> *Ibid.* p. 864. 6,13,5.



*fuere hallado más cercano del difunto hasta en el dezeno grado, ése heredará todos sus bienes[...]*<sup>818</sup>.

En el caso de colaterales espúreos que están llamados a la herencia, al ser hijos de distintas madres, es discutible la sucesión recíproca entre ambos, ya que un hermano espurio no ostenta la condición de cognado con su hermano paterno, al ser hijo de diferente madre, ni la de agnado, Bártolo afirma que ésta sólo era posible en algún derecho foral<sup>819</sup>.

- El cónyuge supérstite sería el siguiente llamado a suceder. No obstante, se entiende aplicable en este supuesto la *bonorum possessio unde vi et uxor* a falta de cualquier familiar del fallecido, pero si había familiares, sólo el estado de persona miserable en el caso de la viuda, autoriza a la convocatoria de esta llamada a suceder. Así se recoge en las Siete Partidas: *“Páganse los hombres, a las veces, de algunas mujeres, de manera que casan con ellas sin dote aunque sean pobres, por tanto, conveniente cosa e derecha es, pues que las aman e las honran en su vida, que no queden desamparadas a su muerte. E, por esta razón, tuvieron por bien los sabios antiguos que si el marido no dejase a tal mujer, en que pudiese bien e honestamente vivir, ni ella lo hubiese de lo suyo, que puede heredar hasta la cuarta parte de los bienes de él, aunque haya hijos. Pero esta cuarta parte no debe montar más de cien libras de oro, cuanto quiera que sea grande la herencia del finado. Mas si tal mujer como ésta hubiere de lo suyo, con que pudiese vivir honestamente, no ha demanda ninguna en los bienes del finado”*<sup>820</sup>.

Al cónyuge supérstite se le otorga el usufructo de una parte de los bienes del *de cuius*. Así, en Castilla-León la cuota usufructuaria es igual a la de los legítimos herederos, en Navarra y Aragón el usufructo es universal, aunque en Aragón acabó reduciéndose a los bienes inmuebles, en Cataluña, Valencia y Vizcaya, el usufructo se limita a un año de duración, prorrogable hasta la devolución de la dote<sup>821</sup>.

Como señala Pérez-Prendes, el sistema de llamadas en su conjunto se resumió en las escuelas jurídicas por aquel entonces con

---

<sup>818</sup> *Ibidem.* 6,13,6.

<sup>819</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1728.

<sup>820</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 864. 6,13,7.

<sup>821</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1729.

los siguientes versos: *“Descendens omnis succedit, in ordine primo, ascendens propior, Germanus filius eius, Tunc latere ex uno frater, Quoque filius eius, Denique proximior, Reliquorum quisque superstes”*<sup>822</sup>.

### 6.2.2.- La sucesión testada.

La sucesión testada es aquella que realiza una persona mediante testamento. *Testatio e mens* significa la voluntad del hombre. Y de esta locución latina fue tomado el término testamento, porque en él se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él su heredero, y repartiendo su patrimonio de la manera que estime conveniente una vez haya fallecido. En palabras de Alfonso X *“e tiene gran pro a los hombres el testamento cuando es hecho derechamente, porque luego descansa el corazón de aquel que lo hizo, e se quita el desacuerdo que podría acaecer entre los parientes que hubiesen esperanza de heredar los bienes del finado”*<sup>823</sup>.

Pueden otorgar testamento tanto hembra como varón, si no se encuentran privados de ello por las leyes. Se encuentran excluidos de la posibilidad de otorgar testamento los menores de edad, hasta la edad de catorce años el varón y doce la mujer, el salido de memoria, el pródigo, el incapacitado judicialmente, el sordomudo de nacimiento, los rehenes mientras se encuentren cautivos, los que creen que están

---

<sup>822</sup> *Ibid.* p. 1730. *“Siempre en el orden de suceder va al descendiente, excepcionalmente al ascendiente, al hermano carnal o su hijo, después al hermano y también a su hijo. Los últimos son los más próximos de los restantes supervivientes”*.

<sup>823</sup> *Ibid.* pp. 798-799. 6,1,1.

capacitados pero no lo están, los religiosos<sup>824</sup>, los herejes<sup>825</sup> y los infames<sup>826</sup>.

Aquel hijo que se encontraba bajo la patria potestad de su padre, no podía testar ni siquiera con autorización paterna. Esto cambió con la Ley 5 de Toro en la que lo habilita para poder otorgar testamento<sup>827</sup>.

También cabe la posibilidad de otorgar testamento por comisario o apoderado. Así se recoge en las Siete Partidas; “[...] *Otrosí decimos que, si el hacedor del testamento dijese a algún escribano de concejo: ruégote e mándote que escribas como establezco por mio heredero a fulano; e que mando*

---

<sup>824</sup> *Ibid.* p. 803. 6,1,17. “Religiosa vida escogiendo algún hombre o alguna mujer de hacer, así como entrando en algún monasterio, o haciéndose ermitaño o emparedado, o tomando otra orden, éste tal no puede hacer testamento, pero todos los bienes que tuviese deben ser de aquel monasterio o de aquel lugar donde entrase si no tuviese hijos, u otros que descendiesen por la línea derecha, que hereden lo suyo. Mas si éste tal tuviese hijos u otros herederos que descendiesen de él, puede partir entre ellos lo que hubiere, de manera que dé a cada uno de ellos su legítima parte, e no más; [...]”.

<sup>825</sup> *Ibid.* p. 967. 7,26,4. “Dignidad, ni oficio público no debe haber el que fuere juzgado por hereje. [...] E aún decimos que si fuere probado contra alguno que es hereje que debe perder por esto la dignidad que antes había e demás es defendido por las leyes antiguas que no pueden hacer testamento, salvo si quisiere dejar sus bienes a sus hijos católicos. Otrosí decimos que no le puede ser dejada demanda en testamento de otro, ni ser establecido por heredero de otro hombre [...]”.

<sup>826</sup> *Ibid.* p. 801. 6,1,13. “Todos aquellos a quíenes no es prohibido por las leyes de este nuestro libro pueden hacer testamento. E los otros que no lo pueden son éstos: El hijo que está en poder de su padre aunque el padre se lo otorgase; pero, si fuese caballero o hombre letrado, cualquiera que estos hijos que tenga de los bienes que son llamados peculio castrense, vel cuasi castrense puede hacer testamento de ellos. Otrosí decimos que el mozo, que es menor de catorce años, e la moza, que es menor de doce años, aunque no sean en poder de su padre ni de su abuelo, no pueden hacer testamento; e esto es, porque los que son de esta edad no han entendimiento cumplido. Otrosí, el que fuese salido de memoria no puede hacer testamento mientras que fuere desmemoriado, ni el gastador de lo suyo a quien hubiese prohibido el juez que enajenase sus bienes; pero si, antes de tal prohibición, hubiese hecho testamento valdría. Otrosí decimos que el que es mudo o sordo desde su nacimiento no puede hacer testamento; sin embargo, el que lo fuese por alguna ocasión, así como por enfermedad o de otra manera, éste tal, si supiese escribir, puede hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma. Mas, si no fuese letrado e no supiese escribir, no podría hacer su testamento mas que de una manera, si le otorgase el rey que lo escribiese otro alguno en su lugar. En esta manera misma podría hacer testamento el hombre letrado que fuese mudo de nacimiento, aunque no fuese sordo, e esto acaece pocas veces. Sin embargo, aquel que fuese sordo desde su nacimiento, o por alguna ocasión, si éste tal pudiera hablar, bien puede hacer testamento”.

<sup>827</sup> LEYES DE TORO (Salamanca, 1505). Ley 5. “El fijo o fija que esta en poder de su padre leyebndo de edad legítima para hazer testamento pueda hazer testamento como si estonielle fuera de su poder”.

*tantos maravedies, o tantas cosas o tanto heredamiento que sea dado por mi alma (diciendo a qué personas lo manda dar, o cuánto a cada uno, ante siete testigos), e mándote que vayas a algún hombre sabio, e en la manera que él ordenare, que sea hecho mio testamento e repartidas mis mandas, que lo escribas tú así, porque tengo por bien que valga como él lo ordenare. Entonces, bien valdría lo que fuese hecho por mandato del testador*<sup>828</sup>. Las Leyes de Toro permiten testar por comisario pero entre las facultades de éste último no se encuentran las de instituir heredero, mejorar, desheredar, sustituir y dar tutor, a no ser que fueran designadas concretamente por el testador<sup>829</sup>.

Existen varias formas de *testamentum*. Veámos.

1.- *Testamentum nuncupativum*<sup>830</sup>, que es la declaración del testador señalando cuáles son sus últimas voluntades, siendo eficaz en una unidad de acto, pudiendo solamente ser interrumpida por necesidades íntimas, por la administración de medicinas, alguna interrupción cuya causa fuera la enfermedad... exigiendo la presencia de cinco testigos en el ámbito rural y siete en la urbe<sup>831</sup>.

Con posterioridad, el sujeto legitimado debe solicitar al juez que hiciera venir a su presencia los testigos, recibiendo por escrito de aquellos, públicamente, que el testamento fue ordenado delante de

---

<sup>828</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 812. 6,3,6.

<sup>829</sup> LEYES DE TORO. Leyes 31-39. “Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden o porque no quiere fazer sus testamentos dan poder a otros quelos fagan por ellos: y los tales comisarios faze muchos fraudes e engaños con los tales poderes estendiendo fe amas dela voluntad de aquellos que se lo dan por ende por evitar los dichos daños: ordenamos y mandamos que de aquí adelante el tal comisario no pueda por virtud del tal poder fazer heredero en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni de quinto; ni desheredar a ninguno delos fijos o descendientes del testador ni les pueda substituir vulgar ni pupillar ni exemplarmente ni hazer les substitución alguna de cualquier calidad que sea ni pueda dar tutor a ningún de los bijos o descendientes del testador salvo sy el quele dio el tal poder para fazer testamento especialmente le dio el poder para fazer alguna cosa delas susodichas enesta manera el poder para fazer heredero nobrado el queda el poder por su nobre aquí en manda quel comisario falga heredero y en quanto alas otras cosas señalando para que le da el poder y en tal caso el comisario pueda hazer lo que especialmente el quele dio el poder señalo y mando y no mas [...]”

<sup>830</sup> *Ibidem*. “[...] *testamentum nuncupativum*, que quiere tanto decir como manda que se hace paladinamente, ante siete testigos, en que demuestra el que lo hace, por palabra o por escrito, a quienes establece por sus herederos, e cómo ordena o departe las otras sus cosas”. *Vid.* Novísima Recopilación de las Leyes de España, 10,18,1.

<sup>831</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1732.

ellos. El juez debe tomarles juramento a los testigos para que digan la verdad. Y, aunque todos o algún testigo hubiese muerto después de este acto, gozaría de validez lo dicho y escrito, del mismo modo que si fuera un testamento terminado<sup>832</sup>.

Las Decretales de Gregorio IX instauraron la exigencia de que el testamento fuera puesto por escrito ante notario, de lo expuesto por los testigos, y en los siglos XVI y XVIII, la jurisprudencia emanada del derecho canónico requería que se cumpliera la *sobrietas mentis*<sup>833</sup>.

2.- *Testamentum solemne* o como se recoge en las Siete Partidas, *testamentum in scriptis*, que es aquel testamento que se hace por escrito ante la presencia de siete testigos, llamados por el testador. Estos testigos no deben ser ni siervos, ni menores de catorce años, ni mujer ni hombre mal enfamado. Cada testigo debe escribir su nombre al final del testamento de la siguiente forma: “yo fulano, como testigo de ese testamento, que lo hizo tal hombre siendo yo delante”. Y si alguno de ellos no supiere escribir, lo puede hacer cualquier otro por mandato de aquél. A continuación deben poner todos los testigos sus sellos en la carta del testamento con cuerdas pendientes. Finalmente, el testador debe al término del testamento escribir lo siguiente: “yo, fulano, otorgo que hice este testamento en la manera que es escrito en esta carta”<sup>834</sup>.

3.- *Testamentum* realizado por un ciego. En este caso se deben llamar a siete testigos y ante un escribano público debe decir cómo quiere su testamento. Debe nombrar a sus herederos, y qué es lo que manda, redactando el escribano todo lo que le diga delante de los siete testigos. Una vez ha sido redactado debe ser leído para que el ciego manifieste que es esa su voluntad. Cada uno de los testigos tiene que escribir su nombre en esa carta y tanto ellos como el escribano deben sellar la carta con sus sellos<sup>835</sup>.

4.- El *testamentum* canónico. En él cobra relevancia el número de testigos que deben presenciar el acto del testamento, variando de

---

<sup>832</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 808. 6,2,4.

<sup>833</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1734.

<sup>834</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 799. 6,1,1.

<sup>835</sup> *Ibid.*, p. 802. 6,1,14.

cinco o siete a dos o tres. En las Decretales de Gregorio IX se recoge así: “Cuando compareciste ante nuestra presencia, nos planteaste minuciosamente la costumbre de tú diócesis, según la cual frecuentemente se rescinden los testamentos que se redactan para la última voluntad de aquellos que ostentan potestad sobre otros, salvo si se hacen con siete o cinco testigos, según las leyes humanas imponen. Sin embargo, como está establecido por la ley divina, los Santos Padres y la costumbre general de la Iglesia, en boca de dos o tres testigos se encuentra toda la verdad, rechazamos dicha costumbre y ordenamos terminantemente y queremos que se observe con vigencia en el futuro, que sean válidos los testamentos que, como postrera voluntad, hicieren los parroquianos ante su presbítero y otras dos o tres personas idóneas, prohibiendo bajo anatema que nadie bajo pretexto de alguno se atreva a rescindir esos testamentos”<sup>836</sup>.

Este *testamentum* permite su redacción ante dos o tres testigos y un párroco, lo que permite que los ciudadanos pudieran realizar sus últimas voluntades de un modo más fácil, sin tantos formalismos.

5.- El *testamentum* militar. Aquel caballero que se encuentre en “hueste” puede otorgarlo ante dos testigos llamados para ello. Y encontrándose en campaña, si se encuentra en peligro de muerte, puede hacer testamento de la forma que quiera y pueda, por palabra o por escrito, y “aún con su sangre misma, escribiéndolo en su escudo o en alguna de sus armas, o señalándolo por letras en tierra o en arena”, si esto es probado por dos hombres buenos que allí se encontraran<sup>837</sup>.

El testamento como *voluntas* del testador debe contener unas partes esenciales y otras variables.

- Las partes principales serían el *proemio* o inicio del testamento, donde debe figurar el nombre del testador, su voluntad de hacer testamento y la valoración de la salud física y mental de aquél, para considerar que tiene una *sanitas mentis* óptima para hacer

---

<sup>836</sup> Decretales 3,26,10 en PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1735.

<sup>837</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 800. 6,1,4. *Vid.* Novísima Recopilación de Leyes de España. 10,18,7.

testamento. Posteriormente figuran la institución de heredero, los legados, las sustituciones, las *providae dispositiones* y el *codicilo*<sup>838</sup>.

- Como partes variables estarían la desheredación, los *fideicomisos* y la *datio tutorum*<sup>839</sup>.

La institución de heredero es el requisito básico para que un testamento nazca, pero se abre la posibilidad de la existencia de un testamento secreto, en el sentido de que se redacte un testamento recogiendo las cuestiones patrimoniales y otro más adelante con la institución de heredero<sup>840</sup>.

La capacidad para ser instituido heredero se regula en las Siete Partidas de Alfonso X, recogido en la Partida Sexta, Título Tres, Leyes 4 y siguientes. *“No puede ser establecido por heredero ningún hombre que sea desterrado por siempre, a quién dicen el latín deportatus. Ni otrosí los que son juzgados a pena de cavar en las mineras de los metales del rey para siempre, por yerro que hicieron. Pero estos tales, que fuesen condenados en los metales o labores del rey, bien podrían haber otras mandas que les algunos mandasen o hiciesen en sus testamentos. Otrosí decimos que el que es juzgado por hereje no puede ser establecido por heredero de otro; ni aquellos que se hacen bautizar dos veces, a sabiendas. Ni los apóstatas que fueren cristianos e tornáronse moros, o de otra ley. Otrosí no puede ser establecido por heredero ninguna cofradía, ni ayuntamiento que fuese hecho contra derecho, o contra voluntad del rey o del príncipe de la tierra. Ni puede establecer por heredero a ninguna persona que fue nacida de dañado coito, que quiere tanto decir como de vedado ayuntamiento, así como de parienta, o de mujer religiosa”*<sup>841</sup>.

En concreto, por lo que respecta a la mujer, aquella que se casase antes de que transcurriese un año después del fallecimiento de su marido, no la puede ningún hombre extraño instituir la heredera, ni otro que fuese pariente del cuarto grado en adelante. Durante ese año,

---

<sup>838</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1737.

<sup>839</sup> *Ibidem*.

<sup>840</sup> *Ibid.* p. 1738.

<sup>841</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, 810. 6,3,4.

las mujeres no deben volver a contraer nuevas nupcias, ya que si tuviese un hijo no se podría saber de cuál de los dos maridos es<sup>842</sup>.

Por su parte la Ley 9 de Toro señala que *“los hijos bastardos o ylegítimos de qualquier calidad que sean no puedan heredar a sus madres ex testamento ni ab intestato en caso que tenga sus madres hijo o hijos o descendientes legítimos pero bien permitimos que les puedan en vida o en muerte mandar falta la quinta parte de sus bienes dela qual podrían disponer por su animo y no mas ni aliende y en caso que no tenga la muger hijos o descendientes legítimos aun que tenga padre o madre o ascendientes legítimos mandamos quel fijo o fijos o descendientes que touiere naturales o espurios por su orden y graboles sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato salvo si les talos fijos fueren de dañados pugnible ayuntamiento de parte dela madre que en tal caso mandamos que no puedan heredar sus madres ex testamento ni ab intestato pero bien permitimos que les puedan en vida o en muerte mandar falta la quinta parte de sus bienes y no mas dela que podían disponer por su anima y ola tal parte después que la ouieren puedan disponer en su vida o al tiempo de su muerte los dichos hijos ylegítimos como quisieren y queremos y mandamos que entonces se entienda y diga dañado y pugnible ayuntamiento quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural salvo si fueren los hijos de clérigos y flayres o freyles o de monjas professas que en tal caso avn que por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte mandamos que le guarde lo contenido enla ley que fizo el señor rey don Juan el primero de la ciudad de Soria que habla sobre la subcession delos fijos delos clérigos<sup>843</sup>”*.

El testador puede repartir su patrimonio entre sus herederos en tantas partes como estimara oportuno.

Hubo dos modelos que sirvieron de base para repartir el patrimonio a los que nos referiremos a continuación pero sin entrar a analizarlos pormenorizadamente.

---

<sup>842</sup> *Ibidem*.

<sup>843</sup> LEYES DE TORO. Ley 9.



Uno de ellos es el recogido en las Siete Partidas, en donde se estableció que el patrimonio debe ser repartido en “doce onzas” (doce partes)<sup>844</sup>.

El otro modelo fue trazado por Antonio Vaz en su *Praxis partitionum et collationum inter haeredes* y por Diego Covarrubias en *De testamentis*. En éste el patrimonio se divide en quintos<sup>845</sup>.

La institución de heredero designada por el sistema de las doce partes puede dar lugar a la siguiente casuística:

- 1- Que no exista una expresa asignación de cuotas, por tanto los herederos se dividen el *as* en partes iguales.
- 2- Que haya una asignación de cuotas, iguales o diferentes.
- 3- Que se asignen las cuotas para algunos de los instituidos herederos, pero no para todos.
- 4- Si tenía el testador un hijo solo, éste era instituido heredero, pero si eran dos hijos y del mismo sexo, serían herederos cada uno en seis doceavas partes. Por el contrario, si concurren hijo con hija, el primero lo sería en ocho doceavas partes y la segunda en cuatro. Si al final

---

<sup>844</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 813. 6,3,16. “... los sabios antiguos, que debe ser repartida en cuenta de doce onzas, y cada una de ellas ha su nombre departido en latín. La primera de ella es llamada *sexscuns*, que quiere tanto decir como onza e media; e la segunda llaman *sextans*, que es tanto como dos onzas; e la tercera, *quandrans*, en que ha tres onzas; e a la cuarta *triens*, que es por cuatro onzas; e a la quinta dicen *quincuns*, que es tanto como cinco onzas; e a la sexta *semis*, que es seis onzas; e a la séptima, *septuns*, en que ha siete onzas; e a la octava llaman *bes*, que es tanto como ocho onzas; e a la novena, *dradans*, en que hay nueve onzas; e a la décima, *dextans*, que es tanto como diez onzas; e a la onzena *denunx*, que es por once onzas; e la doce llaman *as*, en que se comprenden todas las doce. Otros dos nombres allí ha, en que se encierran todas estas doce partes sobre dichas, así como lo hacen la postrimera de ellas a que dicen *as*, e llaman a la una de ellas *pondus*, e a la otra *libra*”.

<sup>845</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1740. “Por Derecho regio, la división de la herencia paterna se hace de este modo: la totalidad hereditaria, pagadas las deudas a terceros, se divide en quince uncias iguales, de las cuales tres corresponden al quinto de los bienes que pueden deducir los padres, y quedan para la tercera parte cuatro uncias, y las ocho restantes corresponden como cuota legítima a los hijos sobrevivientes. Asimismo, la ley regia establece como costumbre inducida, que el quinto se deduzca antes de pagar lo debido a terceros, según la Ley 214 de las del Estilo (*De testamentis, capítulo De legitima Trebellianica et falcidia deductione, 2*”.

concurrían dos hijos y una hija, los doctores afirman que hay que atribuir al hijo doble cuota que a la hija, al considerar que así se cumple con la voluntad del testador<sup>846</sup>.

Existió otra expresión de la última voluntad a la par que el testamento, denominada *codicilo*. Los *codicilos* son “*escritos pequeños que hacen los hombres después que han hecho sus testamentos, para crecer, o menguar, o mudar alguna de las mandas que habían hechas en ellos. [...]*”<sup>847</sup>.

El *codicilo* puede ser redactado por aquel hombre mayor de catorce años o mujer mayor de doce en presencia de cinco testigos, no exigiéndose como requisito el estampado de sellos de aquellos que lo hacen ni de los testigos que lo presenciaron. En él pueden constar todas aquellas cosas que pueden ser dejadas en el testamento mediante legado<sup>848</sup>.

En los *codicilos* no pueden ser instituidos herederos, ni desheredarlos. No obstante, si en el *codicilo* el testador afirma que el instituido heredero en el testamento le hubiese hecho un mal por el cual no fuera merecedor de tal heredad, el instituido heredero en el testamento perdería tal condición<sup>849</sup>.

Otra particularidad que tienen los *codicilos* es que un sujeto puede realizar varios *codicilos* sin que los realizados con posterioridad anulen los anteriores, a no ser que lo diga expresamente el testador. Tampoco se deroga un *codicilo* aunque nazca un hijo con posterioridad a su redacción<sup>850</sup>.

Por lo que respecta a los legados, llamados en España “mandas” son unas *donatio causa mortis* realizadas mediante testamento. Las Siete Partidas señalan que “*manda es una manera de donación que deja el testador en su testamento, o en codicilio a alguno por amor de Dios o de su*

---

<sup>846</sup> *Ibid.* p. 1742.

<sup>847</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 861. 6,12, *proem.*

<sup>848</sup> *Ibid.* pp. 861-862. 6,12,1: 861-862.

<sup>849</sup> *Ibidem.* 6,12,2.

<sup>850</sup> *Ibidem.* 6,12,3.

*ánima o por hacer algo aquél a quién deja la manda. [...] E puede hacer tal manda... todo hombre que ha poder de hacer testamento o codicilo*<sup>851</sup>.

Las mandas deben ser dejadas mediante unas determinadas palabras. *De legatis tertio* es aquella razón escrita en derecho, que determina aquellas palabras para dejar las mandas. *‘E decimos que, por todas las palabras que hayan entendimiento, que sean útiles e convenientes para declarar las cosas que el hacedor del testamento quiere mandar a otro, pueden ser otorgadas e puestas las mandas en los testamentos o en el codicilo que alguno hiciere. Porque si de otra manera las dijese, no valdría la manda. [...] Otrósí decimos, que cuando los hacedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas diciendo: mando e quiero que fulano haya tal cosa; o pláceme; o tengo por bien que la haya; o dice al heredero: creo que tu darás tal cosa a fulano; o dejólo en la tu fe que lo cumplas; o dice el testador: quiero que el mío heredero haga tal cosa. Ca usando el testador cualquier de estas palabras sobredichas, cuando hiciere la manda, u otras semejantes de ellas, para que pueda ser entendida la intención, o la voluntad de él, valdría la manda que así fuese hecha*<sup>852</sup>.

En este período histórico vuelven a la luz las fórmulas utilizadas en Roma y rescatadas por los *doctores legum* para ayudar a resolver los problemas con los que se encontraban. Aunque estas fórmulas estrictas de enunciación tienden a desaparecer con el transcurrir de los años<sup>853</sup>.

Existen varios tipos de legados según el análisis que llevaron a cabo los *doctores legum*<sup>854</sup>:

- Legados de alimentos. Son aquellos legados de usufructo dejados por el marido a su mujer, o viceversa.
- Legados de cosa ajena.
- Legado que realiza el testador a su acreedor.

---

<sup>851</sup> *Ibid.* p. 842. 6,9,1.

<sup>852</sup> *Ibid.* p. 850. 6,9,28.

