

LA MUJER Y LAS DISPOSICIONES *INTER LIBEROS*

M.^a LUZ BLANCO RODRÍGUEZ

*Professora Titular de Derecho Romano
Universidad de Valladolid*

1. La presente comunicación tiene como objetivo un acercamiento al papel que la mujer, madre o hija, pudo tener o no en el ámbito de las disposiciones *inter liberos*, *testamentum* y *divisio parentum inter liberos*, una vez que el tema de la mujer en el Derecho Hereditario ha sido objeto de múltiples estudios y reflexiones.

Partiremos, por tanto, de un breve acercamiento a la condición hereditaria de la mujer.

2. El papel de la mujer en el campo de la sucesión hereditaria ha sufrido vaivenes y enfoques distintos en la historia del Derecho romano y así se refleja tanto en la sucesión intestada como testamentaria.

2.1. Dejando aparte, en este momento, lo ocurrido con anterioridad a la ley decemviral ante la ausencia de textos que nos permitan afirmar algo con seguridad ⁽¹⁾, hemos de acercarnos en primer lugar a la Ley de las XII Tabas.

⁽¹⁾ E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, en *Scritti Giuridici*, II, Napoli, 1991, 76; L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria Della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 21 ss., y allí abundante biblio-

La redacción del controvertido fragmento decemviral V,4, en su versión jurídica, *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto* ⁽²⁾ no parece que recoja una discriminación por sexo. En este sentido, Voci ⁽³⁾ expone que no se pudo hablar de privilegio del sexo masculino por lo que se refiere a la sucesión *ab intestato*, lo cual no significa una igualdad en todos los campos. La mujer está sometida a tutela y, por tanto, la mujer es igual al hombre en lo que puede recibir pero no en lo que puede dar.

Sin embargo, no es esta una opinión pacífica existiendo detractores de la misma. Así Bonfante ⁽⁴⁾ considera que la referencia al primitivo *suus*, al *adgnatus proximus* debe entenderse referida exclusivamente al sexo masculino. Según este autor fue un cambio en la función y en la conciencia lo que motivó una interpretación más amplia del texto decemviral.

Solazzi ⁽⁵⁾ se inclina por considerar que, probablemente, en la Ley de las XII Tablas las mujeres no eran herederas. Justifica su posición apoyándose en aquellos textos que se refieren a este tema, y que se utilizan para demostrar esa posibilidad de las mujeres, porque considera que los mismos no demuestran esa facultad en el texto decemviral.

Paul. Sent. 4,8,20 (Coll. 16,3,20) *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas sucesiones non admittuntur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum sine ulla discretione sexos agnatos admittit*.

Según Volterra ⁽⁶⁾ se pone claramente de manifiesto que antes de la Lex Voconia existía una paridad absoluta entre hombres y mujeres en orden a la sucesión.

grafía. Rec. por L. PEPPE, *IURA*, 2000, 210 ss. Niegan, no obstante, el derecho hereditario de la mujer en época predecemviral, entre otros, STOIANOV, *BIDR*, 23, 86 ss. S. SOLAZZI, *Diritto hereditario romano*, I, Napoli, 1931, 188, llega a la conclusión de que la mujer no tenía herederos en el derecho preexistente a las XII Tablas. En cambio, B. KÜBLER, *Das Intestaterbrecht der Frauen im alterm Rom*, en *ZSS*, 41, 15 ss., mantiene una defensa del derecho hereditario de la mujer en la Roma antigua.

⁽²⁾ RICCOBONO, *Fontes iuris romani antejustiniani*, I, 38. La versión retórica recoge el fragmento *Si pater familias intestato moritur familia pecuniaque heredes sui*.

⁽³⁾ *Diritto hereditario romano*, I, Milano, 1967, 76.

⁽⁴⁾ *Corso Successioni*, Roma, 1930, 96 ss., B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, 119.

⁽⁵⁾ *Diritto*, 188.

⁽⁶⁾ *Sulla capacità*, 76 n.4, considera que está infundada la sospecha de BESELER, *ZSS*, 45, 1925, 433; 56, 1936, 64; *Beiträge*, V, 8, sobre la autenticidad de Coll. 16,3,20.

C. 6,58,14 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P*) *Lege duodecim tabularum bene Romano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successionibus nec non liberties observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito... Sed posteritas, dum nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, sicut Iulius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad senatus consultum Tertullianum fecit, apertissime docuit* (7).

I. 3,2,3a *Et haec quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes adgnatos sive masculos sive feminas cuiuscumque gradus ad similitudinem sororum invicem ad successionem vocabat...*

Consideramos que, a diferencia de Solazzi, estos textos reflejan la equiparación de sexos en la Ley de las XII Tablas.

