

EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA
Y LA TUTELA EJERCIDA POR LA MUJER
EN EL DERECHO ROMANO

Manuel Antonio Seda Hermosín
Ilustre Colegio Notarial de Andalucía

RESUMEN

Siendo evidente que el modelo de vida en Roma era predominantemente masculino, el Derecho romano evoluciona a lo largo de su historia hacia el reconocimiento y mejora de la posición jurídica de la mujer en la sociedad. Con tal finalidad los juristas romanos, eminentemente prácticos, pusieron en marcha mecanismos encaminados a eludir el rigor de la norma general, permitiendo implementar soluciones más justas y equitativas para la mujer. Entre los numerosos mecanismos empleados, cabe destacar los que son objeto de este estudio: el legado parciario, orientado a evitar la limitación de que la mujer fuese heredera, y la tutela ejercida por la mujer sobre su descendencia, lo que le permitió ejercer funciones representativas sobre su prole que, *ab initio*, le estaban vedadas.

PALABRAS CLAVE: Mujer, igualdad, legado parciario, mujer tutora.

ABSTRACT

*Although it is evident that the life model in Rome was predominantly male, Roman law evolved throughout its history towards the recognition and improvement of the legal position of women in society. To this end, the eminently practical Roman jurists implemented mechanisms to avoid the rigour of the general norm, allowing for the implementation of more just and equitable solutions for women. Among the numerous mechanisms used, it is worth highlighting those that are the subject of this study: the partial legacy, aimed at avoiding the limitation of the woman being an heir, and the guardianship exercised by the woman over her descendants, which allowed her to exercise representative functions over her offspring that, *ab initio*, were prohibited to her.*

KEYWORDS: Woman, equality, legacy of aliquot share, female tutor.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA. 3. LA TUTELA EJERCIDA POR LA MUJER. 4. CONCLUSIONES.

Manuel Antonio Seda Hermosín

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las mujeres, en su lucha por la libertad y la igualdad efectivas, han denunciado y puesto en evidencia, desde tiempo inmemorial, la masculinidad del patrón de ciudadanía (y del modelo de vida) dominantes (en la sociedad) y la necesidad de su deconstrucción, para dar entrada a otra visión del mundo exterior, sus problemas y sus soluciones¹. Esta lucha por la libertad y la igualdad efectivas es tan vieja como la civilización misma, aunque alcanza velocidad de crucero a partir de la Revolución industrial y el advenimiento del Estado liberal burgués en el siglo XIX.

Pues bien, siendo esta lucha tan vieja como la civilización misma, no podía dejar de tener su reflejo y manifestación en una de las grandes civilizaciones del mundo: la romana, con especial referencia al Derecho que la rigió. A lo largo de esta exposición, necesariamente breve por razón del formato editorial de esta obra, intentaré poner de manifiesto cómo la lucha de la mujer por la libertad y la igualdad impulsó un cambio lento pero paulatino de las costumbres y usos sociales en el mundo romano, un cambio lento y paulatino que se proyectó en algunas facetas del Derecho privado: primero, a través de los *responsa* de los juristas, esto es, a través de las soluciones prácticas que los juristas ofrecían a los casos concretos que se sometían a su conocimiento y estudio; después, mediante las resoluciones de los pretores, a través de las cuales se van corrigiendo, actualizando o cubriendo las lagunas del Derecho privado; y finalmente en los rescriptos imperiales, entendidos como decisiones imperiales enunciadas para casos concretos que, sin embargo, se transforman en reglas abstractas de aplicación general².

La mujer, en Roma, permaneció siempre situada en un plano de inferioridad respecto del hombre, pudiendo afirmarse que el Derecho romano es un derecho

¹ R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista*, en B. Perrián Gómez (Coord.), *Derecho, persona y ciudadanía* (Madrid 2010) p. 475.