<sup>853</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, p. 1748. Los legados en la época romana podían ser *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* y *per praeceptionem*, ya estudiados todos ellos cuando se trató el tema de los legados en Roma.

<sup>854</sup> *Ibid.* p. 1752.

Si al sujeto instituido heredero, una vez realizadas todos los legados, no le quedase la parte de patrimonio que le corresponde por derecho, éste tiene unos mecanismos para protegerse de las mandas arbitrarias realizadas por el causante, denominados en las Siete Partidas la *falcidia*, *debitum ronorum subsodium* o *trebellianica*.

La *Falcidia*, como ya vimos en el Derecho Romano, es la cuarta parte de la herencia que “debe haber el heredero extraño, a lo menos, de los bienes del finado por razón que era escrito en testamento de otro”. Cuando un sujeto en su testamento lega todos sus bienes, no dejando la parte que le corresponde al heredero, éste puede bajar cada legado a la cuarta parte y retener ésta para sí. Pero si los herederos son aquellos que descienden o suben por la línea derecha del testador, entonces deben tener su parte legítima, el *debitum iure naturae*<sup>855</sup>.

El modo en el que los sujetos instituidos herederos deben bajar los legados de su parte legítima, la *falcidia* se realizaría del siguiente modo. Primero deben pagar todas las deudas del fallecido. Luego debe sacar antes todas las expensas, que fueran hechas por razón del fallecimiento del causante. También deben sacar antes el dinero que el testador mandase para comprar siervos; en este caso, si el testador mandase dinero para que franquease a su siervo mismo, puede de ésta sacar la *falcidia*, pero si mandase el dinero a otro hombre que estuviera encargado de comprar el siervo de otro, no se puede detraer la *falcidia*. Y de todo lo demás puede el heredero detraer su parte legítima. Si se puede repartir el legado sin daño alguno, debe el heredero tomar su parte. Pero si fuera un bien que no se pudiera repartir como un siervo, un caballo, un libro u otra cosa semejante, entonces se debe enajenar y el heredero debe tomar su parte<sup>856</sup>.

No obstante existen legados que no pueden ser menguados por razón de *falcidia*. Aquellos bienes que el testador deja a la Iglesia o a otro lugar religioso, a un hospital, a los pobres, para quitar los cautivos o en alguna otra manera que fuese obra de piedad no podrán ser detraídos por la *falcidia*, excepto si el heredero se encuentra entre

---

<sup>855</sup> LAS SIETE PARTIDAS, *Op. Cit.*, p. 858. 6,11,1.

<sup>856</sup> *Ibid.* pp. 858-859. 6,11,2.

aquellos que descienden o suben por línea derecha del testador, en cuyo caso deben gozar de su parte legítima sin que ningún legado la pueda embargar<sup>857</sup>.

Una vez analizadas todas las figuras que otorgan cierto patrimonio en la sucesión testada, debemos analizar qué ocurre con las desheredaciones que ocurren en este período histórico.

Desheredar es *“cosa que quita a hombre el derecho que había de heredar los bienes de su padre o de su abuelo u otro cualquiera que él tenga por parentesco”*<sup>858</sup>.

Todo sujeto que pueda otorgar testamento puede desheredar a otro de su patrimonio. Aquellos que descienden por la línea derecha pueden ser desheredados de aquél del que descienden por un motivo y siempre que tuviesen por lo menos una edad de diez años y medio. El resto de parientes que suben por la línea derecha pueden ser desheredados de los que descienden de ella en aquellos bienes que pertenezcan a los hijos o a los nietos, igualmente por una causa. El resto de parientes que forman parte de la línea de traveso, cualquier testador puede desheredarlos con o sin razón<sup>859</sup>.

La fórmula utilizada para desheredar es la siguiente: el testador debe nombrar por su nombre o por otra señal cierta a aquel que descienda de él por línea derecha, ya sea hombre o mujer<sup>860</sup>.

Las causas por las cuales los padres o abuelos pueden desheredar a los que descienden de ellos aparecen recogidas en la Ley IV de la Partida VI de Alfonso X del siguiente modo:

*“Ciertas razones son, por las que los padres pueden desheredar a su hijos; así como cuando el hijo a sabiendas e sañudamente mete manos airadas en su padre, para herirle, o para prenderle; o si le deshonrase de palabra gravemente, aunque no lo hiriese; o si lo acusase sobre tal cosa de que el padre debe morir, o ser desterrado, si se lo probasen; o infamándolo en tal manera porque valiese menos.*

---

<sup>857</sup> *Ibid.* p. 859. 6,11,4.

<sup>858</sup> *Ibid.* p. 833. 6,7,1.

<sup>859</sup> *Ibidem.* 6,7,2.

<sup>860</sup> *Ibidem.* 6,7,3.

*Pero si el yerro de que le acusaba fuese tal que tocara a la persona del rey o al pro comunal de la tierra, entonces, si lo probase el hijo, no lo puede el padre desheredar por ello. Otrosí decimos que el padre puede desheredar al hijo si fuere hechizero o encantador, o hiciese vida con los que lo fuesen; o si se trabajase de muerte de su padre con armas, o con hierbas, o de otra manera cualquiera; o si el hijo yaciese con su madrastra, o con otra mujer, que tuviese su padre públicamente por su amiga; o si infamase el hijo a su padre; o si le buscase tal mal, porque el padre hubiese a perder gran partida de lo suyo o a menoscabar. Porque por cualquiera de estas razones que sean puestas en el testamento del padre o del abuelo, si fuere probado, debe el hijo, o el nieto perder la herencia, que pudiera haber de los bienes de ellos si no hubiese hecho por qué. Otrosí decimos que, siendo el padre preso por deuda que debiese, o de otra manera, si el hijo no lo quisiere dar en cuanto pudiere para sacarlo de la prisión, que le puede desheredar el padre. E esto se entiende de los hijos varones e no de las mujeres; porque a las mujeres defiéndeles el derecho que no pueden fiar a otro. E aún puede el padre desheredar el hijo, si le embargare que no haga testamento, puédelo desheredar en él por esta razón. E además decimos que aquellos a quienes tiene el padre en voluntad de mandar algo, e no lo puede hacer por embargo que le hizo el hijo puédenlo acusar por esta razón; e, si lo probaren, debe perder el hijo aquella parte que debía haber de la herencia del padre, e ser del rey. E cada uno de los otros, a quienes quería mandar algo en el testamento, débénlo haber, según que hallaren, en verdad, que el testador había voluntad de les mandar, si el testamento hubiese hecho*<sup>861</sup>.

Un hijo o hija también puede desheredar tanto a su madre como a su padre. Existen ocho causas por las cuales puede ocurrir<sup>862</sup>:

- Si el padre intenta matar a su hijo, acusándole de haber cometido algún error, debiendo morir o perder algún miembro, excepto si la acusación se hiciera sobre alguna cosa que tocara a la persona del rey.

- Si el padre intenta matar a su hijo con hierbas, con hierro, con algún maleficio o de cualquier otra manera.

- Si el padre yace con la mujer o amiga de su hijo.

---

<sup>861</sup> *Ibid.* p. 834. 6,7,4.

<sup>862</sup> *Ibid.* p. 836. 6,7,11.

- Si el hijo quiere hacer testamento de sus bienes y el padre lo estorba con fuerza, de tal manera que el hijo no lo puede hacer.

- Si el marido intenta matar a su mujer, o la mujer a su marido, suministrándole hierbas o de cualquier otra forma, el hijo puede desheredar a aquél que intente matar al otro progenitor.

- Cuando el padre no quiere cuidar a aquel hijo desmemoriado o loco.

- Cuando el hijo cayera cautivo y el padre no le quisiera redimir.

- Cuando el padre es hereje y el hijo es católico, el hijo puede desheredar a su padre.

No obstante, aquel que es desheredado de forma ilegal ostenta en su poder un artificio legal para reclamar su derecho, esto es, la *querella inofficiosi testamenti*, que significa, aquella querella que se hace en contra de aquel testamento que es hecho contra “oficio de piedad, e de merced, que el padre hubiera haber del hijo”.

El hijo o nieto del testador, o aquellos parientes que descienden de aquel por línea derecha, o sus ascendientes, que tuvieran derecho a ser llamados a la herencia si falleciese sin testamento, si los hubiesen desheredado sin ningún motivo, pueden plantear una querella ante el juez para reclamar su parte en el testamento. Si el juez comprueba que fue desheredado a mala fe o que en el testamento no se le menciona, debe juzgar que ese testamento no puede ser válido, y ordenar la entrega de la herencia al hijo o al nieto que se querelló<sup>863</sup>.

La última figura jurídica que debemos analizar es la *donatio mortis causa*. Esta donación aparece recogida tanto en el Fuero Real 3,12,6 como en las Siete Partidas. En esta última aparece así:

*“A las veces hacen los hombres donaciones estando cuitados en enfermedades o teniendo otros peligros de que no cuidaban estorver. E por esto*

---

<sup>863</sup> *Ibid.* p. 839. 6,8,1.

*queremos aquí hablar de tales donaciones. E decimos que la donación que hombre hace de su voluntad estando enfermo temiéndose de la muerte o de otro peligro que vale. Pero tal donación como ésta puede ser revocada en tres maneras. La primera es si muere antes aquél a quien es hecha que el otro que la hizo. La segunda es si aquél que la hizo guarece de aquella enfermedad o estuerce de aquel peligro porque se movía a hacer la donación. La tercera es si se arrepiente antes que muera. Pues tal donación como ésta puede ser hecha por todo hombre que ha poder de hacer testamento. E débese hacer delante de cinco testigos a lo menos. E aunque dijimos en el título de los testamentos que el hijo que está en poder del padre no puede hacer testamento, con todo eso bien puede hacer tal donación como ésta con otorgamiento de su padre, e será valedera. E sobre todo decimos que si el hombre hiciese donación por premia que le hiciesen o por miedo que hubiese que le matarían que tal donación como ésta que no valdría<sup>864</sup>.*

La revocabilidad típica de esta institución jurídica, se funda en el peligro, la premuerte del donatario y la discrecionalidad del donante<sup>865</sup>.

---

<sup>864</sup> *Ibid.* p. 702. 6,4,11.

<sup>865</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Op. Cit.*, pp. 1765-1766.



## 7.- LA MUJER EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Para Eduardo Serrano Gómez los rasgos que definen a la familia en la actualidad son “la reducción del número de miembros integrantes. Básicamente se encuentra limitada a los padres y los hijos; el abandono de la organización jerárquica que otorgaba primacía al padre sobre los demás miembros de la familia. En la actualidad toma como base el principio de colaboración económica entre todos ellos para hacer frente a las necesidades familiares; la admisión de la disolución del vínculo matrimonial; la filiación matrimonial y la no matrimonial producen los mismos efectos jurídicos y el aumento de uniones no matrimoniales a causa, entre otras razones, de las dificultades económicas con las que se encuentran la mayor parte de parejas jóvenes”<sup>866</sup>.

### 7.1.- El Matrimonio.

Para realizar una aproximación al concepto de matrimonio, en primer lugar tenemos que hablar de los esponsales. Los esponsales son una promesa de futuro matrimonio entre ambos contrayentes.

En la actualidad no es habitual su uso, como en antaño que sí era de uso cotidiano, quedando como acto residual la petición de mano, en la que los contrayentes y sus familiares acuerdan el día que tendrá lugar el matrimonio<sup>867</sup>.

En el Código Civil de 1889 aparecía regulado en los artículos 43 y 44 del siguiente modo:

- Artículo 43 CC: “*Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento*”.

---

<sup>866</sup> SERRANO GÓMEZ, E., en SERRANO ALONSO, E. (coord.) *Manual de Derecho de Familia* (Madrid, 2000), p. 23.

<sup>867</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 40.

- Artículo 44 CC: *“Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, ó por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, ó si se hubieren publicado las proclamas, el que rebusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón de matrimonio prometido. La acción para perder el resarcimiento de gastos, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”*<sup>868</sup>.

En el Código Civil actual, cuya última modificación es de 2 de julio de 2015, está recogido casi en idéntica forma que originariamente. Veámos:

- Artículo 42 CC: *“La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”*<sup>869</sup>.

- Artículo 43 CC: *“El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”*<sup>870</sup>.

---

<sup>868</sup> CÓDIGO CIVIL 1889. p. 250.

<sup>869</sup> STS de 16 de diciembre de 1996. *“En el caso concreto, los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio en la que intervino promesa de matrimonio, tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aún en caso de ruptura de la convivencia aunque nunca para el supuesto de la no celebración del matrimonio que constituye según el Derecho cláusula nula (artículo 42 del Código civil). Especialmente negligente se muestra, en este caso, la conducta del hombre que indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podía acarrearle a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida con el consiguiente empobrecimiento que dada su situación se produciría, si como ocurrió, aquella convivencia tuviese fin, aunque tampoco esté exento de culpa la actora que debió ponderar los efectos de sus actos si la promesa no se cumplía”*.

<sup>870</sup> SAP de Ciudad Real, Sección 2ª de 3 de mayo de 2005. *“[...] como negocio jurídico preliminar, la promesa de matrimonio, si bien no produce obligación de contraerlo, sí puede originar una obligación de resarcimiento en el supuesto de ruptura sin causa de dicha promesa. [...] para ello --el resarcimiento-- es necesario en primer término que la promesa sea cierta, es decir que se*

El matrimonio exige en uno de sus fundamentos la libertad en la emisión del consentimiento por parte de los contrayentes, de ahí lo regulado en el artículo 42 CC. La acción por resarcimiento de daños causados o sufridos por la no celebración del futuro matrimonio es el único efecto que se produce.

El siguiente paso es el matrimonio. El matrimonio supone una unión estable entre un hombre y una mujer. La doctrina de la Iglesia Católica tuvo una enorme influencia en la configuración jurídica del matrimonio hasta hace pocos lustros. Cuando se gestó el Código Civil, Alonso Martínez sometió a la aprobación del Papa el Título IV del Libro I<sup>871</sup>.

La reforma del Código Civil efectuada por la Ley de 7 de julio de 1981 estableció una normativa civil, prescindiendo con ello de las connotaciones religiosas que existían en el pasado.

Serrano Gómez define el matrimonio, desde una perspectiva jurídica, como “el acuerdo de voluntades de dos personas de sexos diferentes, manifestado externamente con las formalidades legalmente establecidas, que persigue una vida en común duradera y estable y que determina el nacimiento de una familia legítima”<sup>872</sup>.

El matrimonio es aquel negocio jurídico bilateral en el que deben cumplirse unos determinados requisitos:

- Declaración de voluntad emanada de dos sujetos de distinto sexo. Así se refleja en el artículo 44 CC y en el 32.1 CE<sup>873</sup>.

---

*trate de una verdadera promesa de matrimonio dotada de una verdadera voluntad de celebración del futuro matrimonio, cuestión de hecho que puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho y en segundo lugar que la negativa de la celebración se haya producido sin causa, siendo indiferente que el incumplimiento provenga tanto por la negativa directa a la celebración del matrimonio, como por incidir una de las partes en conducta que motive para la otra apartarse de su celebración [...]”.*

<sup>871</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>872</sup> *Ibid.* p. 32.

<sup>873</sup> Art. 44.1 CC: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.

Art. 44.2 CC: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Analizando estos dos artículos se puede comprobar cómo el legislador trata de regular la figura del matrimonio para aquella unión que se produce entre un hombre y una mujer, impidiendo el encuadre dentro del matrimonio de aquellas uniones que se producen entre dos personas del mismo sexo. Esto era así hasta la modificación que se produce de este artículo por Ley 13/2005, de 1 de julio<sup>874</sup>, en la que se añade un párrafo segundo, equiparando desde entonces los matrimonios celebrados entre personas del mismo o distinto sexo.

Para que la declaración de voluntad tenga plenos efectos deben darse unos requisitos:

- a) Debe manifestarse de palabra, por escrito o por gestos sin que surga ninguna duda acerca de su realización<sup>875</sup>.
- b) Ambos contrayentes deben saber el acto que están realizando.
- c) El consentimiento debe ser emitido libremente.
- d) La declaración de voluntad de los contrayentes debe tener como destinatario el otro.

- Es un negocio jurídico puro, teniendo plena eficacia desde su celebración válida, no pudiendo ser sometido a condición, término o modo<sup>876</sup>.

---

Art. 32.1 CE: *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica”.*

<sup>874</sup> La resolución-circular de 29 de julio de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo aborda el supuesto en el que uno de los contrayentes del mismo sexo es español y el otro extranjero. *“La citada ley 13/2005 no ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional Privado español (...) y el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos de forma y competencia del órgano que deba autorizar el matrimonio previstos en nuestro Ordenamiento jurídico (Consulta D.G.R.N. 23 diciembre 2004)”.* (Resolución D.G.R.N. 26/10/2005).

<sup>875</sup> Art. 59 CC: *“El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”.*

- Es monógamo. El CC prohíbe la celebración de un nuevo matrimonio entre sujetos que ya estén casados. Inclusive el legislador consideró que la monogamia debe gozar de una protección reforzada tipificando en el CP en su artículo 217 el matrimonio celebrado ilegalmente<sup>877</sup>.

- La unión entre ambos contrayentes debe ser estable y duradera en el tiempo.

- Deben cumplir el requisito legal de alcanzar la edad mínima exigible por la ley para poder contraer matrimonio. El artículo 83 del Código Civil de 1889 señala que *“no pueden contraer matrimonio los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos. Se tendrá, no obstante, por revalidado ipso facto, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiere concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación”*.

El Código Civil actual lo regula en el artículo 46.1 de forma negativa, señalando que no pueden contraer matrimonio *“los menores de edad no emancipados”*. El legislador con esta regulación impone el criterio de la madurez mental como requisito para contraer matrimonio, quedando por tanto con carácter general, la edad de 18 años para poder contraer matrimonio eficazmente, o de 16 años siempre y cuando hombre o mujer, sin distinción de sexo, se encuentren emancipados.

A este criterio general le surgía una contradicción en el artículo 48, párrafo segundo del Código Civil derogado, en el que rebajaba la edad para poder contraer matrimonio a los catorce años si hay justa causa: *“el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a*

---

<sup>876</sup> Art. 45.2 CC: *“La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”*.

<sup>877</sup> Art. 46.2º CC: *“No pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial”*.

Art. 217 CP: *“El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”*.

*partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores”.*

El legislador ha querido solucionar este problema con la reforma del Código Civil, operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio. Así, el artículo 48 figura con la siguiente redacción: *“El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”.*

Por tanto, a partir del 23 de julio del año 2015, fecha en la que entró en vigor la nueva reforma, los menores de 16 años no podrán contraer matrimonio en España válidamente, eliminando la posibilidad de que un juez autorice a aquellos que hayan cumplido la edad de 14 años. Esta medida va acompañada de una reforma del Código Penal que eleva de 13 a 16 años la edad mínima para que una relación sexual se considere consentida<sup>878</sup>.

El Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil recoge en su artículo 42 dos formas de matrimonio, *“el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código”*<sup>879</sup>.

En la práctica el matrimonio que se celebraba en España en aquella época histórica era el canónico, ya que para poder celebrarse el civil era necesario acreditar que no se era católico o que aún estando bautizado no se profesaba la religión católica. El Estado era confesional, ya que la Iglesia Católica era la religión oficial de aquél.

---

<sup>878</sup> En opinión de Carlos Martínez-Almeida, presidente de la Plataforma de Infancia, la reforma acaecida en el Código Penal “amplía el marco de protección de los niños y niñas en España, evitando abusos de mayor a menores, facilitando la lucha contra la pederastia y los matrimonios forzados y mejorando, de este modo, la coherencia de la legislación nacional en línea con la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en España”.

<sup>879</sup> CÓDIGO CIVIL 1889. p. 250.

Con la reforma del Código Civil que se produce el 24 de abril de 1958, el artículo 42 quedó del siguiente modo: *“la ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se apruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica”*. Con esta nueva redacción nada cambió con respecto a la anterior, ya que el matrimonio canónico es el predominante, no reconociendo ninguna otra forma de matrimonio religioso.

Cuando entra en vigor la Constitución de España de 1978, el Estado ya no tiene religión oficial, pero aún sigue en vigor el artículo 42 del Código Civil. En el año 1979 se formalizan una serie de Acuerdos entre España y el Vaticano. En concreto, en lo que al matrimonio atañe, el artículo 6 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos señala: *“El Estado reconoce los efectos civiles del matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles al matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio”*<sup>880</sup>.

El 7 de julio de 1981 se produce una nueva reforma del Código Civil, al objeto de adaptarlo a los nuevos tiempos, ya que hacía tres años de la publicación de la nueva Carta Magna del Reino de España, que es la norma suprema que debe regir la vida de todos los ciudadanos.

- Art. 49 CC: *“Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1º Ante el juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de su celebración”*<sup>881</sup>.

---

<sup>880</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>881</sup> *Vid.* STS de 23 de noviembre de 1995. *“Al resultar acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que el Código Civil prevé en sus artículos 49 y 60 con reconocimiento de efectos civiles - y consiguiente reenvío a las normas canónicas -, los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la*

- Art. 59 CC: *“El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”*.

- Art. 60 CC: *“El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente”*<sup>882</sup>.

- Art. 63 CC: *“La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.*

*Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”*.

En el año 1992 el Reino de España aprueba una serie de acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y con la Comisión Islámica de España, con el objeto de reconocer

---

*voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte y también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente contra los principios generales de nuestro Ordenamiento Jurídico”*.

<sup>882</sup> Vid. STS de 31 de octubre de 1978. “[...] a diferencia de lo que ocurre con el bautismo, el matrimonio canónico tiene trascendencia inmediata en la esfera civil, con plenitud de significado desde su celebración (artículo 60 del Código Civil) y todo lo concerniente a la filiación natural es materia íntimamente ligada al hecho mismo de las nupcias, con efectos en orden a la legitimación de los hijos con tal que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebradas (artículo 121 del mismo Código) y en el “iuris canonici” incluso sin necesidad de tal reconocimiento, según lo patentizan los rotundos términos del canon 1116 [...]”.

Vid. Resolución de la DGRN de 9 de noviembre de 1998. *“El matrimonio canónico, contraído en España en 1928, produce efectos civiles desde su celebración, pero el pleno reconocimiento de estos efectos requiere inexcusablemente su inscripción en el Registro Civil y esta inscripción únicamente puede lograrse, por cierto, sin necesidad de expediente, mediante la presentación de la oportuna certificación eclesiástica acreditativa de la existencia del matrimonio. Así resultaba de lo dispuesto por la Ley de 12 de marzo de 1938 y ha sido confirmado con la evolución posterior, hasta llegar a las normas vigentes sobre la materia citada en los vistos”*.



plenos efectos civiles a los matrimonios celebrados según la forma religiosa de cada una de estas tres confesiones<sup>883</sup>.

En el año 2015 se produce la última reforma en esta materia, operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, siendo modificados algunos artículos anteriores, quedando del siguiente modo:

- Art. 49 CC (entrada en vigor prevista a partir del 30.06.2017): *“Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º En la forma regulada en este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”*.

- Art. 60 CC (en vigor desde el 23.07.2015): *“1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas produce efectos civiles. 2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España.*

*En este supuesto, el reconocimiento de efectos civiles requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

*a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil.*

*b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.*

*La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento.*

*3. Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente.*

- Art. 63 CC (en vigor desde el 23.07.2015): *“La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple*

---

<sup>883</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 38.

*presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.*

*Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título”.*

Antes de la celebración del matrimonio, se da inicio conforme al artículo 56<sup>884</sup> CC de un expediente en el que se examinará si ambos contrayentes reúnen aquellos requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil.

El Encargado del Registro Civil de instruir este expediente matrimonial es aquel del domicilio de cualquiera de los contrayentes.

El expediente comienza con un escrito de aquellos que quieran contraer matrimonio en el que figuren<sup>885</sup>:

- Sus señas de identidad; si alguno de ellos estuvo casado con anterioridad debe hacer constar la filiación de su anterior cónyuge así como la fecha en la que se disolvió el matrimonio.

- La inexistencia de alguna causa que impida su celebración.

- El sujeto ante quien vayan a celebrarlo, el Juez, Alcalde o funcionario.

---

<sup>884</sup> Art. 56 CC: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.*

*Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.*

Este artículo ha sufrido una modificación por la Ley 15/2015, de 2 de julio, estando prevista su entrada en vigor a partir del 30.06.2017. Ha sido redactado del siguiente modo: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.*

*Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.*

<sup>885</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 44.

- Lugares de residencia de ambos cónyuges en los últimos dos años.

A continuación el Encargado del Registro ordena su publicación por Edicto con el objeto de que si algún sujeto conoce la existencia de alguna causa que impida la celebración del matrimonio lo exprese.

El legislador recoge una serie de impedimentos por los cuales el matrimonio no tendría plena eficacia:

- El actual Código Civil prohíbe contraer matrimonio a los menores de edad no emancipados.

- Si existe un vínculo matrimonial anterior en alguno de los contrayentes. Esta prohibición es absoluta ya que aquel que se encuentre casado no puede celebrar un nuevo matrimonio en tanto en cuanto no se haya deshecho el vínculo anterior<sup>886</sup>.

- Si hay algún tipo de vínculo sanguíneo o de parentesco entre ambos. Así, el artículo 47.1 y .2 CC señala: *“tampoco podrán contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado”*.