Como consecuencia de la publicación en el año 169 a.C. de la *Lex Voconia*, se modifica la regulación de la sucesión intestada debido a la *voconiana ratio* y así se priva a la mujer de la herencia intestada si el causante no es consanguíneo. Este hecho puede haber influido en la redacción del texto de Gayo 3,14 = Coll. 16,2,14, *nostrae uero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent*. Dicho principio se atribuye a la Ley de las XII Tablas en Gayo 3,18, *Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates*. Incluso más claramente se encuentra en Gayo 3,23 *feminae agnatae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent*.

Así pues esto explicaría la interpretación distinta que mantiene Solazzi (8) en cuanto a la equiparación de sexos.

Esta restricción se aplicaba tan solo en el ámbito de la sucesión civil y así el pretor llamando a la *bonorum possessio* a los *cognati* no distingue entre hombres y mujeres (9).

La sucesión entre madre e hijos en el *ius civile* tiene lugar en escasas ocasiones y en el *ius honorarium* tenía lugar como *cognati*, por tanto siempre iban precedidos por los *agnati* (10).

(7) Vid. también C. 6,58,15 pr. (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P*) ... *ad vestigia legis duodecim tabularum totam progeniem ex legitima subole descendentem sive masculinam sive femininam legitimo iure hereditatem adipisci sanximus...*

(8) *Diritto*, 189.

(9) P. VOCI, *D.E.R.*, I, 499.

(10) P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, 17

En esta situación, en época de Adriano el S.C. *Tertullianum*, regula la sucesión de la madre en los bienes del hijo siempre que la madre tenga el *ius liberorum*, pero a la madre le preceden otras categorías de personas.

En época de Marco Aurelio tiene lugar el S.C. *Orphitianum* por el cual la herencia de la madre corresponde a los hijos. Con anterioridad al S.C., los hijos sucedían a la madre como pertenecientes a la tercera clase pretoria (*cognati*). Con posterioridad suceden como herederos civiles y pertenecen a la segunda (*legitimi*) con preferencia sobre los *agnati*. De este modo pasan a ser sucesores inmediatos de la madre puesto que una mujer no pudo tener sucesores pertenecientes a la clase de los *liberi*.

Constantino, en el año 321 (C.Th. 5,1,1), establece que la madre que carece de *ius liberorum* pueda suceder a su propio hijo concurriendo con los *agnati* del tercer grado, pero las reformas más radicales tendrán lugar con Justiniano puesto que elimina totalmente el requisito del *ius liberorum* y antepone la madre a todos los colaterales del causante.

Con la Nov. 118, en el año 543, Justiniano abandona totalmente el criterio de la *agnatio* para seguir únicamente el de la *cognatio*.

2.2. La capacidad de la mujer para ser instituida heredera ha tenido distintas regulaciones.

Considera Bonfante ⁽¹¹⁾ que no era posible en las antiguas formas de testamento, *testamentum calatis comitiis* y *testamentum in procinctu*.

La afirmación realizada por Bonfante no es compartida por Volterra ⁽¹²⁾ puesto que la misma no encuentra reflejo en las fuentes y además no se concilia con el hecho de que según la Ley de las XII Tablas la mujer sucedía *ab intestato* al igual que los hombres.

Biondi ⁽¹³⁾ señala que en época antigua no podía afirmarse nada con seguridad.

Sin embargo, se producirá en el s. II a.C. una tendencia contraria a la capacidad de las mujeres a recibir por testamento. Así la *Lex Voconia*, plebiscito del año 169 a.C., estableció que la mujer no podía ser heredera de quien perteneciese a la primera clase de centurias de infantería (más de 100.000 ases).

A finales de la República decaen estos límites y así la *Lex Falcidia* en el año 40 a.C. permitió que el testador pudiese disponer mediante legados hasta

⁽¹¹⁾ Corso, 96.

⁽¹²⁾ Sulla capacità, 76.

⁽¹³⁾ Successione Testamentaria e Donazione, Milano, 1955, 119.

de las tres cuartas partes de su patrimonio y la mujer pudo recibir legados en esa medida.

La *Lex Iunia Vellaea* del 26 ó 28 d.C. contemplaba expresamente la posibilidad de institución y desheredación de mujeres póstumus, lo que permite deducir que la mujer ya era capaz.

En época postclásica se afirma en el Libro Siro-Romano (L.63) la plena capacidad de las mujeres y, por supuesto, en época de Justiniano ⁽¹⁴⁾.