² A. DEL CASTILLO, *Legislación romana y liberación femenina: una relación inconsciente*. Ponencia leída el 6 de julio de 1988 en la sesión del I Congreso Internacional de Historia de la Mujer, celebrado en Alcalá de Henares: «Cuando los juristas romanos reconocen que en muchos extremos del Derecho era peor la condición de las hembras que la de los varones (D. 1,5,9: *In multis iuris nostris articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum*) estaban ya poniendo de manifiesto que dentro del sistema legislativo romano no se cumplía la idea de que la ley ha de ser igual para todos, que debe cubrir a todas las personas y todas ellas igualmente deben ser tratados por ello de la misma forma, pero también connotaban algo extremadamente interesante como es el reconocimiento interno de un error que se pretendía o se suponía que se debería subsanar».

El legado de parte alicuota y la tutela ejercida por la mujer en el derecho romano

de hombres y para hombres, singularmente en el ámbito iuspublicístico. La mujer romana estaba expresamente excluida de la vida pública (pues no podía acceder a las Magistraturas, ni al Senado ni a las Asambleas Populares, careciendo de sufragio tanto activo como pasivo). En el ámbito privado, único donde se le reconoce cierto poder de actuación, su capacidad de obrar, sin embargo, resultaba limitada frente a la del varón.

Comencemos por el principio. De todos es sabido que en Roma, nacido que fuera un ser humano, no por ello se convertía en persona a los ojos del Derecho. Para tener personalidad jurídica reconocida, se exigía que el sujeto ostentase una posición de privilegio o culmen en los tres *status* o categorías en que el Derecho romano organizó a los hombres, a saber: ser hombre libre (*status libertatis*, en contraposición al esclavo); ser ciudadano romano (*status civitatis*, en contraposición al resto de los habitantes del territorio romano); y no estar sometido a potestad ajena (*status familiae* que definía al *sui iuris* por contraposición a los *alieni iuris*). Ocupando la cúspide de los tres *status*, se reconocía al sujeto capacidad jurídica. Distinta era la capacidad de obrar, que presuponía la capacidad jurídica pero que se hacía depender de circunstancias como la edad, el sexo o la salud mental, por ejemplo.

En esta contraposición entre capacidad jurídica y capacidad de obrar debemos brevemente detenernos para fijar la posición de la mujer en el Derecho romano privado. La mujer podía ser libre, ciudadana romana y *sui iuris*, es decir, no sujeta a la potestad del *pater familias* ni a la del esposo *cum manu*; pero aún en este supuesto, su capacidad de obrar resultaba limitada, pues quedaba sujeta a tutela perpetua (concebida ésta originariamente como un poder y más tarde como un oficio en beneficio del tutelado), dado que se consideraba a la mujer un ser débil, inexperto, carente de criterio sólido y necesitado de protección³. En el Derecho romano antiguo y en el clásico, esta concepción presidida por la idea del sexo femenino como garante de la reproducción, la organización doméstica y el mantenimiento de las costumbres, desató la puesta en marcha de ciertos mecanismos de protección de la mujer, que la propia evolución social y familiar se encargó, primero de dulcificar

³ Por ello se ha dicho que, en el Derecho Romano Privado, «sólo los varones *sui iuris* tienen plena personalidad jurídica» razón por la cual «el Derecho Privado Romano es, durante su época verdaderamente romana, el Derecho de los *patres familias*». J. ARIAS RAMOS-J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano I* (Madrid 1979) p. 79.

Manuel Antonio Seda Hermostín

y finalmente de desactivar, dada la manifiesta injusticia que ello representaba en la lógica de una civilización cada vez más evolucionada y más «humanizada»⁴.