En el actual código civil, sólo se prohíbe el matrimonio entre aquellos parientes consanguíneos de ciertos grados. Tratándose de parientes de sangre en línea recta la prohibición de contraer matrimonio es absoluta. Sin embargo, cuando los parientes que quieren contraer matrimonio lo son en línea colateral, tal prohibición alcanza hasta el tercer grado, aunque el Juez puede dispensar esta prohibición mediando justa causa y a instancia de parte.

El parentesco por adopción en línea recta se asimila al parentesco de sangre en cuanto que le es aplicable el mismo impedimento para contraer matrimonio.

---

<sup>886</sup> *Ibid.* p. 52. *Vid.* SAP Madrid de 1 de julio de 2009, STS de 18 de diciembre de 1981.

- Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. No obstante, el Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. Este apartado ha sido modificado por la reforma del año 2015 redactándose del siguiente modo: “*Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*”. Por tanto, en la actualidad el Ministro de Justicia ya no podrá dispensar en aquellos supuestos en los que el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad participa en la muerte dolosa de su cónyuge o pareja. De esta manera, el legislador se sensibiliza en aquellos casos de violencia de género en los que el varón que asesinó a su pareja desea contraer nuevamente matrimonio. En estos casos el hombre asesino no podrá contraer nuevamente nuevas nupcias, de ninguna manera.

El Código Civil de 1889, a la hora de regular las prohibiciones para contraer válidamente matrimonio era mucho más restrictivo. Así el artículo 84 señala que: “*Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural; los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado; los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado; los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado; el padre o madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllos y el cónyuge viudo de éste; los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción; los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme; los que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos*”.

Otras prohibiciones recogidas en el artículo 83 del Código Civil de 1889 también desaparecieron del actual Código Civil, como la que recogía el punto tercero: “*no pueden contraer matrimonio los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable*” o el cuarto “*no pueden contraer matrimonio los ordenados in sacris y los profesos en un Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto*

*solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica*<sup>887</sup>.

También ha desaparecido la prohibición recogida en el artículo 43.2 en donde se prohibía a *“la viuda contraer nuevo matrimonio durante los trescientos un día siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta*<sup>888</sup>.

La mujer y el hombre una vez celebrado el matrimonio se encuentran equiparados jurídicamente en la actualidad, fruto de una lucha por parte de aquella a lo largo de la historia. Esto no era así con la promulgación del primer Código Civil en el año 1889. Así se aprecia en los siguientes artículos<sup>889</sup>:

- Art. 57 CC: *“El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”*.

- Art. 58 CC: *“La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia [...]”*.

- Art. 59 CC: *“El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal [...]”*.

- Art. 60 CC: *“El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de procurador [...]”*.

- Art. 61 CC: *“Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley”*.

La equiparación entre mujer y hombre tiene su origen en la Ley de 2 de mayo de 1975, culminando con la Ley de 7 de julio de 1981, en la que se modifica el Título IV del Libro Primero del Código

---

<sup>887</sup> CÓDIGO CIVIL 1889. p. 251.

<sup>888</sup> *Ibid.* p. 250.

<sup>889</sup> *Ibidem.*

Civil, con el objeto de adaptarlo a los principios recogidos en la nueva Constitución española de 1978<sup>890</sup>.

La Constitución en su artículo 32 recoge que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, surgiendo la correspondiente modificación del Código Civil quedando el artículo 66 CC del siguiente modo: “*los cónyuges son iguales en derechos y deberes*”.

De ahí que en la actualidad haya desaparecido la *auctoritas marital*, permitiéndose la total libertad contractual entre ambos cónyuges<sup>891</sup>. Además, aquellos actos ordinarios de la vida familiar, como la alimentación, el vestido o la educación de los hijos se realizará tanto por la mujer como por el marido<sup>892</sup>.

Las cargas<sup>893</sup> del matrimonio se encuentran sustentadas por ambos cónyuges indistintamente, de forma proporcional a las posibilidades de cada cónyuge<sup>894</sup>. Desde este momento surge la determinación de cómo se procederá al reparto de las cargas, ya sea al patrimonio del marido, de la mujer o a uno común de ambos.

---

<sup>890</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>891</sup> Art. 1323 CC: “*Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*”.

<sup>892</sup> Art. 1319 CC: “*Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma*”. *Vid.* STS de 15 de julio de 2005. “*El Código Civil ha pretendido solucionar la cuestión distinguiendo de una parte el aspecto externo de la relación, en donde en base a la protección del tráfico del artículo 1339 engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de bienes privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, sobre el que puede hacer efectiva la acción nacida de su crédito, y de otra parte el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizar la liquidación atribuyendo la deuda a la que realmente corresponda, según se expresa fundamentalmente en los artículos 1319 párrafo último y 1364 del Código Civil*”.

<sup>893</sup> Vázquez Iruzubieta señala que las cargas no son otra cosa que los gastos necesarios para sostener el ritmo vital de la familia; gasto que no han de ser única y exclusivamente los estrictamente necesarios para el sustento, sino también aquellos otros que sean acordes con el nivel de vida y circunstancias del grupo familiar en cuestión (SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 194).

<sup>894</sup> Art. 1318 CC: “*Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio*”.

El artículo 1320 CC señala que *“para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”*<sup>895</sup>.

Aquel cónyuge que quiera realizar cualquier acto dispositivo sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario, deberá contar con el consentimiento del otro cónyuge, sin importar quien sea el titular del bien.

Aquellos actos que se realicen sin ese consentimiento podrán ser anulables, no obstante serán nulos los actos no consentidos realizados mediante título gratuito sobre bienes comunes<sup>896</sup>.

---

<sup>895</sup> Vid. STS de 4 de diciembre de 2000. *“El Artículo 1320 del Código Civil establece, sin embargo, que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá (solamente) el consentimiento de ambos cónyuges”*.

Vid. STS de 10 de julio de 2005. *“El interés del legislador en proteger la situación posesoria de la vivienda familiar en los supuestos de disposición tanto si es propia de quien la enajena como si es ganancial, ha llevado a regular un régimen disperso y supletorio de autorizaciones judiciales que tiene su reflejo en los artículos 1320 y 96,4 del Código Civil. El primero referido a la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual durante el matrimonio, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, y el segundo, tras la ruptura matrimonial, siendo el piso propiedad del cónyuge a quien no le fue atribuido el uso. [...] Presupuesto, por tanto, para interesar esta autorización judicial es que la vivienda sea de titularidad conjunta de ambos esposos y que se encuentre vigente el régimen económico de sociedad de gananciales, lo que no es el caso, puesto que el piso a que se refiere la demanda pertenece en copropiedad a ambos cónyuges y su uso fue atribuido a la actora en una sentencia previa de divorcio que también produjo la disolución del régimen económico matrimonial vigente hasta dicho momento (arts. 95 y 1392 C.C.). Se trata, por tanto, de una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y, en concreto, de un bien que dejó de integrar dicha sociedad para formar parte de lo que se conoce como comunidad postganancial, formada por la recurrente y Don R, que dejó de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes, por las normas propias de esta sociedad para hacerlo por las de la comunidad de bienes; razones todas ellas que impiden entender infringidos los artículos 1375 y 1377 del Código Civil, ni ninguna de las normas de la Sección que los contiene, puesto que, como es obvio, no resultan de aplicación a una sociedad de gananciales que ha dejado de existir de pleno derecho a partir del divorcio”*.

<sup>896</sup> Art. 1322 CC: *“Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido*

El artículo 1321 CC recoge un derecho que tiene su origen en aquellos beneficios que se le concedían a la viuda cuando el régimen matrimonial era el de gananciales o el dotal<sup>897</sup>. El artículo 1321 del actual CC señala: *“Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”*<sup>898</sup>.

En la actualidad se atribuyen los bienes a cualquiera de los cónyuges superviviente, ya sea hombre o mujer, no computándose aquellos en el haber hereditario.

---

*expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.*

*No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”.*

<sup>897</sup> CÓDIGO CIVIL 1889. pp. 284-285. Art. 1379: *“[...] Si el matrimonio se disuelve por la muerte del marido, podrá la mujer optar entre exigir durante un año los intereses o frutos de la dote, o que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia del marido. En todo caso se pagarán a la viuda, del caudal de la herencia, los vestidos de luto”.* Art. 1427: *“Las pérdidas o deterioro que hayan sufrido los bienes muebles de la propiedad de cualquiera de los cónyuges, aunque sea por caso fortuito, se pagarán de los gananciales cuando los hubiere. Los sufridos en los bienes inmuebles no serán abonables en ningún caso, excepto los que recaigan en bienes dotedales y procedan de culpa del marido, los cuales se indemnizarán según lo dispuesto en los artículos 1360 y 1373”.*

<sup>898</sup> *Vid.* STS de 19 de mayo de 2000. *“Si bien el Artículo 659 del Código Civil establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte, y, en consecuencia, el testador puede disponer libremente de ellos respetando los derechos legítimos de los herederos forzosos, no puede obviarse la norma imperativa, inderogable por la voluntad de alguno de los cónyuges, del Artículo 1321 del Código, según la cual fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobrevive, sin computársele en su haber. De ahí que ninguno de los cónyuges pueda disponer de tales bienes sino para el supuesto de supervivencia al otro esposo, ya que, de fallecer en estado de casado, los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común se atribuyen, por disposición legal, al cónyuge superviviente. De ahí que la cláusula testamentaria invocada no haya sido incorrectamente interpretada ya que tal disposición testamentaria no puede contradecir una norma imperativa como es la del citado Artículo 1321 del Código Civil”.*

*Vid.* STS de 16 de febrero de 2004. *“[...] es verdad que el párrafo segundo del artículo 1321 del Código civil excluye de la dispensa que el precedente párrafo primero del mismo artículo concede al cónyuge viudo aquellos objetos y alhajas de extraordinario valor; es verdad que, en el presente caso, la misma relación aportada y valoración atribuida por el actor a los muebles y objetos reivindicados induce a pensar que no se trata de muebles corrientes”.*



El artículo 1323<sup>899</sup> CC recoge una gran reforma introducida en el año 1981 por la que se iguala la capacidad jurídica de la mujer respecto de la del hombre. Así, a partir de esa fecha a ambos cónyuges tienen la capacidad para transmitirse bienes entre sí, así como para celebrar todo tipo de contratos.

### 7.1.1.- Los regímenes económicos del matrimonio

Con motivo de ordenar el patrimonio de los cónyuges en la sociedad conyugal, surge el régimen económico matrimonial con la reforma del Código Civil de 1981.

Se suprime la figura de la dote y de la regulación de los bienes parafernales. Aparecía regulada la dote en el Código Civil de 1889 en los artículos 1336 y siguientes de una manera muy exhaustiva. En su artículo 1336 CC la define así: “*La dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiere por donación, herencia o legado con el carácter dotal*”. El régimen dotal por el que el marido administraba aquellos bienes que aportaba la mujer al matrimonio fue desterrado del Código Civil por la reforma de 1981.

Los bienes parafernales, regulados en el antiguo Código Civil de 1889 en los artículos 1381 y siguientes, que eran aquellos bienes privativos de la mujer que ésta aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote, también desaparece su regulación ya que marido y mujer tienen la misma consideración jurídica en la sociedad conyugal<sup>900</sup>.

---

<sup>899</sup> Art. 1323 CC: “*Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*”. Vid. STS de 25 de mayo de 2005. “[...] porque los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (artículo 1323) y, en verdad, un bien obtenido, como indica el artículo 1355, es adquirido como ganancial, de manera que la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos cónyuges realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo del principio de libertad de contratación que rige entre cónyuges al igual que entre extraños (artículos 1255 y 1323 del Código Civil), sin que ello suponga vulneración del artículo 14 de la Constitución. Por demás, supondría clara discordancia la inclusión en el inventario, como privativa, de la indemnización por despido y, como ganancial, del automóvil comprado en parte con la misma”.

<sup>900</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 186.

Los cónyuges pueden fijar el régimen económico aplicable a su sociedad conyugal, entre aquellas opciones recogidas por el Código Civil (la sociedad de gananciales, la separación de bienes y el régimen de participación en las ganancias) u otro régimen recogido por algún ordenamiento jurídico extranjero o foral o incluso crear un régimen económico adaptado a sus necesidades<sup>901</sup>.

Aquel instrumento jurídico que permite estipular por parte de los cónyuges el régimen económico que va a regir su sociedad conyugal se denomina capitulaciones matrimoniales, tal y como establecen los artículos 1315, 1316 y 1325 CC: *“El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”*; *“A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”*; *“En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*<sup>902</sup>.

A la hora de otorgar capitulaciones matrimoniales están capacitados todos aquellos cónyuges o futuros cónyuges que ostenten plena capacidad de obrar y que no estén incapacitados o que sean menores emancipados. Pueden otorgar también los menores no emancipados que con arreglo al Código Civil puedan contraer nupcias, completando su capacidad, si es necesario, por otros sujetos.

Los menores no emancipados deberán cumplir una serie de requisitos recogidos en el artículo 1329 CC: *“El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación”*.

Al menor le será de aplicación a falta de capitulaciones el régimen de gananciales, ya que como señala Díez-Picazo, el sentido del artículo 1329 sea exigir el complemento de capacidad cuando

---

<sup>901</sup>*Ibid.* 207.

<sup>902</sup> *Vid.* STS de 25 de septiembre de 1999. *“El artículo 1325, así como el 1315 vienen a consagrar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir diseñar una situación jurídica distinta”*.

quiera instituirse un régimen jurídico que entrañe una comunidad más amplia que la legal<sup>903</sup>.

Las capitulaciones matrimoniales se podrán otorgar antes o después de celebrado el matrimonio, en escritura pública, como así recogen los artículos 1326 y 1327 CC.

Su contenido será aquel que consideren ambos cónyuges de mutuo acuerdo, con los límites que señala el artículo 1328<sup>904</sup> CC: “*Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge*”.

La expresión “*la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge*” ha sido analizada por la doctrina, entendiendo su interpretación de varias formas:

Para Díez-Picazo y Gullón “*puesto que se trata de igualdad de derechos o igualdad jurídica, hay que leer, en virtud del artículo 32 de la Constitución, igualdad de derechos que corresponde. Es menester observar además que la igualdad de derechos no se puede matizar y que no hay una igualdad de derechos que corresponda y otra que no. Hay igualdad de derechos a secas*”<sup>905</sup>.

Para Serrano, no es un pacto limitativo de la igualdad el que atribuya a uno de los cónyuges la administración de aquellos bienes comunes, para lo cual el otro renuncia a su derecho; por el contrario, si sería un pacto limitativo el que llevara aparejado el acatamiento total de uno de los cónyuges al otro<sup>906</sup>.

Las capitulaciones matrimoniales otorgadas válidamente caducarán al año en el supuesto de que se realicen bajo el supuesto de futuro matrimonio y éste no se lleve a cabo en un año, tal y como establece el artículo 1334 CC.

---

<sup>903</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 211.

<sup>904</sup> *Vid.* STS de 16 de mayo de 2004. “[...] destaca ante todo el Artículo 1275 C.C., que niega efecto alguno a los contratos sin causa o con causa ilícita, entendiendo por tal la que se opone a las leyes o a la moral; más específicamente, el Artículo 1328 C.C. sanciona con nulidad cualquier estipulación de las capitulaciones matrimoniales contraria a las leyes o a las buenas costumbres”.

<sup>905</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 215.

<sup>906</sup> *Ibidem*.

El artículo 1335 CC regula las causas de invalidez. *“La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a los terceros de buena fe”*.

Lacruz señala los siguientes grados de invalidez que se pueden producir<sup>907</sup>:

- Nulidad absoluta: por ausencia de forma<sup>908</sup>, ilicitud del contenido<sup>909</sup> y divergencia inconsciente entre la voluntad y la declaración.

- Nulidad relativa (anulabilidad): en aquellos casos de vicios del consentimiento, pactos concluidos por incapaces y el caso del artículo 1331<sup>910</sup>.

#### **7.1.1.1.- La sociedad de gananciales.**

La regulación originaria que se estableció en el Código Civil de 1889 en los artículos 1412 a 1416<sup>911</sup> fue objeto de dos grandes modificaciones con el objeto de lograr una plena igualdad de hombre y mujer dentro de la sociedad conyugal. La primera se produce el 24.04.1958, por la que otorga una mayor participación a la mujer en la

---

<sup>907</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 218.

<sup>908</sup> Art. 1327 CC: *“Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública”*.

<sup>909</sup> Art. 1328 CC: *“Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

<sup>910</sup> Art. 1331 CC: *“Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas”*.

<sup>911</sup> CÓDIGO CIVIL 1889. p. 285. Arts. 1412 a 1416 CC: *“El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el art. 50”*; *“Además de las facultades que tiene el marido como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer. Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos”*; *“El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales”*; *“El marido podrá disponer de los bienes de la sociedad de gananciales para los fines expresados en el artículo 1409. También podrá hacer donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia, perso sin reservarse el usufructo”*; *“La mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido. Se exceptúan de esta regla los casos previstos en el artículo 1362 y en los artículos 1441 y 1442”*.

gestión y disposición de los bienes comunes, eso sí, conservando el hombre la *auctoritas*. La segunda gran reforma es llevada a cabo el 13.05.1981, que como consecuencia de los principios recogidos en la Constitución española de 1978, se establece la plena igualdad dentro del matrimonio entre el hombre y la mujer<sup>912</sup>.

Para Serrano Alonso *“la sociedad de gananciales es el sistema económico matrimonial que implica una comunidad de adquisiciones onerosas y que se origina o por la voluntad de los particulares manifestada en capitulaciones o por ley, en defecto de aquéllas, y que determina que a su disolución se hagan comunes y divisibles por la mitad de las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio”*.

La sociedad de gananciales aparecía regulada en el artículo 1392<sup>913</sup> del Código Civil de 1889 y en el 1344 del vigente, señalando: *“Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”*.

En relación con este artículo, Lacruz<sup>914</sup> ha realizado algunas consideraciones al respecto:

- Aunque en la redacción del artículo se afirme el “reparto de las ganancias o beneficios obtenidos” desde la celebración del matrimonio, los bienes que se adquieren, son del matrimonio; para que puedan ser considerados privativos de uno de los cónyuge, es necesario acreditar tal condición<sup>915</sup>.

---

<sup>912</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 223.

<sup>913</sup> CÓDIGO CIVIL 1889. p. 285. Art. 1392. *“Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges”*.

<sup>914</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, pp. 225-226.

<sup>915</sup> Art. 1361 CC: *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer”*. Vid. STS 12 de diciembre de 1994. *“La presunción de ganancialidad se halla contenida en el artículo 1361 del C.C., que implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba; el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y es el que alegue lo contrario quien tiene que probarlo”*. Vid. STS de 14 de marzo de 1998. *“El artículo 1361, en relación al 1316 del C.C., consagra la presunción de ganancialidad de los bienes que adquieren los cónyuges, constante su matrimonio, presunción que*

- La esencia de la sociedad de gananciales exige la cooperación de los cónyuges en los fines y actividades de la comunidad.

- Es necesario realizar una distinción entre “ganancial” y “ganancias”. “Ganancial” es aquel bien cuya cualidad de privativo no es posible acreditar, encuadrándose en uno de los temas recogidos en el artículo 1347. “Ganancias” es el resultado de comparar el activo con el pasivo, habiendo aquellas sólo si una vez que se produce la liquidación de la sociedad ofrece un resultado positivo.

La sociedad de gananciales se constituirá en el momento de la celebración del matrimonio, o con posterioridad en el caso de que se pacten capitulaciones, como así lo recoge el artículo 1345 CC.

La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales ha sido analizada por la doctrina en numerosos estudios, pudiendo destacar la tesis recogida en varias sentencias del Tribunal Supremo, que considera a la sociedad de gananciales como una comunidad de tipo germánico o en mano común, de ahí que el derecho que poseen ambos cónyuges se trata de un derecho íntegro sobre la masa común<sup>916</sup>.

---

*goza de acreditada tradición en nuestro Derecho -ya prevista en la Ley 203, de Estilo y Novísima Recopilación- habiendo declarado la jurisprudencia que procede ser desplazada mediante prueba en contrario de la privatividad, al tratarse de presunción «iuris tantum»”.*

<sup>916</sup> Vid. STS de 12 de junio de 1990. “El Artículo 1344 C.C. señala como momento de la división, determinación y atribución consiguiente, de lo que a cada cónyuge corresponde en concepto de ganancial, el de la disolución de la sociedad; y es que en verdad, mientras dicha sociedad, constituida por marido y mujer, subsista, se mantiene una comunidad que responde a aquella denominada de mano en común o manos reunidas, de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta de la comunidad romana, regulada, en cuanto a la gestión y disposición de los bienes considerados o presumidos como gananciales, por el artículo 1375 del C.C. conforme al cual corresponde conjuntamente a los cónyuges”.

Vid. STS de 26 de septiembre de 1988, en el mismo sentido SSTS de 29 de abril de 1994 y de 10 de junio de 2004. “[...] durante el matrimonio no constituye una forma de copropiedad regulada en los arts. 392 y siguientes, al faltar por completo el concepto de parte característico de la comunidad de tipo romano que en ellos se recoge, ni atribuye a la mujer, viviendo el marido, la propiedad de la mitad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el recurrente y hacerse en pago de él la correspondiente adjudicación; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, lejos de una propiedad exclusiva y excluyente, que no la legítima para ejercitar la tercería de dominio, con independencia de que pueda tener otros procedimientos para impugnar los actos

En la sociedad de gananciales nos encontramos con dos tipos de bienes. Por un lado están los bienes privativos de cada cónyuge y por otro los bienes comunes o gananciales.

En la redacción originaria del Código Civil en el año 1889 la mujer aportaba al matrimonio una serie de bienes cuya propietaria era aquella, denominados bienes parafernales. Su regulación se encontraba en los artículos 1381 y ss del Código Civil de 1889. Aunque la mujer conservaba el dominio sobre sus bienes, ésta no podía sin licencia de su marido enajenarlos, gravarlos en hipoteca e incluso no comparecer en juicio para litigar sobre ellos, a no ser que sea habilitada judicialmente a tal efecto.

La reforma del Código Civil de 13.05.1981 procedió a la supresión de los llamados bienes parafernales, ya que en la actualidad no existe ninguna diferencia entre los bienes privativos que tanto marido como mujer poseen en la sociedad conyugal.

El artículo 1346<sup>917</sup> CC señala aquellos bienes privativos de cada uno de los cónyuges:

1. Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad<sup>918</sup>.
2. Los que adquiriera después por título gratuito. Dentro de este grupo se encuentran los que provienen de donaciones, herencias o legados<sup>919</sup>.

---

*efectuados por el marido, si son contrarios a la ley o en fraude de sus acreedores, añadiendo la Sentencia de 4 de febrero de 1988 que, vigente el régimen ganancial, la esposa no tiene la condición de tercero ni, por tanto, la legitimación activa precisa para esgrimir la acción de tercería de dominio, pues no constando que se haya hecho liquidación de la sociedad ganancial y no siendo ésta, jurídicamente hablando, una comunidad romana o por cuotas, la del art. 392 del Código Civil, ni la titularidad de dicho patrimonio corresponde por cuotas a cada uno de los cónyuges, ni tampoco a uno de ellos, viviendo el otro, la mitad del mismo, siendo precisa para que ello pueda suceder la liquidación de tal sociedad y la adjudicación de los bienes resultantes”.*

<sup>917</sup> Vid. STS de 30 de junio de 2009. “La calidad ganancial o privativa de un bien no depende de declaraciones unilaterales de los cónyuges (salvo el caso del Artículo 1324 C.C.), sino que su naturaleza viene fijada o por la ley o por la voluntad de los cónyuges”.

<sup>918</sup> Vid. STS de 25 de octubre de 2000. “Los bienes y derechos que pertenecen a un cónyuge cuando comienza la comunidad de gananciales, son privativos del mismo, según deriva de su propio concepto y expresa el número 1º del artículo 1346 del C.C.”.

3. Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.
4. Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.
5. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles ínter vivos.
6. El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.
7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.
8. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4 y 8 no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

Además de los bienes regulados en el artículo 1346 CC existen otros bienes que también se pueden considerar privativos. Veamos.

---

<sup>919</sup> *Vid.* STS de 25 de julio de 2002. “El artículo 1346.2º del Código Civil establece que son privativos de cada uno de los cónyuges: los (bienes o derechos) que adquiera después a título gratuito, que abarca a aquellas en que no existe contraprestación onerosa para él, que, justamente, constituyen la réplica a las adquisiciones onerosas. Porque la razón de esta privatividad es que en la causa de esta atribución no ha concurrido la conducta participativa del otro cónyuge, sino la exclusiva contemplación de la persona del atribuido en la voluntad del atribuyente (donación, herencia o legado)”.

*Vid.* STS de 26 de septiembre de 2002. “Es privativa la finca adquirida por un cónyuge a través de vía hereditaria”.

Este supuesto presenta una excepción recogida en el art. 1353 CC: “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.

*Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”.*



1. Bienes privativos por acuerdo entre ambos cónyuges. Aunque en el Código Civil no se contempla esta posibilidad, a la inversa de lo que prevé el artículo 1355 que autoriza a convertir un bien privativo en ganancial por mutuo acuerdo entre los cónyuges, se podrá pactar también la atribución de carácter privativo a un bien que fuese ganancial<sup>920</sup>.

2. Bienes privativos que se adquieran con base a otros bienes privativos.

- Art. 1348 CC: *“Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito”*.

- Art. 1356 CC: *“Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza”*.

- Art. 1357, párrafo 1 CC: *“Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial”*.

- Art. 1352 CC: *“Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”*.

---

<sup>920</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 234.