En cuanto a la *testamentifactio activa*, se ha partido de una presunta imposibilidad de la mujer de realizar las antiguas formas de testamento, *testamentum calatis comitiis* y *testamentum in procinctu*, opinión no compartida por Volterra ⁽¹⁵⁾ para quien se ha producido una confusión entre las normas especiales que se requieren para que una mujer pueda hacer testamento con la incapacidad testamentaria propiamente dicha ⁽¹⁶⁾.

La mujer pudo testar con la aparición del *testamentum per aes et libram*. Como el acto es una *mancipatio* la mujer puede realizarlo *tutore auctore*. No obstante la mujer podía librarse de la tutela mediante una *coemptio fiduciaria* que describe Gayo 1,115 a, con lo cual podrían realizar testamento.

Esta situación existía en época de Cicerón pero cambia después de un S.C. propuesto por Adriano que permite a la mujer hacer testamento *tutore auctore*, pero el tutor podía ser obligado por el magistrado a prestar su autorización ⁽¹⁷⁾. Gayo señala que la mujer que tenía el *ius liberorum* no estaba sujeta a tutela y, por tanto, tenía *testamentifactio activa* (Gayo 1,145; 1,192; 2,122).

El testamento pretorio pudo ser realizado por la mujer sin la autorización del tutor.

Esta situación desaparece en época de Claudio que abolió la tutela de los agnados (Gayo 1,171).

⁽¹⁴⁾ B. BIONDI, *Successione*, 120 s.

⁽¹⁵⁾ *Sulla capacità*, 77 ss.

⁽¹⁶⁾ Sobre esta teoría, *vid.* más ampliamente VOLTERRA, *Sulla capacità*, 80 s. En relación con el tema de las vestales, L. MONACO, *Hereditas*, 159 ss., y allí abundante bibliografía.

⁽¹⁷⁾ Se ha planteado si un testamento civil realizado por la mujer sin autorización del tutor sería eficaz *iure praetorio* según la constitución de Antonino Pío. La respuesta ha de distinguir si el tutor es uno de aquellos cuya autorización no puede ser impuesta, en cuyo caso el pretor no puede salvar el vicio, o si se trata de otro tipo de tutores y podía entonces aplicarse extensivamente la disposición de Antonino Pío. Gayo no se pronuncia y puede, como señala P. VOCI, *D.E.R.*, I, 394, que los juristas estuviesen divididos.

En el período justiniano, desaparecida la *tutela mulierum*, las mujeres son plenamente capaces al igual que los hombres, de modo que las leyes postclásicas y justinianas afirman la equiparación total entre los dos sexos.

3. Las figuras *inter liberos*, entendidas como un privilegio de aquellas disposiciones que los padres realizan en beneficio de sus hijos, si bien presentan una terminología moderna han tenido precedentes hebreos, indios, griegos... (18).

En Derecho Romano se produce este privilegio con el *testamentum parentum inter liberos* y la *divisio parentum inter liberos* (19).

El origen del *testamentum inter liberos*, que ha sido objeto de múltiples teorías a diferencia de otros testamentos privilegiados, hemos concluido a pesar de las dudas existentes, que tiene lugar en el año 324 con C.Th. 2,24,1 de Constantino (20), ley que atribuye a la escritura imperfecta el valor de un testamento. No obstante, existen muchas otras hipótesis también fundamentadas que lo atribuyen igualmente a Constantino pero en C.3,36,26 y otros autores que retrasan su aparición hasta Teodosio II y Valentiniano III con la Nov. Theod. 16,5 del año 439, o incluso hasta la Nov. 107 de Justiniano.

La *divisio inter liberos*, cuyo origen es aún más confuso que el del *testamentum inter liberos*, encuentra sus primeros pasos en época clásica, concretamente en D.10,2,20,3 de Papiniano, recogido por Ulpiano, aunque algún autor sitúa el origen en C.Th. 4,4,1 con Constantino.

Partiendo, por tanto, del acercamiento realizado al papel de la mujer en el campo de la sucesión hereditaria y de esas disposiciones que son privilegiadas por realizarse por los padres entre sus hijos, nos interesa acercarnos a la posibilidad o no de la intervención de la mujer en este tipo de disposiciones.

(18) El tema de la división existió con anterioridad a la regulación romana. De este modo existen antecedentes hebreos, no faltando ejemplos en la Biblia, Deuterón. Cap. 21 vers. 15; Prov. De Salomón Cap. 17 vers. 2; Evang. de San Lucas Cap. 15 vers. 12,13. Incluso Cedreno coloca el origen en el testamento de Noé, en el cual divide la tierra entre sus tres hijos. La legislación hindú, que desconoce el testamento, admite que el padre pueda disponer gratuitamente de su patrimonio de dos modos: división *inter vivos* y donación. En Grecia no fue desconocida la división si bien se concedían preferencias en el caso del primogénito como revelan Demóstenes y Lisia. Vid. V. POLACCO, *Della divisione operata d'ascendenti fra discendenti*, Padova, 1884, 23 ss.; M. L. BLANCO RODRIGUEZ, *Testamentum parentum inter liberos. La partición de la herencia en Derecho romano*, Valladolid, 1991, 67, n. 129.