- Art. 1359 CC: *“Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho”*. Este artículo modificó la regulación que existía hasta el año 1981, en donde en el artículo 1404 se establecía que si un edificio se construía sobre suelo privativo y el dinero de construcción era ganancial, el suelo se convertía en ganancial y al revés igual, si el suelo era ganancial y el dinero privativo el suelo pasaba a ser privativo. Esto se denominaba *accesión invertida*. Con la reforma efectuada por el legislador en el año 1981, si el suelo es privativo, lo construido sobre él será privativo aunque el dinero utilizado sea ganancial y a l inversa, si el suelo es ganancial y lo construido se realiza con dinero privativo, será ganancial. No obstante habrá derecho de reembolso del caudal utilizado para ello<sup>921</sup>.

Los bienes gananciales aparecen regulados en el artículo 1347 CC<sup>922</sup>:

1. Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. Por trabajo debemos entender aquella actividad por la cual se obtiene algún tipo de rendimiento económico, ya sea en dinero o en especie.
2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales<sup>923</sup>.

---

<sup>921</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 235.

<sup>922</sup> *Vid.* STS de 14 de marzo de 2002. *“Es doctrinal general que, en el elenco básico del Artículo 1347, se refleja en sus diferentes casos, que para el legislador, existen tres medios por los que un bien puede calificarse de ganancial: 1) A través del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges -comunidad de esfuerzos-; 2) En razón al carácter principal de los bienes del matrimonio -comunes o propios- y a la exigencia de subvenir a las cargas del mismo que provocan la accesoriadad de los frutos derivados y su imputación a esas cargas -comunidad en el sostenimiento de la sociedad-, y, finalmente; 3) Dentro de las adquisiciones a título oneroso en el amplio juego de la subrogación real, todos aquellos bienes obtenidos o realidades económicas creadas merced a recursos comunes -ganancias o beneficios- que da lugar a la comunidad en el costo”*.

<sup>923</sup> *Vid.* STS de 14 de marzo de 2002. *“A la llamada comunidad en las cargas que a los cónyuges se les impone, vía genérica del Artículo 1318-1º, o específica del 1362-1º, obedece esta razón atributiva del núm. 2: “Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales”: o sea, dada la adscripción accesoria de tales frutos, rentas o*

3. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos<sup>924</sup>.
4. Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.
5. Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354<sup>925</sup>.

---

*intereses a los bienes de que proceden, constituyen un exacto beneficio enmarcado en la delimitación objetiva del 1344, y por tanto su atribución ganancial, y, por ende, la garantía de ellos coadyuvará al cumplimiento de aquel deber; cualquier rendimiento, pues -la enumeración es completa- proveniente de los bienes, se reputará siempre ganancial”.*

<sup>924</sup> Vid. STS de 11 de julio de 2006. “Pertenece a la sociedad de gananciales la vivienda adquirida a título oneroso por uno de los cónyuges, constante matrimonio, y pagado con dinero procedente de su trabajo”.

Vid. STS de 20 de abril de 2005. “Es ganancial el crédito originado por el pago de la deuda de la cual resultaba fiador uno de los cónyuges, cuando no exista prueba del carácter privativo del dinero con que se pagó la citada deuda por el cónyuge fiador”.

<sup>925</sup> Art. 1354 CC: “Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.

Vid. STS de 30 de diciembre de 1999. “La actividad negocial empresarial cabe, en su conjunto patrimonial, integrarla como bien ganancial, conforme al artículo 1347.5º en relación al 1361, ambos del C.C.”.

Vid. STS de 20 de noviembre de 2000. “Las dotes y capacidades de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus consecuencias, no obstante, su aptitud para generar ingresos económicos están tan vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio externo de estas capacidades o cualidades por muy propios del sujeto que sean (v. gr. condiciones de artista o habilidades profesionales, etc. si se traducen en una actividad productiva, tiñe de ganancialidad a los bienes económicos obtenidos, por aquella. Por tanto, como explica la sentencia recurrida «sean cuales sean las competencias profesionales» de un óptico-optimetrista es lo cierto que la óptica es un negocio de naturaleza ganancial. Tal empresa se constituyó, fundó, montó, e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales. Luego, al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos -entre ellos bienes o cosas materiales- que lo integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, y producirse la adquisición de modo originario, por la creación o

Asimismo, serán considerados bienes gananciales los regulados también en los siguientes artículos del CC:

1. Aquellos ingresos que se producen como consecuencia del juego también serán bienes gananciales. Así lo recoge el artículo 1351 CC: *“Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales”*<sup>926</sup>.
2. Art. 1355 CC: *“Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”*.
1. Art. 1356 CC: *“Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza”*.
2. La presunción legal regulada en el art. 1361 CC: *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”*<sup>927</sup>.

---

*fundación de la empresa, hasta entonces inexistente, no ofrece duda la naturaleza ganancial del referido negocio”*.

<sup>926</sup> Vid. STS de 22 de diciembre de 2000. *“Los bienes gananciales son, como concepto, los procedentes de las ganancias que obtienen los cónyuges directa o indirectamente, y, en primer lugar, como esenciales, los procedentes de la actividad de los mismos, sea constitutiva o no de esfuerzo o trabajo y en ella se incluyen las ganancias obtenidas en el juego, según dispone el artículo 1351 del Código civil. El dinero obtenido en la lotería es un bien ganancial, lo cual no se discute”*.

<sup>927</sup> Vid. STS de 26 de diciembre de 2002. *“La presunción de ganancialidad se halla contenida en el artículo 1361 del C.C., que implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba; el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y es el que alegue lo contrario quien tiene que probarlo”*.

La administración de la sociedad de gananciales se realiza conjuntamente por mujer y hombre, como así lo señala el artículo 1375 CC: *“En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”*.

Este artículo se presenta como novedad en la reforma del Código Civil de 1975, ya que hasta esa fecha el hombre era el encargado de administrar los bienes dentro de la sociedad conyugal. A partir de esta reforma la gestión de la sociedad conyugal debe realizarse por mutuo acuerdo de marido y mujer.

La sociedad de gananciales puede disolverse por varios motivos, recogidos todos ellos en los artículos 1392 y 1393 CC.

- Causas de disolución automática por disposición legal, reguladas en los puntos 1º, 2º y 3º del artículo 1392<sup>928</sup>: cuando se disuelve el matrimonio, cuando sea declarado nulo y cuando judicialmente se decrete la separación personal de los cónyuges.

- Cuando por mutuo acuerdo ambos cónyuges convengan de mutuo acuerdo un régimen económico distinto en capitulaciones matrimoniales.

- Puede concluir por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges en los casos siguientes:

1. Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2. Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

---

<sup>928</sup> Vid. STS de 14 de febrero de 2000. *“Los cuatro supuestos que contempla el artículo 1392 del C.C., por sí solos, operan “ope legis” o de pleno derecho la disolución de la sociedad de gananciales”*.

3. Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

4. Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

5. Por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias.

La disolución de la sociedad de gananciales produce el cese de la situación de comunidad, siendo marido y mujer cotitulares de los bienes en régimen de copropiedad ordinaria, regulando esta situación las normas de comunidad de bienes y el artículo 1408: *“De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas”*<sup>929</sup>.

A continuación, una vez disuelta la sociedad de gananciales cualquiera de los cónyuges puede solicitar su liquidación, empezando por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad, como establece el artículo 1396 CC.

El inventario es la enumeración detallada y descriptiva de las deudas y bienes comunes.

En el activo se incluirían (art. 1397 CC):

1. Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.

---

<sup>929</sup> Vid. STS de 20 de diciembre de 1952. *“El importe de los alimentos facilitados al demandante desde la fecha de la demanda que formuló contra su padre y motivó la sentencia condenatoria del 16 de febrero de 1934, debe deducirse del caudal relicto en la herencia de su padre legítimo, por no ser de cargo de la Sociedad de gananciales, ni por lo tanto de su madre política conforme a lo dispuesto «a contrario sensu» en el artículo 1408, número 5º, del C.C., ya que siendo a la sazón mayor de edad y viviendo independiente de su padre legítimo y de su madre por afinidad, los alimentos facilitados, no respondían a educación del alimentista, conforme al párrafo segundo del artículo 142 del C.C., sino a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendidos en el párrafo primero de la misma Norma Legal, y venía obligado a prestarlas su padre legítimo exclusivamente por aplicación del artículo 143, número 2º del repetido Código”*.

2. El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados.
3. El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste.

El pasivo estaría formado por (art. 1398 CC):

1. Las deudas pendientes a cargo de la sociedad.
2. El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad.
3. El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

Para conocer si hay superávit en la sociedad conyugal es necesario satisfacer las deudas determinadas por el pasivo del inventario. En primer lugar se pagarán las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias, luego se abonarán el resto por orden de antigüedad. Si los bienes comunes no son suficientes para abonarlas, se acude a lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos<sup>930</sup>.

---

<sup>930</sup> Arts. 1922, 1923 y 1924 CC: “Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: 1. Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos. 2. Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor. 3. Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma. 4. Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta. 5. Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada. 6. Los créditos por semillas y gastos de cultivo y

Los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor mientras no se hayan satisfecho las deudas de la sociedad. El cónyuge no deudor responderá igualmente con los bienes que le hayan sido adjudicados en el inventario (art. 1401 CC).

Una vez han sido pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge, teniendo como límite el caudal inventariado (art. 1403). No obstante, si un cónyuge es acreedor personal del otro, puede exigir su crédito en este momento para cobrarlo de los bienes comunes de la sociedad (art. 1405 CC).

---

*recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron. 7. Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma. Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción.*

*Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: 1. Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos. 2. Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido. 3. Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción. 4. Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores. 5. Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.*

*Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia: 1. Los créditos a favor de la provincia o del municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1. 2. Los devengados: B) Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su cónyuge y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios. C) Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento. D) Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondientes al último año. E) Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo periodo de tiempo que señala el apartado anterior siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente. F) Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia, constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo periodo de tiempo. 3. Los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias”.*



Para finalizar si una vez realizados todos los pagos quedaran bienes comunes se deben repartir por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos (art. 1404 CC). Si lo que quedare fuere dinero líquido, ser repartirá entre dos sin ningún problema pero si quedaran bienes es necesario formar lotes con ellos para lograr un reparto justo entre ambos, ostentando cada cónyuge un derecho para que se incluyan en su haber una serie de bienes conforme estipula el art. 1406 CC<sup>931</sup>:

1. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.
2. La explotación económica que gestione efectivamente<sup>932</sup>.
3. El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión<sup>933</sup>.
4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual<sup>934</sup>.

En los supuestos 3 y 4, el cónyuge puede solicitar que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos un

---

<sup>931</sup> Vid. STS de 9 de mayo de 2007. “La regla que regula la formación de los lotes en la sociedad de gananciales, que el Código civil no enuncia, pero que se da por supuesta, es que “las adjudicaciones satisfactivas del haber se deben realizar conservando entre los partícipes la posible igualdad y haciendo lotes con cosas de la misma naturaleza, especie y calidad”. El artículo 1406 del Código civil establece, sin embargo, unas preferencias en la adjudicación en casos especiales”.

<sup>932</sup> Vid. STS de 9 de mayo de 2008. “Resulta procedente adjudicar en el haber de la esposa los derechos que a la sociedad de gananciales corresponden en la explotación de un negocio comercial y ganadero estructurado como una comunidad de bienes, al ser la esposa la que sigue asumiendo desde la separación el negocio”.

<sup>933</sup> Vid. STS de 30 de diciembre de 1998. “El número tercero del Artículo 1406 C.C. contiene una efectiva adjudicación preferencial a fin de satisfacer y proteger intereses personales-profesionales y preservar los consecuentes económicos, que podían resultar gravemente afectadas, si por consecuencia de la partición ganancial se priva a los cónyuges de continuar en el ejercicio de la actuación profesional desarrollado en el espacio físico construido en que se venía practicando”.

<sup>934</sup> Vid. STS de 9 de mayo de 2007. “El artículo 1406 del Código civil establece unas preferencias en la adjudicación en casos especiales, entre los que se encuentra el apartado 4º referido a la adjudicación preferente de la vivienda familiar que, en el caso de la liquidación por causa de muerte de uno de los cónyuges, puede ser conferida al superviviente que tenga su residencia habitual en el inmueble que constituye la vivienda. El presente recurso se plantea al margen de esta regla, porque la disolución del régimen no se ha producido por la causa prevista en el artículo 1406 del Código civil, sino por divorcio, lo que hace inaplicable el artículo 1406, 4º del Código civil”.

derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero (art. 1407 CC).

Una vez realizados los lotes y repartidos por mitades, quedará extinguida la sociedad de gananciales.

#### **7.1.1.2.- El régimen de participación en las ganancias.**

El régimen de participación en las ganancias se introdujo en el Código Civil en la modificación que se realizó del mismo en el año 1981.

Para la profesora Campuzano Tomé es un “*régimen de tipo mixto intermedio entre la comunidad y la separación de bienes, formado por la combinación de dos elementos: uno separatista que garantiza la independencia patrimonial de los esposos durante la vigencia del régimen y el otro comunitario, que les asegura, al momento de su extinción, una participación en los beneficios respectivos obtenidos por los cónyuges durante el funcionamiento del régimen*”<sup>935</sup>.

Algunos grupos parlamentarios intentaron que este régimen fuera el régimen legal en detrimento del de sociedad de gananciales, pero no tuvieron éxito. Lacruz cree que “*queda siempre la duda de si al público le hubiera sido indiferente uno u otro régimen, no quedando claro que las dificultades prácticas que plantea el de participación sean superiores al de gananciales*”. Opina que el régimen de participación es más perfecto que el de gananciales al tener una mejor concepción de ganancias y pérdidas<sup>936</sup>.

Díez-Picazo, por su parte afirma que “*el régimen de participación es apto para aquellos cónyuges que funcionan con independencia en la vida económica y jurídica y que obtienen ingresos o rentas separadas. Cuadra, en cambio, mucho menos con las parejas tradicionales en que la fuente de ingresos es el marido y la mujer que no posea fortuna propia se dedica a trabajos del hogar; para ellas resulta más adecuado el régimen de sociedad de gananciales por cuanto que si bien*

---

<sup>935</sup> CAMPUZANO TOMÉ, M. H. en SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 274.

<sup>936</sup> *Ibidem*.

*es cierto que los resultados prácticos son teóricamente similares, la sociedad de gananciales protege mejor el “status quo” de los cónyuges en cada momento por la vía de la comunidad de bienes que encarna la ganancia y la exigencia de la cogestión y de la disposición, que reconociéndoles un simple derecho de crédito en la liquidación del régimen de participación*<sup>937</sup>.

Este régimen aparece regulado en los artículos 1411 y siguientes del CC.

El art. 1411 CC señala que *“en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”*. Durante el matrimonio cada cónyuge administra y gestiona sus bienes como estime oportuno<sup>938</sup>; es cuando el matrimonio se disuelve cuando entra esta figura en acción, dando derecho a participar a uno de los cónyuges de las ganancias del otro.

El régimen de participación se extinguirá en los mismos casos que la sociedad de gananciales, de ahí que su extinción se producirá por disolución del matrimonio, por la declaración de nulidad del matrimonio, si se declara judicialmente la separación de los cónyuges y cuando los cónyuges acuerden un régimen económico matrimonial distinto de acuerdo con este Código Civil<sup>939</sup>.

---

<sup>937</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 275.

<sup>938</sup> *Vid.* SAP de Madrid, Sección 22ª de 19 de junio de 2001. *“El régimen de participación implica la comunicación de las ganancias obtenidas por los cónyuges, si bien no constante el régimen, sino después de su disolución, de tal manera que el derecho a participar en las ganancias implica la obtención de un crédito pecuniario posible, en la medida que se cumplan las previsiones establecidas en el artículo 1427, que establece que cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje un resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge”*.

Arts. 1412 y 1413 CC: *“A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título ; En todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes”*.

<sup>939</sup> *Ibid.* pp. 280-281.

*“Podrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses”* (art. 1416 CC).

La irregularidad en la administración llevada a cabo por cualquiera de los cónyuges, proviene según Lacruz de una administración inhábil, de prodigalidad, fraude u otra causa de disminución de ingresos no justificada o aumento indebido de gastos<sup>940</sup>.

Una vez que se disuelve el régimen de participación se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge (art. 1417 CC).

El patrimonio inicial está constituido por los bienes y derechos que le pertenecían al empezar el régimen y por aquellos adquiridos después a título de herencia, donación o legado (art. 1418 CC). Lacruz cree que también deben constar en el patrimonio inicial los créditos cuando no han vencido todavía o no han sido pagados, los créditos condicionales, inseguros o inciertos, las adquisiciones por cualquier causa de muerte... eso sí, los dones de fortuna, lotería, apuestas mutuas, ganancias en bolsa no se incluirían<sup>941</sup>, así como las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen, y en su caso las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados (art. 1419 CC).

Una vez que se tiene constituido cual es el patrimonio inicial es necesaria su valoración. Para ello utilizamos la regla recogida en el artículo 1421 CC: *“Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieron al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos. El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado”*<sup>942</sup>.

---

<sup>940</sup> *Ibid.* p. 284.

<sup>941</sup> *Ibid.* p. 286.

<sup>942</sup> *Vid.* SAP de Madrid, Sección 22<sup>a</sup> de 19 de junio de 2001. *“Una vez establecido el contenido del patrimonio inicial y final de ambos cónyuges, el paso siguiente lo conforma la necesidad de valorar los bienes que componen dicho patrimonio, según las previsiones contenidas en los artículos 1421 y 1425 del C.C.”*

A la hora de valorar los bienes integrantes del patrimonio inicial, la Sentencia de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2001, señala a este respecto que *“conviene indicar que la valoración es siempre una operación compleja que, en el caso del régimen que se analiza, se dificulta aún más por la peculiar perspectiva temporal con que hay que proceder a dicha valoración: al disolverse el régimen, pero con referencia a su comienzo o al momento en que los bienes fueron adquiridos. Ciertamente es que el artículo 1421 no se muestra muy expresivo a la hora de resolver los problemas que plantea la valoración, pues se refiere tan sólo al estado y valor que tuvieren al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos”*.

Esta sentencia sigue estableciendo, a la hora de actualizar el importe estimado al día en que haya cesado, *“la necesidad de actualizar la valoración realizada, pues no olvidemos que ésta se refiere al comienzo del régimen o al tiempo en que los bienes fueron adquiridos; ello, nos obliga a distinguir distintos conceptos: el significado de la actualización, que responde a un criterio valorista que no desconoce, sino al contrario, el proceso de depreciación monetaria, de modo que se trata de una expresión neutral, puesto que con la actualización no se pretende incrementar o aumentar, sino tan sólo de ajustar el valor del bien a un tiempo concreto, a través de un mecanismo de reequilibrio; por el contrario, la revalorización de un determinado bien, en cuanto fruto de mecanismos económicos coyunturales, supone la determinación del valor real de mercado de dicho bien, de tal modo que se reputa ganancia contable la que se deriva de la determinación pericial del valor último, con referencia al momento del inicio del régimen económico, y de dicho bien, al momento de la disolución del mismo, una vez computada la actualización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1421”*.

Para realizar esta estimación no se tendrán en cuenta ni las mejoras experimentadas por los bienes ni los deterioros. El importe de la estimación debe compensar la pérdida de valor de la moneda utilizada en la valoración del patrimonio inicial. Es necesario ajustar el precio que se atribuyó al patrimonio inicialmente con el que tendría cuando el régimen haya cesado<sup>943</sup>.

El patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación

---

<sup>943</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 290.

del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas (art. 1422 CC).

En opinión de Lacruz *“el patrimonio final engloba la totalidad de bienes de cada cónyuge, ahora existentes, cualquiera que sea su naturaleza y origen: lo mismo los bienes originarios que todavía duran ahora, como todos los otros adquiridos por el esposo constante el matrimonio por cualquier título, así como los frutos de todos los bienes, iniciales o no, percibidos o no consumidos que existan todavía”*<sup>944</sup>.

Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin consentimiento del otro, exceptuando los casos de liberalidades de uso. Esta regla se aplica también a aquellos actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro (arts. 1423 y 1424 CC).

La función esencial de estos artículos es la de *“salvaguardar el derecho del otro cónyuge a las ganancias contra el poder reconocido a cada uno de disponer libremente de sus bienes durante el funcionamiento del régimen”*<sup>945</sup>.

La valoración de los bienes constitutivos del patrimonio final será según el estado y valor que tuvieran en el momento de la terminación del régimen, y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido en el caso de que se hubieran conservado hasta el día de la terminación (art. 1425 CC).

Una vez han sido valorados todos los bienes y se han deducido las deudas que constituyen el patrimonio final obtendremos su cuantía<sup>946</sup>.

Para determinar la participación de cada cónyuge son de aplicación las reglas contenidas en los artículos 1427 y 1428 CC: *“Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor*

---

<sup>944</sup> *Ibid.* p. 292.

<sup>945</sup> *Ibid.* p. 293.

<sup>946</sup> *Ibid.* p. 295.

*incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge*<sup>947</sup> ; *Cuando únicamente uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento”*.

No obstante, si los cónyuges quieren y lo establecen mediante pacto, se puede estipular un reparto desigual, pero rigiendo por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges (art. 1429 CC).

Lacruz opina que no será válido aquel pacto en virtud del cual uno de los cónyuges absorviera las ganancias de ambos, salvo que el pacto sea recíproco, es decir, que mujer y hombre gocen de las mismas oportunidades<sup>948</sup>.

La forma en la que ha de realizarse el pago de la participación aparece regulada en los arts. 1431 a 1434 CC.:

- Art. 1431 CC: *“El crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados”*<sup>949</sup>.

---

<sup>947</sup> Vid. SAP de Madrid, Sección 22ª de 19 de junio de 2001. *“El derecho a participar en las ganancias implica la obtención de un crédito pecuniario posible, en la medida que se cumplan las previsiones establecidas en el artículo 1427, que establece que cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje un resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge”*.

<sup>948</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 298.

<sup>949</sup> Vid. SAP de Madrid, Sección 22ª de 19 de junio de 2001. *“Definida con nitidez la existencia del patrimonio inicial y final de cada uno de los cónyuges, no existiendo, en el presente supuesto, obligación o deuda alguna que hubiera de deducirse de dicho patrimonio, de haberse realizado las oportunas tasaciones periciales de aquellos bienes cuya pericia y valoración resultaba imprescindible, la determinación del crédito no es compleja, pues sólo restaba averiguar si la comparación entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge arrojaba un resultado positivo (ganancias), en segundo lugar, habría que haber comparado las respectivas ganancias de los cónyuges, en tercer lugar, establecer la diferencia existente entre las mismas, y en cuarto lugar, entender constituido un crédito por la mitad del importe de esa diferencia, en favor del cónyuge cuya ganancia hubiese sido menor, pues la comparación tiene lugar, exclusivamente, sobre las ganancias, en base a las reglas contables de composición de los respectivos patrimonios inicial y final de cada cónyuge, de tal manera que el cálculo es también una operación estrictamente contable, del que se*

- Art. 1432 CC: *“El crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor”*.

- Art. 1433 CC: *“Si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos”*.

- Art. 1434 CC: *“Las acciones de impugnación a que se refiere el artículo anterior caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe”*.

### **7.1.1.3.- El régimen de separación de bienes.**

Este régimen se consolida con la reforma del Código Civil efectuada por la Ley de 7 de julio de 1981, para establecer por fin la igualdad entre hombre y mujer dentro de la sociedad conyugal. Siguiendo a Garrido de Palma *“el régimen de separación de bienes está especialmente recomendado para cuando hombre y mujer tienen capital propio, bienes fructíferos o actividad profesional independiente y desean el mayor margen de agilidad e iniciativa posible en su actuación. También en los casos en los que el matrimonio tenga actividades empresariales, para que llegado el caso de una mala situación económica, la vida familiar ordinaria no se vea alterada (art. 1438 CC) y los derechos de los terceros, sean respetados (art. 1442 CC)”*<sup>950</sup>.

El artículo 1437 CC señala que *“en el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y, los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”*.

Habrá régimen de separación de bienes siempre y cuando así lo hubiesen convenido ambos cónyuges; cuando hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de

---

*deduce, hipotéticamente, no un derecho a participar un cónyuge en el patrimonio del otro, sino a recibir en metálico la suma resultante de los cálculos realizados, según las normas correspondientes”*.

<sup>950</sup> SERRANO ALONSO, E. (coord.), *Op. Cit.*, p. 302.



gananciales, sin expresar las reglas por que hayan regirse sus bienes o cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto (art. 1435 CC).

Tanto la mujer como el marido son propietarios de los bienes que tuviesen en el momento inicial del matrimonio y de los que después adquieran por cualquier título (art. 1437 CC).

De los Mozos señala que *“se trata de bienes adquiridos, bien a título gratuito y oneroso, sean fruto de su actividad, trabajo e industria o procedan de los rendimientos de sus propios bienes, o de inversión o empleo de sus economías o de la realización de otros bienes o derechos que le pertenezcan. Sin que se haga distinción alguna entre los bienes propios y adquiridos”*<sup>951</sup>.

Si no fuera posible acreditar a cual de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad (art. 1441 CC).

- Art. 1438 CC: *“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”*. La contribución a las cargas del matrimonio se realizarán mediante pacto entre marido y mujer, sin menoscabar su igualdad y dignidad. El trabajo que se desempeña en el hogar es evaluable económicamente, ya lo haya realizado el hombre o la mujer<sup>952</sup>.

El régimen de separación de bienes puede extinguirse por el acuerdo mutuo entre ambos cónyuges de regirse por otro régimen distinto mediante capitulaciones matrimoniales, por disolución del vínculo matrimonial o por sentencia de separación del marido y mujer. A continuación se liquidará este régimen matrimonial teniendo en cuenta el activo y pasivo de cada cónyuge, las contribuciones a los gastos comunes atrasados, las presunciones de confusión patrimonial,

---

<sup>951</sup> *Ibid.* p. 304.

<sup>952</sup> *Ibid.* p. 308.

así como el trabajo realizado en el hogar por cualquiera de los cónyuges<sup>953</sup>.

## 7.2.- El Derecho de sucesiones en el Código Civil.

La sucesión hereditaria o *mortis causa* es aquella que se produce por voluntad del hombre manifestada en testamento, denominada testamentaria, y a falta de éste por disposición de la ley, llamada legítima (art. 658 CC).

El objeto de una sucesión hereditaria es el patrimonio del *de cuius*, tal y como recoge el art. 659 CC: *“La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”*<sup>954</sup>.

Existen dos sistemas sucesorios o hereditarios distintos: el anglosajón y el latino o romano<sup>955</sup>:

El sistema anglosajón al morir el causante requiere que se haga cargo de la herencia un sujeto distinto de aquellos que van a disfrutarla. Ese sujeto es el encargado de liquidar el patrimonio del causante, para posteriormente, una vez descontado el pasivo, entregar los bienes a sus legítimos herederos.

En el sistema latino, que es el adoptado por el Código Civil español, la herencia se transmite directamente del causante a sus herederos.

---

<sup>953</sup> *Ibid.* pp. 312-313.

<sup>954</sup> *Vid.* STS de 17 de febrero de 1981. *“los herederos suceden al difunto por el sólo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones, y si bien es cierto que ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los «intuitu personae» o personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las cualidades que le son propias -los en general denominados o calificados de personalísimos-, como parentesco, confianza y otras, que por ley o convencionalmente, acompañan a la persona durante su vida”*.

<sup>955</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., ed. actualizada por DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, A., *Compendio de derecho sucesorio* (Madrid, 1999), pp. 22-23.

### 7.2.1.- La sucesión testada

En el artículo 667 CC se recoge la definición del testamento: “es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todo sus bienes o parte de ellos”. Esta definición es necesario completarla afirmando que se trata de un negocio jurídico, ya que es necesaria una declaración de voluntad del testador<sup>956</sup>. El testador ordena o manda lo que hacer una vez que él haya fallecido, tratándose, por tanto, de un negocio jurídico *mortis causa*. El testamento posee plena validez desde el momento en que se otorga, aunque no despliega su plena eficacia hasta la muerte del testador<sup>957</sup>.

El testamento, es por tanto, un acto unilateral e individual<sup>958</sup>. Tal y como recoge el artículo 670 CC, es un acto personalísimo, no pudiendo dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco se podrá dejar al arbitrio de un tercero el nombramiento de herederos o legatarios, ni el designio de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

No obstante, el artículo 671 CC permite al testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje a determinadas clases, como a parientes, pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimiento a que aquéllas deban aplicarse.

El testamento es un acto formal y solemne, ya que el artículo 687 CC recoge la nulidad del mismo en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el capítulo que corresponda.

---

<sup>956</sup> Art. 658 CC: “La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley”.

<sup>957</sup> OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada* (Granada, 2001), p. 22.

<sup>958</sup> Art. 669 CC: “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

Es revocable, tal y como establece el artículo 737 CC<sup>959</sup>. Esta revocación puede ser expresa, tácita o real.

Es expresa si el testador declara su voluntad revocatoria.

Es tácita, en aplicación del art. 739.1 CC, ya que el testamento queda revocado por uno redactado con posterioridad, si el testador no expresa en éste último su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

La revocación real se produciría en el supuesto en el que apareciera un testamento cerrado en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen. No obstante, éste será válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si apareciera rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez. (art. 742 CC). Para de la Cámara Álvarez, este artículo es *“anómalo, ya que contempla dos hipótesis diferentes. Porque una cosa es la firma del texto del testamento mismo y otra la firma del acta de autorización que se extiende sobre la cubierta que contenga el testamento”*<sup>960</sup>.

El testamento es el verdadero protagonista de este tipo de sucesión. Así, tal y como recoge el artículo 667 CC, el testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Para de la Cámara, *“en la definición se atiende casi exclusivamente al contenido y finalidad del acto, pero se echan a faltar la determinación de los caracteres extrínsecos o inherentes al acto mismo que, igualmente, contribuyen a perfilar el concepto”*<sup>961</sup>.

Podrán testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, enuncia el artículo 662 CC. Así, la ley enumera aquellos

---

<sup>959</sup> Art. 737 CC: *“Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales”*.

<sup>960</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>961</sup> *Ibid.* p. 67.

sujetos que no ostentan la capacidad para testar en su art. 663 CC: los menores de catorce años de uno y otro sexo y el que habitualmente o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

De esta forma, pueden testar los mayores de catorce años, aunque no hayan llegado a la mayoría de edad, ni estén emancipados.

En lo que atañe a lo recogido en el art. 663.2 CC se deben incluir las enfermedades mentales, o cualquier causa de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o de determinarse con discernimiento o espontaneidad<sup>962</sup>. La expresión cabal juicio, por su parte, se interpreta por algunos autores en el sentido de que el grado de conciencia exigido para testar es mayor que el que debe postularse para los demás actos jurídicos<sup>963</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2007 señala a este respecto que *“la capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 C.C., no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (S.S.T.S. 11/12/1962 y 7/10/1982). Y es indudable que esta voluntad no puede ser atrapada en un documento notarial en un momento de la vida de una persona que*

---

<sup>962</sup> STS 1162/1982 de 7 octubre: “[...] el 663, número segundo, del patrio niega la testamentificación activa al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, amplia fórmula asimismo utiliza en el campo del derecho foral, en el que habrán de ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos, por carecer de conciencia y libertad de palabras, de la sentencia de 11 de diciembre de 1962 [...]”.

<sup>963</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 76.

*ni desea dejar patente su última voluntad ni podía expresarla de forma consciente y libre”.*

La capacidad se debe tener en cuenta únicamente en el momento en el que se vaya a otorgar el testamento (art. 666 CC).

El testador debe ser identificado plenamente. Así se desprende del artículo 685 CC, en el que se señala que *“el notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701<sup>964</sup>, los testigos<sup>965</sup> tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad”<sup>966</sup>*. Los documentos de identidad que se utilizan habitualmente en estos supuestos por parte de los notarios son el Documento Nacional de Identidad o el pasaporte.

No obstante, si no fuera posible identificar a la persona del testador en la forma que hemos visto el Notario o los testigos lo

---

<sup>964</sup> Art. 700 CC: *“Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario”.*

Art. 701 CC: *“En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años”.*

<sup>965</sup> Art. 681 CC: *“No podrán ser testigos en los testamentos los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701, los que no entiendan el idioma del testador, los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical y el cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo”.*

<sup>966</sup> *Vid.* SSTS de 27 de noviembre de 1995, de 19 de septiembre de 1998, de 18 de marzo de 1988, de 31 de marzo de 2004. *“[...] la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (S.S. de 21/6/1986, 10/4/1987, 26/9/1988, 13/10/1990) [...] pues, como recoge la sentencia de 22 de junio de 1992, la declaración que en este sentido hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el Notario y los testigos sobre dicha capacidad en el acto del otorgamiento (S. 16/2/1945), conforme, además, resulta, según destacó la sentencia de 23 de marzo de 1940, de la misma dicción del Código, que, en su segunda edición, sustituyó la expresión deberán asegurarse (de la capacidad), referida al Notario y los testigos, por la de procurarán asegurarse, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza”.*

declararán, reseñando en su caso los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo. Si alguien impugna ese testamento, el que sostenga su validez deberá probar la identidad del testador (art. 686 CC).

La forma de testar más habitual es el testamento abierto regulado en el artículo 679 CC, definiéndolo como aquel en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. El Notario o en su caso, los testigos son los encargados de conocer la última voluntad recogida en el testamento.

El testamento abierto, a su vez, puede ser notarial, es decir otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento o en aquellos supuestos en los que se pueda prescindir de la intervención notarial cuando el testador lo otorgue en inminente peligro de muerte o en el supuesto de epidemia.

El testador debe manifestar claramente su voluntad de realizar testamento a los testigos, sin que exista ningún tipo de duda razonable. Las solemnidades que debe contener el testamento abierto notarial, sólo deben considerarse necesarias las indispensables para asegurar la certeza del acto y la autenticidad de su contenido<sup>967</sup>.

Un tipo de testamento realizado por el testador sin necesidad de que esté presente ningún testigo, ni un Notario es el testamento ológrafo. Este testamento lo escribe el testador por sí mismo (art. 678 CC) atendiendo a los requisitos recogidos en el art. 688 CC:

1.- Sólo lo podrán otorgar tanto mujer como hombre mayores de edad.

2.- Deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. El testamento ha de estar escrito con un tipo de caligrafía que el testador utilice habitualmente, ya que una vez fallecido éste, debe ser

---

<sup>967</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 94. *Vid.* STS de 12 de mayo 1945.

reconocida aquella por personas que conozcan la letra y firma del causante<sup>968</sup>.

3.- Si contuviera palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

4.- Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Por su parte, el testamento cerrado es aquel en el que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.

Existen para acabar de hablar de los tipos de testamentos, tres especiales, el militar, el marítimo y el otorgado en país extranjero, aunque no diremos nada de ellos por ser muy escasa su utilización.

La institución de heredero, a diferencia de lo que acontecía en el derecho romano, no se requiere para la validez del testamento. Así, el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia, o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos (art. 764 CC).

En cuanto al nombramiento del heredero/s, el testador designará al heredero por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido. Aunque el testador haya omitido el nombre

---

<sup>968</sup> Vid. STS 4721/2014 de 25 de noviembre. “[...] La antigua y célebre sentencia de 8 junio 1918 admitió esta intención que se acreditaba en el reverso de una carta de novios en la que decía “... todo para ti, todo” (aunque también añadía: va mi testamento”) y la más reciente del 19 diciembre 2006, en que se acepta como testamento ológrafo, una carta en que le adjunta una tarjeta de visita en que expresa “mi deseo de sustituir el nombre...” [...] requisitos que se cumplen en el presente caso. La autografía total (sentencia de 28 septiembre 1998), la firma (“habitual o usual” dice la sentencia de 5 mayo 2011), la fecha (sentencia de 10 a febrero de 1994), el salvar tachaduras (sentencias de 24 febrero 1961, 4 noviembre 1961).



del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido valdrá la institución (art. 772 CC).

El Código Civil recoge además ciertas reglas:

- Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales (art. 765 CC)<sup>969</sup>.

- El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario (art. 768 CC).

- Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: “instituyo por mis herederos a N. y a N., y a los hijos de N”, los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador (art. 769 CC).

- Si el testador instituye herederos a sus hermanos, y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado (art. 770 CC).

- Cuando el testador llame a la sucesión a una persona ya sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente (art. 771 CC).

- En el testamento del adoptante, la expresión genérica hijo o hijos, comprende a los adoptivos (art. 772 CC).

El Código Civil recoge tres supuestos singulares de institución de heredero. Son la institución a favor del alma, la institución a favor de los pobres y la institución a favor de los parientes de una forma genérica.

---

<sup>969</sup> Vid. SAP de Granada, Sección 5ª, de 30 de noviembre de 2007. “*Considera esta Sala que la actora no tiene la consideración de legataria sino de heredera, conforme a la voluntad del testador explicitada en su testamento. El primer párrafo de la cláusula segunda dispone que “instituye” a la actora como heredera. Y, además, se le instituye junto a su hermana consanguínea- sin designación de partes, por lo que en aplicación del artículo 765 del código civil ambas heredan por partes iguales, sin perjuicio de otras disposiciones testamentarias. Por tanto la interpretación literal conduce a su consideración como tal heredera*”.

Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma<sup>970</sup>, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y, en su defecto, para los de la provincia (art. 747 CC).

La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha a favor de los más próximos en grado (art. 751 CC).

El legado, por su parte, se refiere a aquella disposición testamentaria a título singular. El legado no engloba todo el patrimonio del causante o parte de él, sino bienes o derechos concretos<sup>971</sup>.

Así, el testador podrá gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios. Estos no están obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado (art. 858 CC). Por el contrario, el heredero a no ser que haya aceptado

---

<sup>970</sup> *Vid.* STS 8053/1998 de 25 de diciembre. “La institución a favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto la anterior como la posterior al Código Civil y así la sentencia de 20 de abril de 1906 dice que “es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y lo declarado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre ellas en las de 31 de diciembre de 1888 y 2 de enero de 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don Alejandro los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser esta la suprema ley a que ha de atenderse en materia de sucesión”, y la sentencia de 16 de abril de 1927 afirma que “la institución de heredero a favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código Civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante”. No obstante no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esta institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el Diocesano ni el Gobernador a los que se refiere el artículo 747 del Código Civil [...]”.

<sup>971</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 120.

la herencia con beneficio de inventario, responde de los legados *ultra vires hereditatis*<sup>972</sup>.

No obstante, en el artículo 887 CC se recoge una cierta responsabilidad del heredero en el caso de que los bienes de la herencia no alcancen para cubrir todos los legados. En este supuesto se establece un orden de prelación para la realización del pago:

1º.- Los legados remuneratorios.

2º.- Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.

3º.- Los legados que el testador haya declarado preferentes.

4º.- Los de alimentos.

5º.- Los de educación.

6º.- Los demás a prorrata.

El legado que se produce con más habitualidad es el legado que determina una cosa específica, recogido en el artículo 882 CC. Así *“cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora”*.

De todos modos, el legatario no puede ocupar por sí mismo la cosa legada, ya que debe solicitar la entrega del heredero o del albacea en su caso<sup>973</sup>. Esta afirmación se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2003, así como de lo regulado en el artículo 440 CC. Así, *la posesión de los bienes hereditarios se entiende*

---

<sup>972</sup> *Ibidem*.

<sup>973</sup> *Vid.* STS de 21 de abril de 2003. *“La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del código civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 del C.C.)”*.

*transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento”.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado esta regulación del Código Civil, señalando que el legatario podrá tomar posesión de la cosa legada por sí mismo en los siguientes supuestos:

- Si el testador le faculta para ello. Así se desprende de la STS 697/1928, de 26 de octubre. *“[...] Considerando que adquiriéndose la propiedad de la cosa legada específica y determinadamente por el legatario desde el momento de la muerte del testador, conforme al precepto contenido en el artículo '882 del tan repetido Código, derecho que alcanza, tanto al usufructuario como al nudo propietario, toda vez que ambos derechos constituyen la propiedad consistente en el pleno dominio de la cosa, concediéndose tal propiedad por dicho precepto en términos que desde, el propio instante corre el riesgo de lo legado por cuenta del legatario, así como le pertenece el provecho de su aumento o mejora [...].*
  
- Si la totalidad de la herencia se distribuye en legados al amparo del artículo 891 CC. *“Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa”<sup>974</sup>.*

---

<sup>974</sup> Vid. STS 2953/1997 de 26 de abril. *“Se está refiriendo el motivo a lo argumentado por la Sala sentenciadora "a quo" en el quinto fundamento de derecho de su resolución al decir "abundando en la voluntad testamentaria, este Tribunal entiende si bien ello es ajeno en cierto modo a la suerte de este pleito, que D. Mauricio, no solo dispone de su última voluntad en el testamento que analizamos, sino que además realiza una partición directa, cuando menos respecto de sus hijas, al distribuir toda su herencia en legados determinados y específicos, posibilidad, en cuanto a estos últimos, reconocida en el artículo 891 del Código Civil". Esta fundamentación ha de incluirse entre las denominadas "obiter dicta", contra las cuales no cabe recurso de casación, puesto que el fallo se fundamenta en la atribución a la recurrida por medio de legado de la totalidad de la nuda propiedad de la farmacia; por otra parte, en esa argumentación no se está haciendo aplicación de la norma contenida en el artículo 891 del Código Civil (referida a la forma de distribuirse las cargas y gravámenes de la herencia en el supuesto en ella contemplado) pues tal norma no es aplicable para resolver la cuestión litigiosa sino que se está refiriendo al uso por el testador de la facultad que le reconoce el artículo 1056 del mismo Código de realizar la partición de su herencia en su testamento”.*

- Si se trata de un legado otorgado a favor de un único heredero.

Tanto la institución de heredero como el legado pueden realizarse bajo condición, como así lo recoge el artículo 790 CC. La condición podrá ser suspensiva o resolutoria. En la suspensiva los efectos del legado o de la institución no se producen, habiendo una expectativa hasta que se cumpla el hecho futuro en que consista la condición. Si la condición es resolutoria, el legado o la institución prestan sus efectos, desvaneciéndose aquellos si se cumple la condición<sup>975</sup>.

Las condiciones impuestas tanto a herederos como legatarios se regularán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales<sup>976</sup>.

Se produce una contradicción entre el artículo 791 y el 1116 CC. Mientras el artículo 1116 CC afirma que las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbre y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa, y se tiene por no puesta la condición de no hacer una cosa imposible, el artículo 792 CC señala que las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas<sup>977</sup> y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa.

Para de la Cámara el artículo 792 CC *“carece de justificación y la buena doctrina está representada por el artículo 1116 CC”*. Si se trata de condiciones imposibles o ilícitas la disposición habría que considerarla

---

<sup>975</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 126.

<sup>976</sup> Las obligaciones condicionales aparecen reguladas en los artículos 1113 a 1124 del Código Civil.

<sup>977</sup> *Vid.* STS de 29 de septiembre de 2006. *“en el supuesto de que la voluntad de D. F era que le heredasen los hijos legítimos de su hermano, entendiéndose como tal únicamente los biológicos y de sangre habidos en su matrimonio con D<sup>a</sup> N dicha interpretación constituye una exclusión para todos los demás, esto es, los naturales o, como es el caso, adoptivos, de claro carácter discriminatorio por lo que trata de una condición contraria a la Ley, que, con arreglo al art. 792 Código Civil, debe tenerse por no puesta”*.

nula. Sin embargo el art. 792 CC excluye la eficacia de la disposición testamentaria aunque el testador lo hubiera dispuesto así<sup>978</sup>.

El artículo 793 CC preceptúa que *“la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste. Podrá legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo”*. Este artículo en la actualidad carece de fundamento ya que recoge un supuesto del todo improcedente en la sociedad contemporánea.

De hecho, en la actualidad nos encontramos con alguna sentencia en este sentido. Así la SAP de Badajoz Sección 1ª 23/19971996 sentencia que *“la cláusula litigiosa impone a la heredera una condición que afecta a su libertad para contraer matrimonio, ya que liga al hecho de contraer matrimonio la pérdida de un importante beneficio, pues si la heredera permanece soltera, será dueña en pleno dominio de todos los bienes de la herencia, pero si contrae matrimonio, pasará a ser simplemente usufructuaria de dichos bienes. Consecuentemente deberá ser considerada por no puesta y tener a la designada como heredera pura y simple”*.

Sin embargo, la STS 2128/1964 de 11 de junio, afirma que *“fácilmente se comprende que el no contraer matrimonio no es en sí un hecho ilícito, pero sí lo es exigir tal circunstancia, que pertenece a la iniciativa y a la libertad individuales, en condicionante fe una atribución patrimonial; que no cabe duda que don Jorge, al prevenir en el testamento abierto otorgado ante Notario que su esposa, doña Lorenza, perderá el legado de libre disposición si contrae nuevo matrimonio atribuido en usufructo, lo que hace es acogerse a la norma excepcional del artículo 793. Para juzgar acerca de su validez es indispensable acudir a este precepto, y es válida la condición de un lego porque figura impuesta por el cónyuge difunto al supérstite, y de otro lado porque lo que con subordinación de la misma se dejó a la esposa fue un legado de usufructo. Por consiguiente, si para discernir acerca de la validez y eficacia de la condición de no contraer matrimonio es ineludible aplicar el artículo 793, la más elemental exigencia lógica dicta el aserto de que para determinar el alcance de la condición así establecida es indispensable también atenerse al texto del propio artículo 793”*.

---

<sup>978</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 127.

La jurisprudencia entiende que la condición ilícita es, no casarse en absoluto, por tanto es lícita la de no contraer matrimonio con otra persona.

Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona (art. 794 CC).

La condición puramente potestativa impuesta al heredero o legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador. Exceptuáse el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse (art. 795 CC).

Cuando la condición fuere casual o mixta, bastará que se realice o cumpla en cualquier tiempo, vivo o muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa. Si hubiese existido o se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida. Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo (art. 796 CC).

El término aparece regulado en el artículo 805 CC. *“Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado. En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido”*.

El modo es una carga o gravamen impuesta al instituido o al legatario, por la cual deberá realizar una prestación. Aparece regulada en el artículo 797 CC. *“La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la*

*devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación*<sup>979</sup>.

La jurisprudencia ha delimitado el modo y la condición, acotando el significado de ambos. La STS 947/2003 de 9 de octubre lo atestigua así: *“el artículo 797 del Código Civil configura la institución de heredero o el nombramiento de legatario sub modo. El modo es una liberalidad indirecta, a favor de un tercero; se impone al que recibe la liberalidad (en este caso, heredero o legatario), como obligación accesorio, que deberá cumplir una prestación a favor del beneficiario. El modo no limita la eficacia de la institución, pero obliga al heredero o legatario a cumplir la prestación; es muy ilustrativa la frase: la condición, suspende, pero no constriñe y el modo constriñe, pero no suspende. Si el heredero o legatario sub modo no cumple, las personas interesadas pueden en primer lugar, y en lo que en este pleito interesa, exigir el cumplimiento forzoso en forma específica, como cualquier otra obligación”*.

#### 7.2.1.1.- La legítima

Para de la Cámara la *“legítima es una cuota parte del haber hereditario o de su valor líquido que determinados parientes del difunto deben recibir a la muerte de éste e independientemente de su voluntad”*<sup>980</sup>.

La legítima se concibe de tres maneras distintas<sup>981</sup>.

Para el derecho francés, la legítima es una parte de la herencia que se defiende *ab intestato* a los legitimarios, de ahí que el testador sólo pueda disponer *mortis causa* de una parte de la herencia.

Para el derecho alemán, el legitimario ostenta un crédito contra la herencia por el montante que represente su legítima.

---

<sup>979</sup> La STS de 21 de enero de 2003 señala que *“el artículo 797 Código Civil es inequívoco al disponer que la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad, de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición, como por demás tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 18 de diciembre de 1965, 17 de mayo de 1971 y 28 de mayo de 1994”*.

<sup>980</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 176.

<sup>981</sup> *Ibid.* p. 178.



Para el derecho español, recogido en el Código Civil la legítima es una obligación impuesta al testador que consiste en dejar una parte de su patrimonio a los legitimarios, eligiendo aquel la forma en que pueda cumplir tal obligación. Los legitimarios pueden ser los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

El artículo 806 CC dice que la *“legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo la define como aquella *“porción o cuota de la herencia que recae sobre todos los bienes que la integran, y que para excluir al legitimario de algunos de ellos o para que su legítima se pague con bienes de una determinada clase, ha de hallarse la cláusula testamentaria incluida en las previsiones legales al efecto”*<sup>982</sup>.

Para analizar debidamente la definición de legítima recogida en el artículo 806 CC es necesario relacionarla con el artículo 815 CC, que dice que el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma<sup>983</sup>. Por tanto, el testador puede dejar su legítima por cualquier título, ya sea instituyendo heredero al legitimario o proporcionarle su legítima por vía de legado o donación<sup>984</sup>.

El artículo 813.1 CC afirma que el testador no puede privar a los herederos forzosos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

---

<sup>982</sup> Vid. STS de 27 de febrero de 1997. *“La legítima, en España, o la reserva, en Italia, no es más que la limitación a la facultad de disponer en beneficio de ciertos parientes o cónyuges, que son los legitimarios, que gozan de un llamamiento legal a la herencia del causante”* (STS 765/2005 de 13 de octubre).

<sup>983</sup> Vid. STS de 28 de septiembre de 2005. *“[...] bien que con una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que de su legítima haga el legitimario (S.S. 31/3/1970 y 20/11/1990), el cual puede recibir por cualquier título apto el contenido patrimonial a que tiene derecho (artículo 815 del Código Civil y sentencias de 20/6/1986 y 9/5/1990) y no solo como heredero”*.

<sup>984</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 180.

La preterición es la omisión de un legitimario en el testamento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo define en varias sentencias. Veámos algunas. SSTs de 9 de julio de 2002 y 981/2004 de 7 de octubre. “*Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima*”.

Puede ser de dos tipos. La preterición intencional es aquella que el testador hace a sabiendas, es decir, el testador sabe que tiene un legitimario y omite mencionarlo en su testamento. Por el contrario, la preterición no intencional o errónea es la omisión de un heredero forzoso por ignorarse su existencia o que sobreviene una vez que el testamento ha sido otorgado<sup>985</sup>. Aparece regulada en el CC en el artículo 814.

La preterición intencional está regulada en el artículo 814.1 CC. “*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*”<sup>986</sup>.

---

<sup>985</sup> Vid. STS de 22 de junio de 2006. “*La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia*”.