(19) M. L. BLANCO RODRIGUEZ, *Testamentum*, 9

Por lo que respecta al *testamentum parentum inter liberos* el papel de la mujer, tanto desde el punto de vista de destinataria como de disponente, se ve expuesto en los distintos textos que a este tema se refieren.

La posibilidad de la hija de ser destinataria del *testamentum parentum inter liberos* nos lleva inmediatamente al análisis del término *liberos*:

Calistrato en D. 50,16,220 (libro II. *Quaestionum*): *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt continentur: hos enim omnes suorum appellationem lex duodecim tabularum comprehendit totiens enim leges necessariam ducunt cognationem singulorum nominibus uti (veluti filii, nepotism, pronepotis ceterorumve qui ex his descendunt), quotiens non omnibus, qui post eos sunt, praestitum voluerint, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerent at ubi non personis certis, non quibusdam gradibus praestatur, sed omnibus, qui ex eodem genere orti sunt, liberorum appellatione comprehenduntur...*

Ulpiano en D. 50,16,56,1 (Libro LXII. *ad Edictum*): *Liberorum appellatione continentur non tantum qui sunt in potestate, sed omnes qui sui iuris sunt, sive viriles sive feminini sexos sunt exve feminini sexos descendentes.*

De ambos textos, sobre todo del texto de Ulpiano, se deduce claramente la posibilidad de que las hijas, las nietas sean destinatarias de estas disposiciones *inter liberos*.

Pero Constantino en C.Th. 2,24,1, donde hemos establecido el origen del *Testamentum parentum inter liberos*, prefiere en principio el término *heredes sui* con lo cual se da entrada al sistema del *ius civile* recogido en la Ley de las XII Tablas. No obstante, ello no supone ningún problema puesto que como señala Gayo se engloban el hijo y la hija, el nieto y la nieta por parte del hijo y todos los demás que estén bajo la potestad del difunto ⁽²¹⁾.

Constantino continúa en C.Th. 2,24,1 refiriéndose posteriormente a ... *filiis ac nepotibus civili iure vel auxilio praetoris...* Aparece, por tanto, el sistema pretorio en el cual mediante una ficción los *liberi* que son llamados y no son *sui* se finge que estaban bajo la *patria potestas* del *pater* en el momento del fallecimiento.

Especialmente interesante es la *Interpretatio* que aclara totalmente la posibilidad planteada cuando expone, ... *filiis vel nepotibus cuiuscumque sexus habere voluerit.*

⁽²⁰⁾ Sobre los problemas del origen, *vid.* M. L. BLANCO RODRIGUEZ, *Testamentum*, 47 ss., y, concretamente, sobre el problema de la fecha (321 y 324) de C.Th. 2,24,1, 60 ss.

⁽²¹⁾ Gayo 2,156 cfr. I.2,19,2

No existe duda de la posibilidad de que hijas y nietas puedan ser beneficiarias de este *testamentum inter liberos*. Se evitan incluso otras dudas cuando continúa dicha *interpretatio*, *Sed hoc inter filios et nepotes ex filiis masculis observetur*. Es decir, se permite a hijas y nietas siempre que estas provengan por línea de varón.

Con posterioridad a la regulación de Constantino, Teodosio II y Valentiniano III en el año 439 (Nov. Theod. 16,5) utilizan ya exclusivamente el término *liberos*, *nisi inter solos liberos habeatur*.

Igualmente en el C. 6,23,21,3 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio P.P*) que recoge dicha disposición.

Justiniano, en cambio, utiliza el término *fili* (22) y ya no parece existir ninguna duda de su referencia también a las hijas o a las nietas, en su caso, cuando sean hijas de un hijo premuerto.

No parece, por tanto, que pueda existir especial dificultad en la admisión de las hijas como destinatarias de un *testamentum inter liberos* ni siquiera cuando Constantino utiliza el término *heredes sui* puesto que como tales son consideradas hijas y nietas que se encuentren bajo la potestad del *pater*.

La consideración de la madre como disponente de un *testamentum inter liberos* ha supuesto, en cambio, una mayor dificultad.

Son disponentes de un testamento privilegiado de este tipo los *parentes*.