<sup>986</sup> Vid. STS de 6 de abril de 1998. “[...] y siendo esa supuesta e inexistente donación la única razón en que dicha causante basa su decisión de no dejar nada en su testamento a su referido hijo, resulta evidente que nos hallamos en presencia, aunque la sentencia recurrida, pese a la abundante y promiscua cita que hace de artículos del Código Civil, no haya logrado captarlo, de una preterición intencional o, en su caso, una desheredación injusta, cuya calificación puede hacerla esta Sala, en el examen de los presentes motivos, a virtud del principio “iura novit curia”, en cuanto ello no entraña alteración alguna de la “causa petendi”, preterición intencional o, en su caso, desheredación injusta que ha de comportar que la institución de heredero hecha en favor de D<sup>a</sup> M. de L.M.P. deba ser anulada, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado, según establecen los artículos 814.1<sup>o</sup> del Código Civil (para la preterición intencional) y 851 del mismo Cuerpo legal (para la desheredación injusta), cuya legítima que ha de ser respetada es solamente la legítima estricta o corta, según ya tiene declarado esta Sala para supuestos análogos al que aquí nos ocupa (Sentencias de 23 de Enero de 1959, 9 de Octubre de 1975 y 13 de Julio de 1985)”.

Para de la Cámara “*la reducción de la institución procede antes que la de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias conforme al art. 814.1. Esto quiere decir que quien primero ha de soportar las consecuencias de la reducción es el heredero (o herederos) y, sólo si la reducción o nulidad total de la institución no bastare, se anularán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*”<sup>987</sup>.

La preterición errónea o no intencional aparece regulada en el artículo 814 párrafo segundo y ss. En ella el testador omite en su testamento a uno de sus legitimarios sin que su intención sea la de privarle de su legítima. Puede ser por descuido o ignorancia. Por descuido, cuando conoce la existencia sobrevinida de nuevos herederos forzosos y aún así no rectifica su testamento sin que su intención sea privar de sus derechos a los herederos forzosos posteriores. Por ignorancia, si el testador en el momento de otorgar el

---

<sup>987</sup> Vid. SSTs de 13 de julio de 1985 y de 5 de octubre de 1991. “[...] en virtud de la redacción dada a dicho artículo 814 del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, estableciendo, considerando que la situación de preterición intencionada, cual lo es la producida en este caso, «no perjudica a la legítima», de manera que se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, lo que significa en tal supuesto de preterición intencionada el reconocimiento de que se mantiene la eficacia de la institución de heredero producida en el testamento en que se produjo la preterición, con solamente reducirla en lo que cuantitativamente afectase a la legítima de los herederos forzosos preteridos, por entenderse, lógicamente, por el legislador que esa omisión voluntaria que la preterición intencionada significa no puede tener más alcance que el prevenido para el caso de desheredación, que según el artículo 651 del Código Civil anula la institución de heredero tan sólo en cuanto signifique perjuicio al desheredado sin causa o sin eficiencia de la en que se basa la desheredación, con pervivencia de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a la legítima del desheredado, por ser en el terreno de los principios la solución más justa, equivalente a equiparable, toda vez que cuando el testador conoce la existencia de un heredero forzoso y sin embargo lo ignora en absoluto en el testamento, omitiéndolo en él (preterición) o lo deshereda sin expresión de causa, o con lo que contradicha no es probada, o que sea de las no establecidas por la ley para desheredar (desheredación), está poniendo de manifiesto que el testador no quiso proveer al preterido o desheredado de todo su patrimonio y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la ley imperativamente le reconoce y de la que por tanto no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el artículo 675 del Código Civil, de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley, que es, siguiendo lo proclamado en otras legislaciones, lo que, reconoce actualmente el Código Civil español en la redacción dada al precitado artículo 814 por la ley 11/1981, de 13 de mayo”.

testamento desconoce la existencia de otros legitimarios además de los que incluye en el testamento<sup>988</sup>.

Los efectos de la preterición no intencional aparecen recogidos de la siguiente forma en el artículo 814 CC:

- Si resultaren preteridos los hijos o descendientes se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, produciéndose la apertura de la sucesión intestada, heredando así por partes iguales todos los hijos o hijos y estirpes de los descendientes<sup>989</sup>.

- En caso de que no resultaren preteridos todos los hijos o descendientes, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

- Los descendientes de otro descendiente que no hubiese preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos. En este supuesto se admite el derecho de representación en la sucesión testamentaria.

- Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

No obstante, si las legítimas se encuentran a salvo, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

La legislación vigente reconoce el derecho de privar al legitimario de su legítima si concurren causas señaladas expresamente en la ley, expresando el testador en el testamento la causa legal en la que se funde<sup>990</sup> (arts. 848 y 849 CC).

---

<sup>988</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>989</sup> *Vid.* STS de 22 de junio de 2006. “*Tales efectos son la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, ya que el legitimario preterido en el presente caso por preterición errónea, es hijo del causante y único legitimario, por lo que cae en la norma antes citada del artículo 814*”.

<sup>990</sup> *Vid.* STS de 20 de febrero de 1981. “[...] *siendo la desheredación, en un sentido amplio, toda privación de la herencia, incluso la impuesta por la Ley en los casos de indignidad para*

Las causas de desheredación son diferentes, según que el desheredado sea hijo o descendiente, ascendiente o cónyuge.

Las causas para desheredar a hijos o descendientes están recogidas en los arts. 853, 756.2, .3, .5 y .6:

- Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

- Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

- El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

- El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

---

*suceder, en un sentido estricto ha de estimarse como tal la privación de un heredero legítimo de la porción de herencia que por derecho le corresponde”.*

*Vid. STS de 14 de marzo de 1994. “[...] carácter absolutamente restrictivo con que deben aplicarse las causas de desheredación”.*

*Vid. STS de 15 de junio de 1990. “[...]“es una declaración de voluntad testamentaria, solemne (art. 849 Código Civil), en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (853 C.C.) de la que sean responsables. Su carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista (S. 4/2/1904), puesto que la certeza puede ser contradicha por el desheredado y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa (art. 850).”*

- El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

- El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

Las causas para desheredar a los ascendientes son las recogidas en los arts. 756.1, .2, .3, .5 y .6, y 854:

- Las causas 2, 3, 5 y 6 ya las hemos visto en el punto anterior. La causa 756.1 recoge que el que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

- Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170<sup>991</sup>.

- Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

- Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.

Por último, son causas de desheredación del cónyuge además de las recogidas en los puntos .2, .3, .5 y .6 del artículo 756, las recogidas en el artículo 855 CC:

- Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.

---

<sup>991</sup> Art. 170 CC. *“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*

*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.*

- Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170 CC.

- Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.

- Haber atentado contra le vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Si el testador, cuando otorgó testamento, dejó algún tipo de patrimonio a su legitimario, ya sea como institución de heredero, legado o donación, pero lo que recibe el heredero es inferior a lo que le corresponde legalmente, habrá que atender a lo recogido en los artículos 815 y 817 CC.

Así, el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma (art. 815 CC)<sup>992</sup>.

Por su parte, las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas (art. 817 CC).

A la vista de los artículos 815 y 817 CC, nos encontramos con dos acciones, la primera denominada acción de complemento o suplemento de legítima y la segunda acción de reducción<sup>993</sup>. La doctrina opina que la acción de complemento debe ejercitarse antes que la acción de reducción, yendo en primer lugar contra el heredero o herederos instituidos hasta que se alcance el caudal hereditario y salvando su legítima si éste fuera legitimario. Si esta acción no es suficiente se podrá ejercitar la acción de reducción. Cuando ésta acción se dirija a reducir legados y donaciones, en primer lugar se

---

<sup>992</sup> Vid. STS de 28 de septiembre de 2005. “[...] bien que con una eficacia condicionada a la defensa de la intangibilidad cuantitativa que de su legítima haga el legitimario (S.S. 31/3/1970 y 20/11/1990), el cual puede recibir por cualquier título apio el contenido patrimonial a que tiene derecho (artículo 815 del Código Civil y sentencias de 20/6/1986 y 9/5/1990) y no solo como heredero”.

<sup>993</sup> Vid. STS de 27 de enero de 1989. “[...] la acción que se ejercita cuando no se ha recibido nada en concepto de anticipo de legítima es la acción de reclamación, no la de complemento”.

reducen los legados y si con la reducción de éstos no llegare se reducirán las donaciones (art. 820.1 CC)<sup>994</sup>.

Antes de la reforma practicada por la Ley de 13 de mayo de 1981 a la hora de diferenciar a los legitimarios era necesario, en el orden de los descendientes distinguir entre hijos y descendientes legítimos e hijos naturales; y en el orden ascendiente, entre padres y ascendientes legítimos y madre o padre naturales. Los hijos naturales tenían derecho a la legítima en defecto o en concurrencia con descendientes o ascendientes legítimos, aunque en este caso se trataba de una cuota menor que se extraía de la libre disposición. Por lo que respecta a los ascendientes, solamente tenían derecho a la legítima de madre o padre naturales. En la actualidad este problema se ha resuelto ya que el parentesco matrimonial y no matrimonial está equiparado<sup>995</sup>.

El artículo 807 CC señala que son herederos forzosos:

1.- Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. Son los legitimarios preferentes. Dentro del orden legitimario de los descendientes rige el principio de proximidad de

---

<sup>994</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, pp. 214-215.

<sup>995</sup> *Ibid.* p. 233. *Vid.* STS de 29 de septiembre de 2006. “Este principio, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, se plasma en el art. 108.3, el cual establece que la “filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva (el término plena fue suprimido por Ley 21/1987, de 11 noviembre) surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en este Código. En el régimen sucesorio aparece reflejado en el art. 807 Código Civil mediante la desaparición de toda referencia a la naturaleza de los vínculos de filiación al establecer que son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes”.

*Vid.* STS de 10 de febrero de 1986. “[...] debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (artículo 657 del Código Civil) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y de la igualmente mencionada Disposición derogatoria 3.ª, quedaron sin efecto los preceptos del Código Civil de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio de padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes, y por tanto niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución”.



grado. El artículo 808 CC señala que constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo podrán disponer éstos de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición.

El padre o la madre, al amparo del artículo 823 CC, podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima. La redacción del artículo no es del todo correcta, ya que quienes tienen la facultad de mejorar son los ascendientes en general, no sólo el padre o la madre, pudiendo mejorar también tanto el abuelo como la abuela<sup>996</sup>.

La mejora se puede otorgar mediante testamento o a través de título de donación. Así, el artículo 825<sup>997</sup> CC recoge la mejora hecha mediante donación y el artículo 828<sup>998</sup> CC la mejora realizada mediante manda o legado.

La mejora puede ser de cuota o cosa determinada. Si el valor de ésta excediere el tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados (art. 829 CC). Analizando la segunda parte del artículo podemos extraer que salvo que el testador dispusiera expresamente que el objeto legado se impute al tercio de mejora, y salvo que se extraiga otra cosa de la voluntad del testador, el tope cuantitativo, para la mayoría de la doctrina, a partir del cual es necesario realizar un pago en metálico como suplemento, es el que forman el tercio de mejora, el tercio de libre disposición y la parte de legítima corta del mejorado<sup>999</sup>.

---

<sup>996</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>997</sup> Art. 825 CC. “Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar”.

<sup>998</sup> Art. 828 CC. “La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre”.

<sup>999</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 243.

La mejora también puede ser de cuota propiamente dicha en el que la mejora es el tercio de este nombre o una parte alícuota del mismo.

2.- A falta de los hijos y descendientes, los padres y ascendientes<sup>1000</sup> respecto de sus hijos y descendientes. Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente del causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia (art. 809 CC). La reducción cuantitativa de la legítima tiene por objeto otorgar al testador un mayor margen de libertad para favorecer a su cónyuge.

La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente. Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea (art. 810 CC).

El artículo 812 CC otorga a los ascendientes un derecho de reversión. Así, los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió (art. 812 CC).

Con anterioridad a la reforma del Código Civil del año 1981, se interpretaba que el derecho de reversión aparecía si el donatario premuerto era hijo o descendiente matrimonial del ascendiente

---

<sup>1000</sup> *Vid.* STS de 17 de enero de 2001. “es preciso recordar que la madre, como legitimaria (artículos 807.2, 809, último inciso y 810, primer párrafo, segundo inciso, del Código civil fue nombrada heredera en testamento y al percibir la tercera parte de la herencia, adquiere su legítima como pars hereditatis (pars bonorum) en el sentido de que recibe la legítima como cuota de la herencia que recae sobre los bienes que la integran, concepto que le dieron las sentencias de 31/3/1970, 8/5/1989, 27/2/1997 y 26/4/1997”.

donante, procediendo el derecho de reversión siempre que el donatario falleciera dejando posteridad natural. Hoy en la actualidad las filiaciones jurídicas tienen la misma consideración, siendo por tanto de aplicación a cualquier descendiente, sea matrimonial o no<sup>1001</sup>.

No se incluyen en este artículo 812 CC, no siendo por tanto objeto de reversión, las donaciones por razón de matrimonio, las otorgadas en virtud del artículo 1353 CC, y los regalos de costumbre recogidos en el artículo 1040 CC, ya que dispensa de la obligación de colacionar ese tipo de donaciones<sup>1002</sup>.

3.- El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código<sup>1003</sup>. La legítima del cónyuge es el usufructo de una parte de la herencia, tal y como lo recoge el artículo 834 CC: *“El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”*. Los hijos o descendientes deberán soportar el gravamen para que el testador disponga de la parte libre sin la carga del usufructo.

En el caso de que no haya descendientes pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 CC). Si no hay ascendientes ni descendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de dos tercios de la herencia (art. 838 CC).

### 7.2.2. La sucesión legítima

La sucesión legítima o *ab intestato*, tal y como recoge el artículo 912 CC, tiene lugar:

1.- Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.

---

<sup>1001</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 244.

<sup>1002</sup> *Ibid.* p. 245.

<sup>1003</sup> *Vid.* STS de 23 de septiembre de 1996. *“En esta línea la legitimación pasiva de la viuda se impone y su necesidad de vocación al pleito, pues no sólo ha de atenderse a los derechos sucesorios de la herencia del padre-causante -el artículo 807-3º atribuye a la viuda la condición de heredera forzosa-, sino a intereses familiares ineludibles”*.

Por testamento nulo, debemos entender esa nulidad por defecto de forma, por falta de capacidad del testador, o por haber sido otorgado mediando violencia, dolo o fraude.

Si el testamento ha perdido con posterioridad su validez, se refiere al supuesto en el que el testamento para su eficacia debe cumplir requisitos complementarios que no se llevaron a cabo en los plazos legales o si está sometido a algún plazo de caducidad<sup>1004</sup>.

2.- Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

El hecho de que no se haya nombrado ningún heredero en el testamento no determina la apertura de la sucesión intestada; ésta se abrirá en parte si el testamento no comprende la totalidad de los bienes<sup>1005</sup>.

3.- Cuando falta la condición puesta a la institución del heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

4.- Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder.

La apertura de la sucesión *ab intestato* tendrá lugar, en palabras de de la Cámara, “*siempre que po cualquier circunstancia falle en todo o en parte la delación testamentaria, o en su caso, y excepcionalmente en Derecho común, la sucesión contractual*”<sup>1006</sup>.

Existen tres sistemas a la hora de determinar el destino de los bienes en la sucesión *ab intestato*. En el primer sistema, los bienes vuelven al tronco o rama de donde proceden. En el segundo sistema, se tiene en cuenta el parentesco, o alguna otra circunstancia, pero sin tener en cuenta el lugar de procedencia de los bienes. El tercer sistema sería mixto, es decir, en primer lugar se tiene en cuenta el

---

<sup>1004</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 306.

<sup>1005</sup> *Ibid.* p. 307.

<sup>1006</sup> *Ibid.* p. 308.

parentesco y si faltan los parientes más próximos se acude a la troncalidad<sup>1007</sup>.

La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado (art. 915 CC). La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral. Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común (art. 916 CC).

La línea recta puede ser descendente y ascendente. La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él. La segunda liga a una persona con aquellos de quienes desciende (art. 917 CC).

En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano y así en adelante (art. 918 CC). El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias (art. 919 CC).

Se denomina doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente (art. 920 CC).

En las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar.

Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo si concurrieren hermanos de padre y madre

---

<sup>1007</sup> *Ibidem*.

con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia (arts. 921 y 949 CC).

Los sujetos llamados a suceder *ab intestato* son, por este orden, los siguientes:

1.- Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación. Los hijos suceden al difunto por partes iguales (art. 932 CC)<sup>1008</sup>. Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales (art. 933 CC)<sup>1009</sup>.

2.- A falta de hijos y descendientes heredarán sus ascendientes (art. 935 CC). Si sobreviven el padre y la madre heredarán por partes iguales (art. 936 CC). Si solamente sobrevive uno de los padres, éste sucederá al hijo en toda su herencia (art. 937 CC). Si falta el padre y la madre sucederán los ascendientes más próximos en grado (art. 938 CC). Si hay varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea, dividirán la herencia por cabezas (art. 939 CC). Si los ascendientes fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos (art. 940 CC). En cada línea la división se hará por cabezas (art. 941 CC).

---

<sup>1008</sup> Vid. STS de 25 de enero de 2000. “Respecto a la declaración de herederos abintestado, como consta demostrado en las actuaciones que el mismo falleció sin testar, a través de las certificaciones de defunción y de últimas voluntades, y que de su matrimonio tuvo ocho hijos, según acredita la prueba documental, procede declarar únicos y universales herederos a partes iguales de aquél a sus ocho hijos llamados, habido cuenta de lo preceptuado en los artículos 912, 930, 931 y 932 del Código Civil”.

<sup>1009</sup> Vid. STS de 28 de mayo de 1987. “Nada deriva de ella en cuanto a infracción de los artículos 931 y 934 relativos a la sucesión de los hijos o descendientes, pues nada se opone a que si quedaran hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio, y los segundos por derecho de representación. Lo que se afirma, ya por la Sala de Apelación, es que no puede hacerse en la forma planteada por los recurrentes la declaración a favor de los mismos de herederos abintestato de su causante; por tanto, no se trata de cuestión de derecho acerca de la aplicación de los preceptos invocados en el recurso o de otros, sino de la cuestión de hecho de no haber acreditado que son los únicos herederos de la causante indicada. Tales planteamientos impedirían determinar quiénes hereden por cabezas y quiénes por estirpes, como establecen los artículos 925, 926, 933 y 934 del Código Civil, relativos a la sucesión de los descendientes”.

3.- En detrimento de de descendientes y ascendientes heredará el cónyuge sobreviviente en todos los bienes del difunto (art. 944 CC)<sup>1010</sup>. No tendrá lugar el llamamiento a la herencia si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho (art. 945 CC).

El cónyuge viudo que concurra con ascendientes y descendientes, tiene derecho al usufructo de un tercio de la herencia si lo hace con éstos últimos, y a la mitad si lo hace con los primeros<sup>1011</sup>.

4.- En último lugar heredarán los parientes colaterales hasta el cuarto grado de parentesco (arts. 943 y 954 CC)<sup>1012</sup>. Los hermanos e hijos de hermanos suceden con preferencia a los demás colaterales (art. 946 CC):

- Si no existen más que hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por partes iguales (art. 947 CC).

- Si concurren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia (art. 949 CC).

---

<sup>1010</sup> La Resolución de la DGRN de 4 de agosto de 2005 señala: “Tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, la legislación vigente (artículo 944 del Código Civil) antepone en el llamamiento legal al cónyuge viudo antes que los parientes colaterales, por lo que aún siendo nulo o no existiendo el testamento, la totalidad de la herencia recaería por llamamiento legal en el cónyuge supérstite, lo que excluye al pariente colateral de todo interés en la obtención de copia del testamento de su hermano difunto”. Vid. STS de 16 de octubre de 1996. “La antigua teoría de que la sucesión intestada tenía su fundamento en la voluntad tácita del causante de dejar los bienes a los llamados por ley, no goza de predicamento en la doctrina ni se explicita en las legislaciones, y en todo caso, no puede ser suficiente para entender que está comprendido el supuesto en la voluntad de los donantes expresada en la donación, cuando habla de actos de disposición inter vivos o mortis causa. Si morir intestado no es acto de disposición y necesariamente ha de abrirse la sucesión legítima, es evidente que en los bienes sucede su esposa, pues aunque al tiempo de la donación le precedían los hermanos del marido causante y ella era tenida como extraña por los donantes al tiempo de la muerte, el artículo 944 del Código Civil, según texto aplicable al caso, establece que en defecto de ascendientes y descendientes y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes al difunto el cónyuge sobreviviente”.

<sup>1011</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 314.

<sup>1012</sup> Vid. STS de 5 de febrero de 1988. “Es hecho probado y admitido por los recurrentes es que la actora es hija de un hermano uterino de la causante, es decir, sobrina, por tanto sin derecho alguno a legítima (artículo 807 del Código Civil), lo que no obsta a que a falta de otros parientes más próximos sea declarada heredera abintestato (artículos 943, 945 y 946 del mismo Código”.

- En caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes (art. 950 CC).

- Los hijos de medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo (art. 951 CC).

- Si concurren hermanos con sobrinos heredarán por cabezas, e hijos de hermanos de doble vínculo por estirpes (art. 948 CC).

- Si hay colaterales del mismo grado heredan todos por cabezas sin preferencia entre ellos por razón de la línea o del doble vínculo (art. 955 CC).

5.- La sucesión del Estado. Tal y como recoge el artículo 956 CC, *“a falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado quien, realizada la liquidación del caudal hereditario, ingresará la cantidad resultante en el Tesoro Público, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación. Dos terceras partes del valor de ese caudal relicto será destinado a fines de interés social, añadiéndose a la asignación tributaria que para estos fines se realice en los Presupuestos Generales del Estado”*<sup>1013</sup>.

El Estado heredará *ab intestato* y siempre aceptará la herencia a beneficio de inventario (art. 957 CC).

Para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes y derechos hereditarios habrá de preceder declaración administrativa de heredero, adjudicándose los bienes por falta de herederos legítimos (art. 958 CC).

---

<sup>1013</sup> *Vid.* STSJ de Madrid, Social de 15 de junio de 1994. *“Conforme al artículo 956 del Código Civil «a falta de personas que tengan derecho a heredar heredará el Estado», lo que supone que el Estado siempre hereda, tanto cuando faltan personas con derecho a heredar como cuando, como aquí ocurre, las que tuvieran derecho a heredar renuncian a la herencia”*.



### 7.2.3.- La partición de la herencia. La colación.

Para que se pueda dar el fenómeno de la partición de la herencia es necesario que a la misma concurren varios herederos. La herencia es una *universitas* de forma que está sujeta a un régimen jurídico especial.

La partición hereditaria comienza con la existencia de una comunidad de herederos.

Cualquier coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos (art. 1052 CC). No obstante, si todos los herederos llegasen a un acuerdo sobre la división de una parte de la herencia, así lo pueden hacer adjudicándose los bienes que le correspondan de esa parte, permaneciendo la comunidad sobre el resto<sup>1014</sup>.

El artículo 1056, párrafo 1º CC señala que: *“cuando el testador hiciere, por acto inter vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”*<sup>1015</sup>. Esta partición en opinión de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, exige siempre la existencia de un testamento, aunque

---

<sup>1014</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 415. *Vid.* STS de 4 de noviembre de 2008. *“La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la sentencia de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados”*.

<sup>1015</sup> *Vid.* STS de 7 de septiembre de 1998. *“El artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar el mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas”*.

se pueda formalizar en un documento aparte con la forma de un acto *inter vivos*, pero recibe su fuerza del testamento<sup>1016</sup>.

El artículo 1056, párrafo 2º afirma: *“el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844”*.

La partición puede ser realizada por un contador partidor nombrado por el testador, tal y como recoge el artículo 1057 CC: *“el testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.*

*Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.”*

El cargo de contador partidor es personalísimo y no delegable aunque pueda encargar a personas especializadas la realización de

---

<sup>1016</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 419.

operaciones, asumidas en todo caso por aquél. Es un cargo voluntario de carácter temporal. Finalmente es un cargo gratuito, aunque tiene derecho a una retribución por la realización de los trabajos particionales<sup>1017</sup>.

Según establece el artículo 1058 CC, si el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos (art. 1052 CC).

Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos o más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación (art. 1055 CC).

Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición (art. 1054 CC).

El efecto usual de la partición es poner el fin de la comunidad hereditaria, confiriendo a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1068 CC).

La colación es una operación que comprende la partición de la herencia. La colación para de la Cámara supone *“la adición a la herencia de las donaciones que hubiere hecho el causante a sus herederos forzosos con objeto*

---

<sup>1017</sup> *Ibid.* p. 428. *Vid.* STS de 19 de febrero de 1993. *“Considerando que, como se sabe, el cargo de contador-partidor a que, con el nombre de comisario, se refiere el art. 1057 del Código Civil, es de carácter personalísimo y temporal”.*

*de constituir una masa (relictum más donatum) sobre la cual ha de computarse económicamente la cuota de cada heredero. Esa masa se forma o trayendo a colación los mismos bienes donados que se incorporan así a la masa materialmente, o su valor*<sup>1018</sup>.

El Código Civil lo recoge en el artículo 1035 de la siguiente forma: *“el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición”*.

No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. El aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario (art. 1045 CC)<sup>1019</sup>.

Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, se disponía que había que colacionar el valor que las cosas donadas tuviesen al tiempo en que se hubiese hecho la donación. Con el fenómeno de la depreciación monetaria, este modo de evaluar es injusto ya que el

---

<sup>1018</sup> *Ibid.* p. 389.

<sup>1019</sup> *Vid.* STS de 23 de febrero de 2006. *“Lo colacionable, según el párrafo primero del artículo 1045 CC, no son las mismas cosas donadas sino su valor”*.

*Vid.* STS de 4 de diciembre de 2003. *“Se ha de atender al valor de lo donado al tiempo de su evaluación. Ha de referirse “el tiempo del avalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación (S.T.S. S.T.S. 17/3/1989). El artículo 1045 establece como importancia constatable de la colación el sistema ad valorem, es decir, que no han de traerse a colación las mismas cosas donadas sino su valoración al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, lo cual es absolutamente lógico, ya que al tratarse de una prestación de valor, en principio, había que tener en cuenta el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria, y en este sentido se ha inclinado la doctrina cinética moderna y la doctrina jurisprudencial (S.T.S. 9/7/1982, 17/3/1989 y 22/11/1991); además el párrafo primero del artículo 1045, tanto desde el punto de vista finalista, como desde el conceptualista, permite una hermenéusis literal, que no admite duda, y ello desde el instante mismo de que es lógico y sobre todo justo que la frase “al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios” significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer en el instante de practicarla”*.

donatario colacionaba solamente por el valor nominal aunque ese valor se hubiera quedado desfasado por la devaluación del dinero.

Esta regulación cambió con la Ley de 1981 en donde se adaptó el Código Civil a los nuevos tiempos.

La colación toma como punto de partida dos hechos: el primero es que en una sucesión deben concurrir varios herederos forzosos, y el segundo que alguno o varios de ellos recibieran alguna donación del causante. La doctrina opina que la colación se debe producir cuando los herederos forzosos hayan sucedido *ab intestato* o porque hayan sido instituidos herederos por el testador. Así, los legitimarios que recibieran su legítima a título de legado no están obligados a colacionar<sup>1020</sup>.

La colación, no obstante, no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa (art. 1036 CC).

La dispensa de colación se puede realizar en el acto de la donación o mediante un acto posterior. Ésta ha de ser expresa, es decir, la voluntad del donante debe ser la de no imputar la donación a la cuota del donatario en la herencia del donante<sup>1021</sup>.

La dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia (art. 1046 CC).

El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad (art. 1047 CC). Si esto es imposible, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

---

<sup>1020</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Op. Cit.*, p. 395.

<sup>1021</sup> *Ibid.* p. 396.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, a su libre elección (art. 1048 CC).

Si en el *relictum* no hay bienes suficientes para que los herederos favorecidos por la colación resulten igualados, la opinión mayoritaria de la doctrina es, que salvo que la donación sea inoficiosa el afectado por la colación solamente estaría obligado a “tomar de menos”. La donación subsiste y no hay ningún artículo del Código Civil que autorice a esa reducción<sup>1022</sup>.

Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión.

Para regularlos, se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados (art. 1049 CC).

Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar o sobre los objetos que han de traerse a colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza (art. 1050 CC).

El Código Civil regula en los artículos 1039 y ss, quienes son los sujetos que están obligados a colacionar:

- Los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos (art. 1039 CC).
- Tampoco se traerán a colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero si hubieren sido hechas por el padre conjuntamente a los dos, el hijo estará obligado a colacionar la mitad de la cosa donada (art. 1040 CC).

---

<sup>1022</sup> *Ibid.* p. 398.

- Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado. También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos.

En este caso se colaciona en primer lugar lo donado al padre que se representa aunque se renunciara a la herencia de éste y en segundo lugar lo donado al nieto que sucede por representación<sup>1023</sup>.

Los bienes colacionables son todos aquellos que hayan sido donados si entran dentro de los casos en los que hay obligación de colacionar.

Serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos (art. 1043 CC).

Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento (art. 1044 CC).

La dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia (art. 1046 CC). En este caso será preciso que la donación sea de un bien ganancial o de un bien cuya titularidad sea de ambos cónyuges proindiviso si no habrá que colacionar en función de la participación de cada cónyuge en lo donado.

---

<sup>1023</sup> *Ibid.* p. 400.

No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.

Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (art. 1041 CC).



## 8.- CONCLUSIONES

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, las mujeres que carecen de poder económico son mucho más vulnerables a sufrir algún tipo de violencia; no obstante, es necesario señalar que ninguna mujer en el siglo XXI está a salvo de sufrir cierto tipo de agresión a manos de sus parejas.

La realidad es que si una mujer goza de cierta independencia económica<sup>1024</sup>, se encuentra en una posición menos vulnerable que aquellas que son económicamente dependientes de sus parejas.

En el curso de la presente investigación se ha intentado demostrar cómo la mujer, en los diferentes períodos históricos objeto de estudio ha pasado de una dependencia económica de algún varón de su entorno familiar, ya fuese su padre, marido o incluso su hermano, hasta lograr en la actualidad una independencia económica, ostentando si lo desea un patrimonio propio, separado del de su cónyuge.

Comencemos por el principio. En la antigua Grecia la mujer era considerada menor de edad toda la vida, necesitando un tutor con el objeto de completar esa capacidad, ya fuera su padre, su marido o incluso su propio hijo. En el caso de aquellas mujeres que fueran viudas y no tuvieran parientes que pudieran representarlas un arconte las tomaba a cargo.

Es lógico pensar después de lo visto en el párrafo anterior, que la mujer en Grecia va a ser totalmente dependiente económicamente de su esposo, y en cierto modo así es. La mujer poseía dos tipos de bienes dentro del matrimonio. Uno denominado

---

<sup>1024</sup> La Secretaria General de Igualdad de la Xunta de Galicia Dña. Susana López Abella en octubre de 2015, afirmó que “la independencia económica de las mujeres y su empoderamiento es un requisito indispensable para alcanzar la igualdad y un camino para garantizar el desarrollo económico”.

dote, que era aquella aportación económica entregada por el padre al contraer matrimonio su hija. En este caso, aunque la titularidad de los bienes era de la esposa, el esposo era el encargado de invertirlos para que generara rentas que aseguraran el patrimonio de la mujer. No obstante, la mujer sí poseía unos bienes privativos denominados *paraferna*, compuestos por los más diversos objetos.

La mujer romana, de una manera similar a la griega, se encuentra sometida a la *manus* o poder de su esposo o a la *potestas* de su padre. La mujer podía estar casada de dos formas distintas.

La mujer casada *cum manu* se encuentra en una situación similar a la del hijo *in potestate*, siendo *heres legitima* de su marido. La mujer *in manu* no podía poseer ningún tipo de patrimonio, tanto el que tuviera antes de contraer el matrimonio como el que adquiriese después de contraído se transmitía automáticamente al marido. Éste último tenía derecho a disponer de él según su criterio, ya fuera *inter vivos* o *mortis causa*. Sin embargo, los juristas en este caso, dotan de contenido jurídico a usos y prácticas sociales que imponen al *pater* el atender a la mujer adecuadamente, ya sea durante el matrimonio con la concesión del *peculium*, como en el supuesto de supervivencia, legándole los mismos bienes en uso y la dote.

Por el contrario, en el matrimonio *sine manu* el *pater familias* podía tener hijos con una mujer sin agregarla a su familia, perteneciendo ésta a la suya originaria, quedando sometida a la autoridad de su *pater familias*. Esta posibilidad la utilizan aquellas mujeres *sui iuris* y aquellas que quieren conservar sus propios bienes administrándolos mediante la figura de un tutor.

La liberación de la mujer tiene su reflejo en el ordenamiento jurídico romano. La emancipación de la mujer en Roma se produjo de una forma progresiva, debido a la promulgación de nuevas leyes que emanan directamente de la voluntad del Emperador y de los Senadoconsultos. La jurisprudencia y el Pretor, mediante sus Edictos, desarrollarán también este derecho encaminado a la no discriminación de los sexos.

En el antiguo *ius civile* la sucesión de hijos a la madre y, de la madre a los hijos no era habitual, solamente pudiéndose suceder

como cognados, precedidos siempre por los agnados del *de cuius*. Estas condiciones desfavorables a los derechos hereditarios entre consanguíneos, fueron el origen de la futura legislación imperial, iniciada por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. A partir de la promulgación de ambos senadoconsultos la madre ya se encontraría en disposición de heredar a sus hijos y éstos a su madre.

Justiniano finaliza los cambios iniciados por los senadoconsultos mencionados con anterioridad, suponiendo sus mejoras un gran avance para las mujeres romanas, sustituyendo la *agnatio* por la *cognatio*, equiparando a hombres y mujeres en el derecho sucesorio romano. Con el Derecho Justiniano la sucesión se realiza sin distinción de sexo, llamando a la herencia el grado más próximo preferentemente al más lejano. Incluso en llamada a la herencia *ab intestato* incluyó al cónyuge viudo en defecto de descendientes, ascendientes, medios hermanos y colaterales. Asimismo, otorgó una protección reforzada para aquella viuda que fuera pobre tuviera derecho a una cuota igual a la de sus hijos, limitada a un cuarto y a cien libras de oro del patrimonio de su esposo fallecido.

En el derecho germánico no va a variar mucho la situación de la mujer. Aquí se encontraba bajo el poder del señor de la casa o de su marido, quien tenía atribuido el *munt*. El varón, una vez que ha formalizado su matrimonio, es el encargado de representar a su mujer fuera del hogar, dejando simplemente el gobierno de la casa en sus manos.

En el matrimonio germánico cabían dos tipos de administración de bienes dentro de la sociedad conyugal; el común marital y el sistema de comunidad de bienes y ganancias.

En el primero si fallece el marido y no tienen hijos, la viuda conserva la propiedad absoluta sobre el ajuar y el *Gewere* sobre el precio y la donación matinal; por el contrario, si tienen hijos, la viuda conserva la propiedad absoluta del ajuar, recibiendo los hijos el precio y la donación matinal.

En el segundo, el patrimonio es administrado por el marido, encontrándose por tanto, el patrimonio de la mujer confundido con el de aquel. Si fallece alguno de los cónyuges, ya sea hombre o mujer, el

viudo recibe el usufructo, primero parcial y luego total de los bienes a repartir, en el caso de que no tengan hijos. En el supuesto de que tengan hijos, el cónyuge viudo recibe el patrimonio común y, en su caso, el separado que tuviese el fallecido, no dividiéndose los bienes hasta la muerte de ambos.

En el derecho germánico se intenta proteger al viudo supérstite de modo especial, tanto hombre como mujer. Por lo que respecta a la mujer, esto supone un gran avance, ya que no sólo se tienen en cuenta los derechos sucesorios que tienen los consanguíneos, sus descendientes, si no que se encuentra protegida la viuda de alguna manera al recibir el usufructo de los bienes hasta su fallecimiento, no quedando, de esta manera, desamparada en modo alguno.

En el derecho visigótico no existió ninguna variación de la realidad de la mujer ya que se producía una concurrencia de los derechos romano y germánico. La legislación visigótica intentó establecer una equiparación entre hombres y mujeres en temas hereditarios, pero el criterio germánico de atribuir a la herencia de las mujeres solamente los bienes muebles, siendo usufructuarias y transmisoras de inmuebles, no está ausente y sería objeto de paulatinas atenuaciones hasta que Chindasvinto intentó consumir tal equiparación entre hombres y mujeres.

Cuando parecía que se habían producido algunos avances para la mujer gracias al uso de la razón nos encontramos con el período histórico denominado Edad Media, en donde la misoginia está totalmente instaurada en la sociedad, existiendo la convicción de la simpleza y debilidad de la mujer. La mujer, al igual que en las épocas anteriores, sigue sometida a la tutela de padres, hermanos o parientes.

La comunidad económica conyugal que imperaba en España en la Edad Media era patrimonialmente única, fraccionándose por la mitad una vez el matrimonio es extinguido, denominándose de distinta forma en los diversos territorios que conformaban la Península Ibérica, siendo el más extendido, la sociedad de bienes gananciales. El marido es el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal.

El derecho a heredar que posee el cónyuge se ha ido consolidando con el paso de los siglos, en contrapunto con el derecho que tienen los parientes de sangre. Así, respetando las particularidades de cada región española, en un matrimonio sin herederos se le otorga la propiedad de una parte del patrimonio común, y en un patrimonio con hijos, un usufructo temporal del mismo.

En la etapa comprendida entre los siglos XV a XVIII, seguimos con la constante histórica reflejada hasta la fecha. La capacidad jurídica de las mujeres es muy pobre. En el matrimonio ocupa una posición de sumisión respecto del marido, ostentando éste último la *auctoritas* para administrar la sociedad conyugal y dirigir a la mujer y a sus hijos de acuerdo con los roles que le corresponden a cada uno.

La mujer debe seguir al marido en la domiciliación, ciudadanía, el aforamiento y los traslados. Por lo que respecta a las masas patrimoniales que ostentan en el matrimonio nos encontramos con los bienes parafernales, que son aquellos cuya propiedad ostenta la mujer, pudiendo otorgar ésta al marido la custodia y depósito mientras dure el matrimonio; las donaciones realizadas entre ambos contrayentes; la dote que son aquellos bienes que otorga la mujer por sí misma o su ascendiente correspondiente a su marido con motivo del enlace.

Las llamadas a la herencia que se producían en la sucesión *ab intestato* otorgaban el primer lugar a los hijos, y aunque el *ius commune* no discriminó entre varones y mujeres, los diferentes *iura propria* de los diversos territorios españoles sí lo hacen. El cónyuge viudo se encuentra en tercer lugar, después de los ascendientes y colaterales.

Asimismo, al cónyuge supérstite se le otorga el usufructo de una parte de los bienes del *de cuius*. Así, en Castilla-León la cuota usufructuaria es igual a la de los legítimos herederos, en Navarra y Aragón el usufructo es universal, aunque en Aragón acabó reduciéndose a los bienes inmuebles, en Cataluña, Valencia y Vizcaya, el usufructo se limita a un año de duración, prorrogable hasta la devolución de la dote.

Por lo que respecta a la institución de heredero en la sucesión testada, nos encontramos nuevamente con otro episodio de discriminación de la mujer. En este caso, si son llamadas a la herencia un hijo y una hija, el primero heredaría ocho doceavas partes y la hija cuatro; y si lo hacían dos hijos y una hija, los doctores afirman que hay que atribuir al hijo doble cuota que a la hija, ya que de esta forma se está cumpliendo con la voluntad del testador. Con este ejemplo observamos que la ansiada equiparación que lleva buscando la mujer a lo largo de la historia no acaba de realizar su aparición.

Con la aparición del Código Civil de 1889 no se van a producir muchos cambios con respecto al papel de la mujer en la familia. Así, son varios los artículos que intentan seguir sometiendo su vida a la voluntad del hombre, amparando legalmente supuestos que en la actualidad serían considerados claramente violencia de género.

Ejemplo de ello son los artículos 57, 58, 59, 60 o 61 del Código Civil de 1889. Véanse. *“El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”*. *“La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia [...]”*. *“El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal [...]”*. *“El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de procurador [...]”*. *“Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley”*.

La anhelada equiparación entre mujer y hombre tiene su origen en la Ley de 2 de mayo de 1975, culminando con la Ley de 7 de julio de 1981 por la que se modifica el Código Civil para adaptarlo a los principios recogidos en la nueva Constitución española de 1978.

La Constitución en su artículo 32 recoge que *“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*, surgiendo la correspondiente modificación del Código Civil quedando el artículo 66 CC del siguiente modo: *“los cónyuges son iguales en derechos y deberes”*. De ahí que en la actualidad haya desaparecido la *auctoritas marital*, permitiéndose la total libertad contractual entre ambos cónyuges.

En la actualidad se está haciendo todo lo posible para que la mujer y el hombre tengan una posición totalmente igualitaria dentro de la familia, desterrando de una vez por todas las prácticas desarrolladas a lo largo de los siglos, que posicionaban a la mujer en un lugar inferior al del hombre.

A parte de las modificaciones del Código Civil que hemos visto, se han promulgado leyes que intentan protegerla de una manera especial, como la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; leyes que ansían esa plena igualdad efectiva entre hombres y mujeres, como la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que deriva de dos directivas de la Unión Europea en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la directiva 76/207/CEE y la 2004/113/CE.

Me gustaría concluir con unas ideas recogidas en la exposición de motivos de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, que reflejan a mi entender, el futuro de la lucha de las mujeres.

“El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra

un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo”.



## ÍNDICE DE FUENTES JURÍDICAS

El índice que desarrollamos a continuación comprende aquellas fuentes jurídicas que fueron utilizadas en esta monografía. La estructura para desarrollarlo es la siguiente: la primera fila de cada columna recoge el fragmento a que se hace referencia conforme al estilo moderno de citación; la segunda columna consigna las páginas y la tercera la indicación de la nota a pie de página (n).

### I. CORPUS IURIS CIVILIS

<i>Digesta Iustiniani</i>			163	n464
		5,2,8,15:	158	n446
			162	n458
1,1,1,3:	47	n84	5,2,8,16:	159
1,5,9:	61	n132	5,2,10:	159
1,9,1:	62	n133	5,2,15,2:	157
3,1,1,5:	36	n53	5,2,17,1:	172
	42	n72	5,2,24:	157
5,1,12,2:	43	n74	5,2,25:	164
5,2:	160	n456	5,2,29:	159
5,2,2:	153	n430	5,2,32:	159
	154	n434	10,2,2,1:	158
5,2,3:	156	n441	12,1,19:	189
5,2,7:	159	n450	19,5,10:	66
5,2,8:	162	n458	22,1,48:	66
5,2,8,6:	165	n468	23,2,30:	65
	168	n480	23,2,41,1:	68
5,2,8,8:	158	n447	23,2,45,6:	58
5,2,8,9:	164	n466	23,3,76:	190
	168	n478	24,1,32,13:	49
5,2,8,14:	162	n458	24,1:	58
				n121

24,1,51:	58	n120	35,1,15:	49	n92
24,2,1:	58	n122	35,1,62:	66	n148
28,1,1:	70	n164	35,2,1:	75	n183
28,5,13,1:	77	n190		187	n521
28,5,17,3:	77	n192	35,2,14:	76	n186
29,1,41,1:	68	n156	35,2,73:	162	n461
29,4,23:	141	n401	35,2,74:	162	n460
31,8,5:	178	n508	35,2,81:	163	n462
31,9:	178	n508	35,2,81,2:	177	n505
31,34,6:	54	n108	35,3,1:	159	n448
31,51,1:	66	n149	36,2,6,1:	179	n512
31,52:	65	n145	37,3,1:	128	n357
31,53:	179	n512	37,4,1:	87	n225
31,77,26:	167	n475	37,4,1,6:	87	n225
31,87,3:	168	n481	37,4,3,8:	118	n323
31,87,4:	169	n483	37,4,8,11:	117	n322
31,88:	54	n108	37,4,20,1:	125	n351
32,26:	178	n508	37,4,21:	118	n324
32,29,1:	178	n508	37,6:	129	n362
32,45:	55	n110	37,6,1:	116	n318
32,49,7:	54	n108	37,6,1,1:	125	n350
33,2,30:	178	n506	37,6,1,3:	141	n400
33,2,32,4:	178	n507	37,6,1,4:	126	n352
33,2,35:	178	n506		141	n400
33,4,1,7:	180	n513	37,6,1,5:	121	n335
33,4,1,9:	180	n513		126	n352
33,4,3:	180	n513		141	n400
33,4,6,1:	180	n513	37,6,1,6:	126	n352
33,8,26:	54	n108		141	n400
34,2,2:	55	n110	37,6,1,7:	126	n352
34,2,10:	55	n110		141	n400
34,2,23,2:	38	n60	37,6,1,8:	119	n330
34,2,32,6:	55	n110	37,6,1,9:	124	n343
34,2,34,2:	55	n110	37,6,1,10:	127	n356
34,2,35:	68	n154	37,6,1,11:	125	n349
34,4,4:	78	n195	37,6,1,12:	127	n353
34,5,23:	66	n148	37,6,1,16:	132	n371
34,5,24:	66	n148	37,6,1,18:	130	n365

37,6,1,20:	132	n372	38,7,2,4:	107	n285
37,6,1,21:	130	n366	38,8,1,9:	107	n285
37,6,1,22:	131	n370	38,16,8,1:	103	n266
37,6,1,23:	130	n367	38,16,10:	105	n279
	133	n375	38,16,11:	96	n241
37,6,2:	128	n358	38,17,1:	111	n300
37,6,2,1:	129	n363		112	n306
37,6,2,2:	124	n345	38,17,1,2:	105	n278
	132	n374	38,17,1,8:	95	n240
37,6,2,3:	133	n376		95	n241
37,6,2,9:	127	n354		107	n287
37,6,3,6:	122	n339	38,17,1,9:	95	n240
37,6,5,1:	124	n344		105	n279
	124	n346		108	n290
37,6,5,2:	125	n348		109	n295
37,6,5,3:	125	n347		111	n301
37,7,1:	138	n393		112	n304
37,7,1,2:	141	n403		112	n306
37,7,1,3:	142	n404	38,17,1,10:	95	n240
37,7,1,9:	132	n373		110	n297
37,7,2:	140	n397	38,17,2,4:	97	n248
37,7,3:	139	n395	38,17,2,5:	97	n249
	139	n396	38,17,2,7:	104	n269
	141	n400	38,17,2,8:	103	n267
37,7,5:	128	n359	38,17,2,9:	99	n257
	141	n401	38,17,2,10:	103	n267
37,7,5,1:	130	n368	38,17,2,11:	98	n255
37,7,8:	139	n396		104	n271
37,8,1,13:	121	n336	38,17,2,12:	98	n255
37,8,1,14:	122	n338	38,17,2,13:	98	n255
37,8,1,15:	123	n340	38,17,2,14:	105	n275
37,8,1,16:	123	n341	38,17,2,17:	98	n252
	142	n404	38,17,2,18:	101	n262
37,12,3:	68	n154	38,17,2,20:	95	n240
38,1,9:	104	n269		103	n266
38,2,37:	110	n299	38,17,2,22:	95	n240
38,6,1,3:	110	n299		103	n266
38,6,5,1:	117	n321	38,17,2,47:	103	n266

38,17,6:	106	n280
38,17,6,1:	105	n279
38,17,9:	106	n280
38,17,10,1:	104	n269
39,2,4,8:	42	n73
39,6,1:	188	n525
	190	n533
39,6,15:	166	n474
39,6,17:	166	n474
39,6,23:	191	n539
39,6,26:	188	n524
	191	n537
39,6,27:	191	n536
39,6,29:	192	n540
39,6,35,2:	188	n526
39,6,37:	166	n474
39,6,42:	190	n535
39,6,42,1:	188	n526
40,5,47,4:	105	n279
47,10,15,15:	39	n62
50,16,20:	70	n163
50,16,53:	69	n159
50,16,120:	69	n159
50,16,130:	83	n211
50,16,164,1:	178	n508
50,17,2:	36	n53
	42	n72
50,17,30:	49	n9

*Codex Iustinianus*

3,28,6:	159	n451
	164	n465
3,28,7:	176	n502
3,29,1:	170	n485
3,29,2:	171	n486
3,29,7:	172	n491
	176	n501
3,29,8:	173	n493

	175	n500
3,29,8,1:	174	n495
3,29,9:	175	n497
3,30,1:	175	n498
3,36,11:	171	n487
3,36,13:	171	n487
5,13,1,3:	180	n512
5,13,1,3a:	180	n514
5,14,8:	57	n116
6,4,4,10:	111	n302
6,20,5:	135	n387
6,23,21:	81	n207
6,50,5:	166	n472
	172	n488
8,53,8:	177	n503
8,53,25,1:	177	n503
8,57,2:	167	n477

*Institutiones Iustiniani*

1,3,3,3:	108	n292
2,10,3:	82	n209

*Novellae Iustiniani*

53:	93	
89:	93	
115,3:	146	n416
115,4:	146	n416
118,pr:	88	n230
118,1:	88	n230
118,2:	88	n230
118,3:	88	n230
118,4:	89	n230
118,5:	89	n230
118,6:	90	n230
118,ep:	90	n230
127,pr:	90	n230
127,1:	90	n230

127,2:	90	n230		127,4:	91	n230
127,3:	90	n230		127,ep:	91	n230

## II. OTRAS FUENTES JURÍDICAS

<i>Gai Institutiones</i>						
1,3:	60	n126		2,120:	81	n205
1,10:	60	n126		2,123:	156	n438
1,48:	60	n126		2,124:	156	n439
1,108:	46	n82		2,127:	143	n408
1,109:	46	n82		2,144:	65	n145
1,110:	46	n82		2,147:	81	n205
1,111:	46	n82		2,148:	81	n205
1,112:	46	n82		2,149:	81	n205
1,113:	46	n82		2,157:	72	n171
1,114:	46	n82		2,193:	181	n515
	63	n139		2,194:	181	n515
1,115:	63	n139		2,195:	181	n515
1,123:	46	n82		2,196:	181	n515
1,136:	46	n82		2,197:	181	n515
1,144:	46	n82		2,198:	181	n515
	62	n134		2,199:	181	n515
1,145:	62	n135		2,200:	181	n515
	64	n143		2,201:	183	n516
1,150:	63	n138		2,202:	183	n516
1,151:	63	n138		2,203:	183	n516
1,152:	63	n138		2,204:	183	n516
1,153:	63	n138		2,206:	67	n150
1,154:	63	n138		2,207:	67	n150
1,157:	67	n151		2,209:	184	n517
1,190:	64	n142		2,210:	184	n517
1,194:	64	n143		2,211:	184	n517
2,103:	79	n197		2,212:	184	n517
2,104:	79	n199		2,213:	184	n517
2,111:	65	n145		2,214:	184	n517
2,119:	80	n204		2,215:	184	n517
				2,224:	76	n189
					77	n193