Este término ha sido analizado por Gayo en D. 50,16,51 (libro XXIII. *ad Edictum provinciale*), *Appellatione "parentis" non tantum pater, sed etiam avus et proavus, et deinceps omnes superiores continentur; sed et mater, et avia, et proavia*.

Ulpiano en D. 2,4,4,2 (libro V. *ad edictum*), *"Parentem" hic utriusque sexos accipet...*

Se comprueba, por tanto, que se engloba en este término a padres y ascendientes tanto maternos como paternos.

Sin embargo, fijándonos en C.Th. 2,24,1 la facultad que supone el *testamentum inter liberos* está limitada a los padres puesto que Constantino se

(22) Sobre el término *fili* se han planteado discrepancias puesto que para algunos autores se refiere tan sólo a los hijos de primer grado partiendo de Ulpiano, D. 26,2,6 (libro XXXIX. *ad Sabinum*) donde distingue *liberos* en cuanto descendientes y *fili* en cuanto hijos de primer grado, excluyendo de este modo a los nietos del concepto *fili*, *aliter enim filii, aliter nepotes appellantur*. Otra opinión considera que *fili* engloba a todos los descendientes del testador, incluidos también los nietos, pero estos únicamente cuando no concurren con el descendiente más próximo. Sobre este tema, M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum*, 76 s.

refiere a *sui et emancipati*, y la madre y ascendientes maternos carecen de *patria potestas*, no pudiendo, por tanto, tener *heredes sui* ni emancipar.

Así lo recoge Ulpiano en D. 50,16,195,5 (libro XLVI. *ad Edictum*), *Mulier autem familiae suae et captut, et finis est*.

Pero si aún así existían dudas, la *interpretatio* señala: *Quando facultas patris inter filios vel nepotes dividitur, specialiter voluntas patris vel avi paterni*.

Por tanto, no está reconocida en este momento la facultad para la madre de realizar un testamento privilegiado entre sus hijos y ello aún cuando ya Ulpiano en D. 50,16,46,1 (libro LIX. *ad Edictum*), “*Matremfamilias*” *accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit; matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt, atque separant*. Es decir, separaba a la madre de familia de las demás mujeres y aún así no poseía la facultad que analizamos.

El paso siguiente lo encontramos en la Nov. Theod. 16,5, *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus*.

En este texto no aparece referencia alguna a ascendientes paternos o maternos. Sin embargo, esta disposición ha pasado al Código de Justiniano, C. 6,23,21,3 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA Florentio P.P*), *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus*. a) *Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem quantum ad illam dumtaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis adcrecere*, donde observamos que aparece “*a parentibus utriusque sexus*” que no figura en el texto original, Nov. Theod. 16,5.

Para Bonfante ⁽²³⁾, Solazzi ⁽²⁴⁾, este inciso es fruto de una interpolación ⁽²⁵⁾.

Sin embargo, mayoritariamente la doctrina considera que la referencia en el texto recogido en el Código de Justiniano no es ninguna novedad y que tiene un sentido clarificador, correspondiendo esta ampliación a Teodosio II.

La gran novedad del texto de Teodosio se ha considerado que es la ampliación a la madre y ascendientes maternos de ese derecho que hasta el momento correspondía tan sólo a los ascendientes paternos ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ *Istitutiones de Diritto Romano*, 10 ed., 597, n. 3.

⁽²⁴⁾ *L'origine del testamentum parentum inter liberos*, *SDHI*, 10, 1944, 357, n. 2.

⁽²⁵⁾ *Vid. Index Interpolationum*. M. L. BLANCO RODRIGUEZ, *Testamentum*, 63, 75.

⁽²⁶⁾ *Vid. detalladamente* M. L. BLANCO RODRIGUEZ, *Testamentum*, 64, 76.

Esta innovación de Teodosio II se ve recogida en la Nov. 107 pr. por Justiniano quien después de referirse a Constantino, como quien escribió una ley por la cual han de respetarse las voluntades de los que fallecen y que cuando sean los padres tengan validez entre los hijos aunque no sean manifiestas sus disposiciones, alude a Teodosio como aquel que dio un decreto disponiendo esto no solamente en cuanto a los padres, sino también respecto a las madres y a los ascendientes de ambos sexos, *Insuper et Theodosius decrevit, non in patribus solum hoc disponens, sed etiam in matribus et ascendentibus utriusque naturae* (27).

No existe, por supuesto, ninguna duda de la plena equiparación de sexos en cuanto al *testamentum inter liberos* en época de Justiniano.

La *divisio parentum inter liberos*, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, que el ascendiente realiza repartiendo su patrimonio entre sus hijos no es originaria de la regulación romana y así ya en derecho egipcio se recoge, como ejemplo, el caso de una madre que divide sus propiedades entre sus hijos (28).