2,225:	73	n174
	74	n178
2,226:	74	n180
	75	n182
2,227:	76	n185
2,274:	74	n180
2,286:	65	n145
	66	n146
3,7:	84	n216
3,8:	84	n216
3,19:	86	n221
3,23:	235	n650
3,24:	86	n222
3,25:	87	n224
3,29:	235	n651
4,23:	73	n175

*Pauli Sententiae*

4,8,20:	235	n652
4,9,8:	97	n247

*Annali, Tacitus*

4,16:	56	n114
-------	----	------

*Cicero, Tusculanae Disputationes*

3,4,8:	153	n431
3,4,9:	153	n431
3,5,10:	153	n431
3,5,11:	153	n432

*Cicero, De Officiis*

1,43:	165	n470
1,44:	165	n470

	166	n471
3,10,43:	155	n435

*Fragmenta Vaticana*

249,1:	193	n544
249,2:	193	n544
249,3:	193	n544
249,4:	193	n544
249,5:	193	n544
249,6:	193	n544
249,7:	194	n544
249,8:	194	n544
249,9:	194	n544
249,10:	194	n544

*Gesta Hammaburgensis Ecclesiae Pontificum*

6:	205	n569
140:	211	n585

*Liber Iudiciorum Visigothorum* o *Lex*

2,4,12:	223	n614
2,5,11:	225	n617
	228	n627
2,5,12:	229	n631
2,5,13:	229	n630
2,5,16:	228	n629
3,1,2:	218	n599
3,1,7:	219	n603
3,2,4:	221	n608
3,2,8:	219	n601
3,4,2:	220	n606
3,4,7:	219	n602
3,4,9:	220	n606
3,6,2:	220	n607
3,6,3:	220	n607

4,2,4:	229	n631	65:	267	n731
4,2,6:	234	n645	66:	266	n727
4,2,9:	236	n654	68:	266	n727
4,2,10:	236	n655	104:	257	
4,2,13:	226	n618	124:	270	n746
4,2,17:	223	n613	125:	252	n693
4,2,18:	223	n613	129:	251	n690
4,3,1:	223	n614	130:	254	
4,3,4:	223	n614	131:	255	
4,4,3:	224	n615	133:	258	
4,5,1:	236	n657	136:	269	n738
5,7,1:	229	n631	143:	253	n698
6,1,3:	227	n623	165:	259	
8,4,16:	226	n621	169:	246	n677
10,1,17:	224	n616	175:	270	n745
12,3,11:	224	n615	183:	260	n713
<i>Codex Euricianus</i>			197:	254	n698
300:	226	n619	239:	258	
320:	231	n634	241:	244	n672
321:	226	n620	252:	254	n698
322:	231	n635	264:	251	n692
323:	232	n636	276:	251	n691
327:	232	n637		267	n730
328:	233	n640	278:	244	n673
336:	233	n639	280:	254	n698
<i>Libro de los Fueros de Castilla</i>			284:	258	
1:	245	n675	285:	259	
	270	n742	289:	251	n692
14:	259	n710	292:	269	n739
21:	268	n736	298:	257	
23:	253	n698	<i>Fuero General de Navarra</i>		
28:	257		2,4,1:	261	
29:	257		2,4,2:	262	
39:	259	n710	2,4,3:	262	
57:	269	n737	2,4,4:	264	n723
				269	n740
			2,4,6:	262	n718

2,4,8:	265	n724
2,4,13:	268	n734
	270	n743
2,4,20:	263	n721
2,4,21:	263	n719
2,4,22:	263	n720
3,5,3:	267	n729

*Las Siete Partidas*

4,1,1:	276	n761
4,1,2:	275	n760
4,1,7:	276	n764
4,1,10:	278	n765
4,1,11:	278	n765
4,2,1:	279	n767
4,2,2:	279	n767
4,2,5:	282	n775
4,2,10:	280	n770
4,2,11:	280	n770
4,2,12:	280	n770
4,2,13:	280	n770
4,2,14:	280	n770
4,2,15:	280	n770
4,2,16:	280	n770
4,2,17:	280	n770
4,2,18:	280	n770
4,2,19:	280	n770
4,3,1:	283	n778
4,6,3:	280	n771
4,6,4:	281	n772
4,6,5:	281	n772
4,7,1:	281	n773
4,7,2:	281	n773
4,7,3:	281	n773
4,7,4:	281	n773
4,7,5:	281	n773
4,7,6:	281	n773
4,7,7:	281	n773

4,7,8:	281	n773
4,9,15:	282	n774
4,10,1:	291	n801
4,10,2:	291	n802
4,10,3:	292	n803
4,10,7:	292	n804
4,11,1:	286	n786
	287	n789
4,11,2:	288	n792
4,11,3:	287	n788
4,11,7:	289	n795
4,11,8:	287	n789
4,11,10:	287	n790
4,11,11:	289	n796
4,11,14:	289	n797
6,1,1:	298	n824
	301	n835
6,1,4:	302	n838
6,1,13:	299	n827
6,1,14:	301	n836
6,1,17:	299	n825
6,2,4:	301	n833
6,3,4:	303	n842
6,3,6:	300	n829
6,3,16:	305	n845
6,4,11:	312	n865
6,7,1:	309	n859
6,7,2:	309	n860
6,7,3:	309	n861
6,7,4:	310	n862
6,7,11:	310	n863
6,8,1:	311	n864
6,9,1:	307	n852
6,9,28:	307	n853
6,11,1:	308	n856
6,11,2:	308	n857
6,11,4:	309	n858
6,12:	306	n848



6,12,1:	306	n849
6,12,2:	306	n850
6,12,3:	306	n851
6,13,1:	294	n810
6,13,3:	294	n812
6,13,4:	296	n817
6,13,5:	296	n818
6,13,6:	296	n819
6,13,7:	297	n821
6,13,8:	295	n813
6,13,11:	295	n814
7,26,4:	299	n826

*Novísima Recopilación*

10,4,13:	293	n807
10,18,1:	300	n831

10,18,7	302	n838
---------	-----	------

*Leyes de Toro*

5:	299	n828
9:	304	n844
31:	300	n830
32:	300	n830
33:	300	n830
34:	300	n830
35:	300	n830
36:	300	n830
37:	300	n830
38:	300	n830
39:	300	n830



## BIBLIOGRAFÍA

**ALBALADEJO GARCÍA, M.**, *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones* (Barcelona, 1982).

**ALIBRANDI**, *Sopra un Senadoconsulto fatto nell'anno 176 dell'era volgare. Opere giuridiche e storiche*, Volumen I (Roma, 1896).

**ALONSO Y ROYANO, F.** “El Derecho Griego” en *Espacio, Tiempo y Forma, Serie II, Historia Antigua*, t. 9, (Madrid, 1996) pp. 115-142.

**AMELOTTI, M.**, *La Donatio Mortis Causa in Diritto Romano* (Milan, 1953).

**ANNAEUS SENECA, L.**, trad. **BASORE W. J.**, *Moral Essays: vol. 2. Annaei Senecae Dialogorum liber XII ad helviam matrem de consolatione*, (Londres y Nueva York, 1932).

**ANNAEUS SENECA, L.**, trad. **GUMMERE, R. M.**, *Ad Lucilium epistulae morales* (Cambridge, 1917).

**ARANGIO-RUIZ, V.**, *Istituzioni di diritto romano* (Nápoles, 1979).

**ARIAS LÓPEZ, M.**, *La comarca como entidad natural, histórica y administrativa* (Madrid, 2013).

**ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. A.**, *Derecho romano, vol II* (Madrid, 1984).

**ARISTÓTELES**, ed. **DE AZCÁRATE, P.**, *Obras filosóficas de Aristóteles*, tomo 3 (Madrid, 1873-1875).

**ARRANZ GUZMÁN, A.**, “Celibato eclesiástico, barraganas y contestación social en la Castilla bajomedieval, Espacio Tiempo y Forma” en *Serie III, Hª Medieval*, t. 21 (2008), pp. 13-39.

**ASTOLA MADARIAGA, J.** (ed.) *Mujeres y Derecho: Pasado y Presente*, I Congreso multidisciplinar de Centro, Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho (Bizkaia, 2008).

**BATTERSBY, Ch.**, *Gender and Genius* (Londres, 1989).

**BIONDI, B.**, *Successione Testamentaria. Donazioni* (Milán, 1941).

**BIONDI, B.**, *Sucesión Testamentaria y Donación* (Barcelona, 1960).

**BONFANTE, P.**, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Alicante, 1979).

**BONFANTE, FADDA, FERRINI y SCIALOJA**, *Digesta Iustiniani Augusti* (Milán, 1908-1931, reimpr. 1960).

**BOSSERT, G. A. y ZANNONI E. A.**, *Manual de Derecho de Familia*, (Buenos Aires, 2004).

**BRAVO BOSCH, M<sup>a</sup>. J.**, “Algunas consideraciones sobre el *Edictum de Adtemptata Pudicitia*” en *Revista Xurídica da USC*, vol. 5, nº 2 (Santiago de Compostela, 1996), pp. 41-53.

**BREMENSIS, A., ed. G. WAITZ**, *Gesta Hammaburgensis Ecclesiae Pontificum* (Hannover, 1876).

**BRUNNER, H. V.**, *Beiträge zur Gerschichte der germanischen Wartrechtes, en Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, II* (Weimar, 1931).

**CABALLÉ MARTORELL, A.**, *La collatio emancipati* (Madrid, 1997).

**CAMERON, A. y KUHRT, A.**, *Images of Women in Antiquity* (Londres, 1993).

**CAMPOS VARGAS, H.**, “La mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación de género a las “Instituciones” de Gayo” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, 107 (11-32) (2005), pp. 151-161.

**CASIDORO DE REINA en 1569, revisada por DE VALERA, C. en 1602**, *Antiguo y Nuevo Testamento* (El Paso, 1989).

**CICERO, M. T., ed. POHLENZ, M.,** *Tusculanae disputationes* (Leipzig, 1918).

**CICERO, M. T., ed. WINTERBOTTOM, M.,** *De officiis*, (Oxford, 1994).

**CÓDIGO CIVIL**, Gaceta de Madrid, número 206, tomo 3 (Madrid, 1889), pp. 249-312.

**CORNELIO TÁCITO, C., trad. de ALAMOS BARRIENTOS, SIXTO Y EZQUERRA,** *La Germania y diálogo de los oradores* (Madrid-Barcelona, 1919).

*CORPUS IURIS CIVILIS, editio stereotypa* vol. I, *Institutiones*, rec. **KRUEGER, P.**; *Digesta*, rec. **MOMMSEN, TH.**, retract. **KRUEGER, P.**; vol. II, *Codex Iustinianus*, rec. et retract. **KRUEGER, P.**; vol. III, *Novellae*, rec. **SCHOELL, R.**, absolv. **KROLL, G.**, (Berlín, 1963).

**D'ORS, A.,** *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia* (Madrid, 2014).

**D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO Y BURILLO,** *El Digesto de Justiniano* (Pamplona, 1968-1975).

**DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L.,** *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 4ª ed. (Valencia, 2009).

**DE LAPUERTA MONTOYA, D.,** *Estudio sobre el Edictum de adtemptata pudicitia* (Vigo, 1999).

**DE LAPUERTA MONTOYA, D.,** “El elemento subjetivo en el edictum de adtemptata pudicitia: la contravención de los boni mores como requisito esencial para la existencia de responsabilidad” en *AFDUDC*, nº 2 (A Coruña, 1998) pp. 237-252.

**DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., ed. actualizada por DE LA ESPERANZA MARTINEZ-RADIO, A.,** *Compendio de derecho sucesorio* (Madrid, 1999).

**DEMOUGEOT, E.**, “L’image officielle du barbare dans l’Empire romain d’Auguste á Théodose” en *Ktema*, 9 (1984).

**DÍAZ DE RÁBAGO HERNÁNDEZ, C.**, “De vírgenes a demonios: las mujeres y la Iglesia durante la Edad Media” en *Dossiers feministas*, nº 2 (1999), pp. 107-130.

**DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E.**, *Manual de derecho Romano*, 5ª ed. (Buenos Aires, 2005).

**DÍAZ, E.**, *Instituciones de Derecho Romano* (Barcelona, 1924).

**DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.**, *Sistema de Derecho Civil IV* (Madrid, 2006).

**DUPLÁ MARÍN, M. T.**, *El servus hereditarius y la teoría de la herencia yacente* (Valencia, 2003).

**ESCUDERO, J.A.**, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas* (Madrid, 1995).

**ESPÍN CANOVAS, D.**, “Capacidad jurídica de la mujer casada (ensayo de derecho comparado italo-hispano-americano)” en conferencia pronunciada en la Universidad de Bolonia en el *Instituto de Diritto Comparato Italo-Ibero.American* (Bolonia, 1960), pp. 335-342.

**ESPIN CANOVAS, D.**, *Capacidad jurídica de la mujer casada* (Salamanca, 1969).

**ESTEBÁN RECIO, M. S. A.**, “Otras miradas, otros caminos. Mujeres de fines de la Edad Media” en *EM: revista de historia*, nº2 (1999), pp. 195-216.

**FANTHAM, E.**, *Cicero’s Pro L. Murena* (EE.UU., 2013).

**FAYER, C.**, *La Familia Romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote* (Roma, 2005).

**FERNÁNDEZ BARREIRO, A.**, “Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana” en *AFDUDC* (A Coruña, 2006), nº 10, pp. 279-302.

**FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.**, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 2011).

**FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B.**, *El ius adcrendi en la sucesión ab intestato romana* (Alicante, 2009).

**FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B.**, “El ius adcrendi en la regulación de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano” en RIDROM-UCLM (Ciudad Real, 2011), pp. 518-591.

**FARNABII, TH.**, *M. Val. Martialis. Epigrammata* (Amsterdam, 1644).

**FICKER, J.**, *Untersuchungen zur Erbenfolge des ostgermanischen Rechte* (Innsbruck, 1891-1904).

**FRAILE SECO, D.**, “Mujer y cultura: la educación de las mujeres en la Edad Moderna” en Foro Educación, nº 4 (2004), pp. 74-88.

**FRANCISCO HERNÁNDEZ-TEJERO, J.** *Las Instituciones de Justiniano* (Madrid, 1961).

**FRIEDBERG, A.**, *Decretum Magistri Gratiani, Corpus Iuris Canonici, Pars Prior* (Roma, 1879).

**FUENTESECA, P.**, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1978).

**FUERO JUZGO.** En latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española (Madrid, 1815).

**FUMAGALLI, V.**, trad. **LLENÍN, F.**, *Cuando el cielo se oscurece. La vida en la Edad Media* (Madrid, 1988).

**GALLEGO FRANCO, H.**, “La imagen de la “mujer bárbara”: a propósito de Estrabón, Tácito y Germania”, *Faventia* 21/1 (Valladolid, 1999), pp. 55-63.

**GARCÍA Y BELLIDO, A.**, *España y los españoles hace dos mil años* (Madrid, 1945).

**GARCÍA GARRIDO, M. J.**, *Derecho Privado Romano*, 16 ed. (Madrid, 2008).

**GAYO**, *Gaii Institutionum-Comentarios IV-In Codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis nuper repertarum*, primera traducción al castellano (Madrid, 1845).

**GOMEZ ESPELOSÍN, F. J.**, *Introducción al Mundo Griego* (Madrid, 1995).

**GONZALEZ MARTÍN, N.** (Coord.) *Estudios en Homenaje a Marta Morineaeu*, t. I, (México, 2006).

**GREGORII XIII pont. Max. editum iussu**, *Corpus Juris Canonici emendatum et notis illustratum* (Roma, 1582).

**GUARINO, A.**, *Le collazioni ereditarie* (Nápoles, 1944).

**GUARINO, A.**, *Diritto Privato Romano* (Nápoles, 1988).

**HOMERO**, trad. y ed. **CALVO, J. L.**, *La Odisea*, 17ª ed. (Madrid, 2007).

**HORACIO**, trad. **MORALEJO, J. L.**, *Sátiras. Epístolas. Arte poética*, (Madrid, 2008).

**IGNACIO LÓPEZ, A.**, “Mujeres y familia en la Edad Media, estudio bibliográfico” en *Historia crítica*, nº 16 (1998), pp. 99-115.

**JUVENAL**, trad. inglés **RAMSAY, G. G.**, *Juvenal and Persius*, (Londres, 1928).

**KASER, M.**, trad. **SANTA CRUZ TEJEIRO, J.**, *Derecho romano Privado*, 5ª ed. (Madrid, 1968).

**KEMPF, C.**, *Valerii Maximi, Factorum et Dictorum Memorabilium Libri Novem. Cum Iulii Paridis et Ianuarii Neoptiani epitomis* (Leipzig, 1888).

**KNIEP, K. F. F.**, *Gai Institutionum Commentarii*, 5 vol. (Viena, 1911-1917).



**KUNKEL, W.**, *Historia del Derecho Romano* (Barcelona, 1999).

**LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F. y APARICIO URTOSUM, C.**, *Sucesiones y Herencias. Doctrina, esquemas, cuestiones, jurisprudencia y formularios* (Valencia, 2008).

**LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.**, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones* (Barcelona, 1993).

**LAVAGGI, G.**, “Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano” en *Scritti giuridici raccolti per il Centenario della casa editrice Jovene: 1854-1954* (Nápoles, 1954) pp. 749-776.

**LA PIRA, G.**, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Florencia, 1930).

**LAS SIETE PARTIDAS (EL LIBRO DEL FUERO DE LAS LEYES) DE ALFONSO X EL SABIO**, ed. **SÁNCHEZ ARCILLA, J.**, (Madrid, 2004).

**LEDESMA URIBE, J. d. J.**, “El derecho romano en los primeros siglos de la Europa Medieval” en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 5, (México, 1973), pp. 325-381.

**LEÓN, N.** “Madres y Esposas en Grecia Antigua”, *Centro de Estudios Clásicos y Medievales, Cátedra I* (Neuquén, 2003), pp. 83-92.

**LETINIER, R.**, “Abrogata legis illius sententia: A propósito del enigma contenido en la ley dum inlicita de Chindasvinto” (LV 4,5,1) en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69 (1999), pp. 367-388.

**LEYES DE TORO** (Salamanca, 1505).

**LIBRO DE LOS FUEROS DE CASTILLA**, ed. **SÁNCHEZ SÁNCHEZ, G.**, (Barcelona, 1924).

**LÓPEZ FERNÁNDEZ CAO, M.**, “Las mujeres en la Edad Media: creación y representación, representación, construcción e interpretación de la imagen visual de las mujeres” en Coloquio Internacional organizado por AEIHM (2003), pp. 121-154.

**MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.**, *La representación sucesoria en el Derecho Común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria* (Santiago de Compostela, 2008).

**MEINHART, M.**, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* (Graz-Wien-Köln, 1967).

**MONTEMAYOR ACEVES, M. E.**, *Fragmentos vaticanos* (México, 2003).

**MURO MARTÍNEZ, J.**, *Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá. Compendiados y anotados* (Valladolid, 1874).

**MUSONII RUFII, C., ed. VENHUIZEN PEERLKAMP, J.**, *Philosophi stoici: reliquiae et apophthegmata* (Harlem, 1822).

**NIZAMA VALLADOLID, M.**, “La Familia en el Derecho Romano y en el Ordenamiento Normativo Actual” en *Revista de Derecho y Ciencia Política UNMSM*, vol. 66, n° 1-2 (Lima, 2009), pp. 277-293.

**NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA**, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año 1567, reimpressa últimamente el 1775 (Madrid, 1805).

**NUÑEZ PAZ, M<sup>a</sup>. I.**, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca, 1988).

**O' CALLAGHAN MUÑOZ, X.**, *Compendio de Derecho civil, t. V, Derecho de sucesiones*, 6<sup>a</sup> ed. (Madrid, 2007).

**ORTEGA LÓPEZ, M.**, “Una reflexión sobre la historia de las mujeres en la Edad Moderna” en *Norba* 8-9, *Revista de Historia* (Cáceres, 1987-1988), pp. 159-168.

**OSSORIO MORALES, J.**, *Manual de Sucesión Testada* (Granada, 2001).

**OVIDIO NASÓN, P.**, trad. **SALINAS, G.**, *Los amores; el arte de amar; el remedio de amor; los cosméticos* (Madrid, 1984).

**PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M.**, *Historia del Derecho Español, vol. I y II* (Madrid, 2004).

**PÉREZ SIMEÓN, M.**, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano* (Madrid, 2001).

**PEROZZI, S.**, *Istituzioni di diritto romano* (Roma, 1928).

**PLATÓN**, ed. **DE AZCÁRATE, P.**, *Obras Completas*, tomos 9-10 (Madrid, 1981-1872).

**PLINIO**, ed. y trad. **SHERWIN-WHITE, A. N.**, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary* (Oxford, 1966).

**PUGLIESE, G.**, *Institutioni di diritto romano I* (Padua, 1986).

**RACZ, E.**, *Les restrictions à la liberté de tester en droit romain* (París, 1934).

**RIBAS ALBA, J.**, *La desheredación injustificada en derecho romano* (Granada, 1998).

**RODRÍGUEZ ENNES, L.**, “La larga lucha hacia la igualdad femenina” en *AFDUDC*, 11 (A Coruña, 2007), pp. 839-853.

**RUGGIERO DE, R.**, *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid, 1929).

**RUIZ FERNÁNDEZ, E.**, *El divorcio en Roma* (Madrid, 1988).

**SAMPER POLO, F.**, *Instituciones Jurídicas de Gayo: texto y traducción* (Santiago de Chile, 2000).

**SANGUINETTI, A.**, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana* (Milan, 1996).

**SCHULZ, F.**, *Derecho Romano Clásico* (Barcelona, 1960).

**SCOVAZZI, M.**, *Le origine del Diritto germánico; Fonti Preistoria. Diritto publico* (Milan, 1957).

**SECKEL, E. y KUEBLER, B.**, *Gaius, Institutiones* (Leipzig, 1939).

**SÉNECA THE ELDER, ed. GOTTLIEB KIESSLING, A.**, *Annaei Senecae Oratorum et rhetorum sententiae divisiones colores* (Leipzig, 1872).

**SERRANO ALONSO, E. (cood.)** *Manual de Derecho de Familia* (Madrid, 2000).

**SOLAZZI, S.**, *La restituzione della dote in diritto romano* (Città di Castello, 1899).

**SOLE, G.**, “La mujer en la Edad Media: una aproximación historiográfica” en *Anuario Filosófico Universidad de Navarra*, 26 (Navarra, 1993), pp. 653-670.

**SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.**, *Colación de los descendientes* (Roma, 1995).

**SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.**, *La colación de los emancipados en el derecho hereditario romano clásico* (Ourense, 1995).

**SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.**, *La dote de la mujer romana en el derecho de sucesiones* (Ourense, 1997).

**SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.**, “La intervención de los abogados y tribunales en la formación histórica de las legítimas hereditarias” en *Separata, Revista del Colegio de Abogados de Ourense* (Ourense, 1997), 23, pp. 1-23.

**SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.**, *Derecho Procesal Civil de Legítimas* (Ourense, 1999).

- SUÁREZ BLÁZQUEZ, V.**, *Donatio Mortis Causa* (Santiago de Compostela, 2012).
- SUETONIO TRANQUILO, C.**, *La vida de los doce césares* (Barcelona, 2003).
- SYME, R.**, *Tacitus* (Oxford, 1958).
- TACITUS, P. C.**, *Annali* (Milán, 1951).
- TANNER, N. P.**, *Los concilios de la Iglesia: breve historia* (Madrid, 2003).
- TAU ANZOATEGUI, V.**, *Esquema Histórico de Derecho Sucesorio* (Buenos Aires, 1982).
- TELLO JHONSON, J.**, *Instituciones del Derecho Romano* (Lima, 1996).
- TELLO LÁZARO, J. C.** “Sobre la situación de la mujer en la Antigüedad Clásica” en Revista de Aula de Letras. Humanidades y Enseñanza (Sevilla, 2003-2005) pp. 1-12.
- TORRALBO RUIZ, A.**, *El rol de la mujer en el Código Civil. Especial referencia a los efectos personales del matrimonio* (Salamanca, 2011).
- UREÑA, R.**, *Historia de la Literatura Jurídica Española*, I-2 (Madrid, 1906).
- VACCARO DELOGU, R.**, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano* (Milan, 1941).
- VALIÑO, E.**, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Valencia, 1997).
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.**, “La Donación Mortis Causa en el Código Civil Español” en AAMN, 5 (Madrid, 1950).
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.**, *Panorama del Derecho de Sucesiones I y II* (Madrid, 1982).
- VINNIO, A.**, *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano* (Barcelona, 1876).

**VOCI, P.**, *Diritto ereditario romano*, II (Milán, 1963).

**VOLTERRA, E.**, *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma, 1961).

**VOLTERRA, E.**, trad. **DAZA MARTÍNEZ, J.** *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Madrid, 1986).

**WILLIAMS C., T.**, *The Elegies of Tibullus* (Cambridge, 1908).

**FUERO GENERAL DE NAVARRA**, ed. **YLARREGUI, P.** y **LAPUERTA, S.** (Pamplona, 1869).

**ZEUMER, K.**, trad. **CLAVERÍA, C.**, *Historia de la legislación visigoda* (Barcelona, 1944).

**ZEUMER, K.**, *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I: Legum Nationum Germanicarum* (Hannover, 1973).