La regulación egipcia pasa al derecho griego con el efecto de transferir la propiedad de los bienes divididos inmediatamente durante la vida de los padres y dotando, al igual que en el derecho egipcio, al primogénito de una preferencia especial (29).

En la *divisio inter liberos* aparecen los hijos como destinatarios de la misma teniendo en cuenta que en aquellos textos que pertenecen a la época clásica se recoge casi de forma absoluta el término *filios* (30), así, por ejemplo, en el fundamental texto de Papiniano (libro VII. *Quaestionum*), recogido por Ulpiano (libro XIX. *ad Edictum*), D. 10,2,20,3 *Si pater in filios sine scriptura bona divisit*.

Consideramos que se engloba también a las hijas en esa denominación, siguiendo así lo expuesto en relación con el *testamentum parentum inter liberos*.

(27) Existe alguna opinión que considera falsa la declaración realizada en Nov. 107 pr. a consecuencia de un error producido por la interpolación reseñada. M. L. BLANCO RODRIGUEZ, *Testamentum*, 76 n.18.

(28) TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-roman Egypt in the light of the papyri*, Warszawa, 1955, 207 n.1.

(29) RABEL, *Elterliche Teilung*, *Festschrift zur 49. Versammlung Deutscher Philologen und Schulmänner*. Basel, 1907, 528 ss. Rep. en *Labeo*, 7, 1961, 65 ss.; TAUBENSCHLAG, *The law*, 207 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Divisione di ascendente in un papiro di Tebtynis*, en *Studi in onore di Francesco Messineo*, 4 Milano, 1959, 51 ss. Rep. en *Studi epigrafici e papirologici*, Napoli, 1974, 571 ss.

(30) D. 10,2,20,3; 32; 39,5; D. 30,90; D. 31,77,8; D. 34,4,23; D.41,10,4,1

En época postclásica se utiliza preferentemente el término *liberi* como se observa en C.Th. 2,24,2 de Constantino, aunque no se excluye el término *filios* en el propio texto.

Con Justiniano, Nov. 18,7 y Nov. 107,3, ya exclusivamente se utiliza la denominación *filios* ⁽³¹⁾.

No existe, por tanto, duda, teniendo en cuenta lo expuesto en referencia a *liberos* y *filios*, de que las hijas son también beneficiarias de esta disposición.

En cuanto a quienes pueden realizar una *divisio inter liberos* se afirma que son los padres.

En época clásica no gozaba de esta facultad la madre como se comprueba en la redacción del texto de Papiniano, D. 10,2,20,3, *Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisiones, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint.*

Se menciona expresamente el término *pater*, al igual que ocurre en otros textos de este período.

La intervención de la madre se reconoce con C.Th. 2,24,2 de Constantino en el año 327, constituyendo una importante innovación, *Nulli quidem de bonis usurpandis vivorum nec dividundis contra bonos mores concessa licentia est: sed si praecipiente matre bona eius inter se liberi diviserunt, placuit omnifariam nobis huiusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur.*

Especial interés tiene la *Interpretatio*, *Licet vivorum bona ut dividantur, iniustum sit, tamen si mater vivens facultatem suam filiis praeceperit et permiserit dividendam et usque ad exitum vitae suae in eadem voluntate perstiterit, divisio inter filios facta perduret*, que finaliza, como observamos, reconociendo esa *divisio* entre sus hijos, *divisio inter filios*.

No existe, por tanto, diferencia entre sexos a partir del 327 en cuanto a la *divisio inter vivos* lo cual se ratifica y amplía en época de Justiniano, Nov. 18,7; Nov. 107,3.

Mühlenbruch ⁽³²⁾ expone que no podía establecerse diferencia entre

⁽³¹⁾ M. L. BLANCO RODRIGUEZ, *Testamentum*, 155.

⁽³²⁾ En GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. Serafini), Milano, Vallardi, 1888-1907, 29,1, 123 n.17.

ascendientes paternos o maternos puesto que realizar la división era un derecho que correspondía a todo *de cuius*.

Es curioso observar como puede la madre a partir del 327 realizar una *divisio inter filios inter vivos* y como esa misma madre carece de esa posibilidad si la *divisio* se contiene en un *testamentum inter liberos*.

En el derecho histórico español estas figuras *inter liberos* se recogen en las leyes 7 y 8, título I, Partida 6 ⁽³³⁾.

La ley 7, tít. I, Part. 6, se ocupa conjuntamente del *testamentum parentum inter liberos* y de la *divisio parentum inter liberos*, “Acabado testamento es aql que es fecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta, e fi de otra guisa lo fizieffe non feria valedero: pero fi el padre fizieffe testamento, en que establecieffe por herederos a los fijos, e a los nietos que descen diefse del: o partieffe lo fuyo entre ellos, manguer en tal testamento non fuesen escritos mas de dos testigos, valdria bie afsi, como fi fueffe fecho acabadamente ante fiete testigos, que pufieffen y fus no mes, e fus fellos. Effen mifmo feria quado delta manera el padre, o el auuelo partieffe lo fuyo, por palabra tan folame te entre fus fijos, e fus nietos, faziendolo ante dos testigos, rogados e llamados para efto...”.

Observamos como en lo referente al *testamentum parentum inter liberos*, ... si el padre hiciese testamento en que se estableciese por herederos a los hijos y a los nietos..., la glosa realizada por Gregorio López de las Partidas se inclina por el término *liberos* englobando a hijos y nietos, *quis testari inter liberos*.

Esta misma apreciación se realiza en otros apartados de la glosa mencionando exactamente *testamento inter liberos*.

Estimamos que, de nuevo, tanto las hijas como las nietas pueden entenderse incluidas en el término *liberos*, al igual que concluíamos a partir del importante texto de Ulpiano D. 50,16,56,1.

En cuanto a quien podría realizar este testamento *inter liberos*, se recoge expresamente la referencia al padre, ni siquiera se menciona a los padres o ascendientes. Parecería, por tanto, que se excluye a la madre en esta época. Pero si nos detenemos en la glosa de Gregorio López, comprobamos como en rela-

⁽³³⁾ *Las Siete Partidas*, ed. BOE, 1999, III. La edición de 1555, glosada por Gregorio López, se considera como el único texto auténtico por reconocerle este carácter la Real Cédula de siete de septiembre de 1555. No obstante F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, 237, señala que ni el texto de las Partidas impreso por Alonso Díaz de Montalvo en 1491 ni el impreso por Gregorio López en 1555 corresponde con el texto original y manuscrito de Alfonso X debido a que han transcurrido muchos años entre la redacción del texto y su fijación por la imprenta.

ción con los testigos se señala, *in testamento inter liberos testes debeat esse mascululi. Et no foemina...* Se recoge también una posible disputa en relación con este tema para concluir que las mujeres no pueden actuar como testigos en este testamento ⁽³⁴⁾.

Podríamos concluir, por tanto, que en este momento (s. XIII) la mujer no puede realizar un testamento de estas características. Además la redacción de la ley 7, tít. I, Part. 6, no deja espacio para una interpretación extensiva al hacer referencia al padre, lo cual en ningún caso se puede entender que englobe también a la madre.

La *divisio parentum inter liberos* se menciona también en esta ley 7, ... Eso mismo sería cuando de esta manera el padre o el abuelo partiesen lo suyo por palabra solamente entre sus hijos y sus nietos....

En este caso se habla de los hijos y de los nietos, igual que ocurría con el *testamento inter liberos* y, por tanto, la misma conclusión se ha de aplicar en cuanto a que también las hijas y las nietas puedan ser destinatarias de la *divisio*.

Por lo que se refiere a la posibilidad de la madre de realizar una *divisio inter liberos*, tan sólo observamos una diferencia en relación con lo expuesto anteriormente para el *testamentum inter liberos* y es que ahora se menciona expresamente, el padre o el abuelo. La inclusión del abuelo, en contraste con el caso del *testamentum*, nos hace suponer que en el testamento *inter liberos* donde, en cambio, se alude a los nietos, el padre podrá disponer entre sus nietos, hijos de un hijo premuerto, al igual que habíamos establecido anteriormente.

Por tanto, padre y abuelo son los sujetos que pueden realizar la *divisio* excluyendo a la madre y ascendientes maternos.

En conclusión, se detecta una involución en las Partidas en cuanto a la participación de la mujer.

El *testamentum inter liberos* desaparece con la ley 3 de Toro ⁽³⁵⁾ n. 16 cuando dispone: *Aunque para la validacion del testamento hecho a favor de hijos y descendientes bastaban antiguamente las solemnidades establecidas por derecho Divino; y el de Gentes... hoy con arreglo á nuestra ley tercera se requieren todas las que deben intervenir en los que se formalizan entre estraños...*

⁽³⁴⁾ Vid. ley 9, título I, Partida 6, sobre que hombres no pueden ser testigos en los testamentos, donde se recoge también la incapacidad de las mujeres, *Nin las mugeres*.

⁽³⁵⁾ En este año 2005 se cumple el quinientos aniversario de su aprobación por las Cortes convocadas por Juana la Loca en Toro en 1505, después que el Ordenamiento de Leyes fuese proyectado por Isabel la Católica en los últimos años de su vida en las Cortes de Toledo de 1502.

La *divisio inter liberos*, en cambio, permanece vigente en la ley 19 de Toro, *El padre y la madre y abuelos en vida al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo aya el hijo, ó hijos, ó nietos...*

Esta disposición recoge el hijo, hijos o nietos, no existiendo discriminación por sexo, en cuanto a aquellos que pueden recibir la disposición.

Para evitar toda duda, en la ley 19 de Toro se alude expresamente al padre, madre y abuelos. Está claro, por tanto, que existe total igualdad entre sexos en cuanto a la realización de una *divisio inter liberos* ⁽³⁶⁾.

La ley 19 de Toro, en relación con la *divisio inter liberos*, se recogió en el Código Civil español en el artículo 1056-2, “ El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos” ⁽³⁷⁾.

En este párrafo, a diferencia del artículo 1056-1 que se refiere a todo “testador” ⁽³⁸⁾ se hablaba del “padre”. Este término, en contraste con la ley 19 de Toro, no alude a la madre ni otros ascendientes que no sean el padre.

Aunque la redacción parece bastante concreta, Vallet de Goytisolo ⁽³⁹⁾ considera en la referencia al “padre” que es una palabra que nadie duda que incluye la madre. Creemos, en cambio, que el término padre ⁽⁴⁰⁾ no incluye a la madre y que Vallet de Goytisolo realiza esa interpretación porque lo contrario sería anacrónico, pero lo cierto es que las Leyes de Toro especifican evitando cualquier duda y que este fragmento que es idéntico al del Ante-

⁽³⁶⁾ La ley 3 de Toro n. 9 al referirse a los testigos dispone: *Debiendo estos ser precisamente varones: porque las hembras, aunque en lo judicial se admiten á fin de que no quede el caso injustificado, como son frágiles, inconstantes, y de un sexô á la verdad ageno de asuntos públicos, y civiles, de cuya naturaleza es el testamento, justamente se hallan prohibidas de ser testigos en él.*

⁽³⁷⁾ El artículo 1056-2 es idéntico al artículo 1073-2 del Anteproyecto de 1882-1888, no figurando en cambio en el Proyecto de 1851 puesto que el artículo 899 constaba tan sólo de un párrafo y este se correspondía con el artículo 1056-1. *Vid.*, en relación con los precedentes de este artículo, J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2, Madrid, 1989, 156 s.

⁽³⁸⁾ El artículo 1056-1 mantiene su redacción originaria.

⁽³⁹⁾ *Comentario*, 158.

⁽⁴⁰⁾ El Diccionario de la Real Academia Española en relación con la palabra “padre” recoge que proviene del lat. *Pater-tris* y que se refiere al varón o macho que ha engendrado, al varón o macho, respecto de sus hijos etc., pero no se refiere a la madre más que cuando se trata del masculino plural.

proyecto de 1882-1888 no pensaba en la madre pero que cuando Vallet de Goytisolo realiza la interpretación es la más lógica en ese momento histórico.

Se ha planteado también si puede el abuelo adjudicar la explotación a uno de sus nietos si aún vive el hijo o la hija, padre o madre de ese nieto.

Sánchez Román ⁽⁴¹⁾ lo rechazó alegando que el artículo 1056-2 concedía esa facultad sólo al padre y no al ascendiente. En cambio, Vallet de Goytisolo ⁽⁴²⁾ considera la extensión a los descendientes de la palabra hijos.

Creemos que en este supuesto pueden englobarse los nietos en el término “hijos” ⁽⁴³⁾ y, por supuesto, las hijas y las nietas.

El artículo 1056-2 del Código Civil español ha sido modificado conforme a la Ley 7/2003, de 1 de abril, sustituyéndose el término “padre” por el concepto “testador”, “El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia...”.

Desaparece, por tanto, toda disposición de favor cuando se realice por los padres en beneficio de sus hijos al igual que se evita toda especulación sobre una posible discriminación por sexo, que hoy no es admisible.

La conclusión que podríamos extraer es que el derecho de la mujer, en relación con el tema expuesto, podría representarse por un movimiento pendular, tras un período de reconocimiento sigue otro de restricciones.

⁽⁴¹⁾ *Comentario*, 158.

⁽⁴²⁾ Igualmente otros autores como BONET RAMON, PUIG BRUTAU, FOSAR, LACRUZ Y SANCHO, *Comentario*, 158.

⁽⁴³⁾ El Diccionario de la Real Academia Española en relación con el término “hijos” (masculino plural) especifica que hace referencia a descendientes.