No es este el lugar para examinar todas y cada una de las limitaciones que el Derecho romano privado imponía a la mujer. Tan solo nos interesa destacar dos de ellas, a fin de desembocar en la sustancia de esta ponencia: de una parte, la limitación impuesta en cierta época a la mujer para ser heredera; de otra, la prohibición de ser representante legal de sus propios hijos. La primera de las limitaciones se dulcifica, entre otros subterfugios, a través del legado de parte alícuota; la segunda, mediante la tutela ejercida por la mujer como tutora de su propia descendencia.

2. EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA

Prescindiendo de la sucesión intestada, de la que el Derecho Romano huía denodadamente, pues la costumbre exigía al *pater familias* otorgar testamento desde el momento mismo de alcanzar la pubertad, debemos centrarnos en la sucesión testada. Ya desde la Ley de las XII Tablas (450 a.C.), las hijas accedían a los beneficios económicos de la sucesión testada o intestada del padre igual que los hijos, pues lo mismo que sus hermanos estaban sometidos a su poder⁵.

Pero una cosa es acceder a los beneficios económicos de la sucesión y otra bien distinta recibir la condición de heredero. Para entender esta diferencia, debe resaltarse que el testamento romano, en su origen, tenía un marcado acento público, es decir, trascendía del derecho estrictamente privado, pues tenía por objeto la designación del nuevo *paterfamilias*. Y si por medio del testamento «se nombraban herederos al margen del *pater familias*, éste tendía a convertirse en un título sin

⁴ En la historia del Derecho romano se aprecia un amplio desarrollo legislativo que ha tendido a atenuar las dificultades en el camino de la mujer romana hacia la consecución de mayores cotas de libertad en determinados campos de actuación y que debe ser tenido en cuenta, sobre todo porque se trata de un proceso en el que, normalmente, no han intervenido las mujeres, sino que son los elementos del sexo contrario los que parece han tomado la iniciativa de terminar o cambiar ciertos aspectos legislativos que se traducían en claras injusticias; las normas jurídicas han ido paso a paso permitiendo a las mujeres un más extenso ámbito de libertad, de control de intereses propios, y ello se realiza generalmente de espaldas a las mismas mujeres, aunque después ellas, o mejor una parte de ellas, supiesen usar de estos nuevos caminos, que el proceso legislativo había venido a abrirles, para conseguir una serie de derechos que, hasta entonces, les eran negados y realizar una serie de actos a los que, sin la existencia de esas nuevas normas, no hubieran tenido acceso. A. DEL CASTILLO, cit. p. 163.

⁵ B. GAMBOA URIBARRAN, *Mujer y sucesión hereditaria en Roma. Ponencia para el Congreso «Mujeres y Derecho»: pasado y presente* (2008).

El legado de parte alicuota y la tutela ejercida por la mujer en el derecho romano

fuerza que podía ser rechazado»⁶. La designación del sucesor del causante a título de *heres* constituye el requisito de fondo esencial del testamento, hasta el punto de tenerse por nulo el testamento que no la contenga, o que contenga una designación defectuosa, tanto desde el punto de vista formal como material⁷.

Así, era costumbre arraigada entre las familias romanas que el *pater familias* nombrase heredero en su testamento a un varón, en quien proyectaba la futura condición de nuevo *pater familias*, y dejase beneficios sucesorios al resto de los miembros de la familia agnaticia por medio de legados. Esa costumbre, relajada inicialmente con el nombramiento de varios herederos, tuvo sin embargo un importante freno con la promulgación de la *Lex Voconia de mulierum hereditatibus*, del año 169 a.C., plebiscito del tribuno Quinto Voconio Saxa, cuyo primer capítulo estableció que las mujeres no pudieran heredar por testamento de aquellos ciudadanos romanos censados en la primera clase, esto es, los que tenían un patrimonio superior a los cien mil ases. Completaba la medida anterior el segundo capítulo, al establecer que ni hombres ni mujeres pudieran recibir por legado más de cuanto recibiera el heredero, clara medida de reforzamiento de la institución de heredero y de la imposición de un título (el de sucesor a título de heredero) que iba más allá de lo meramente económico.

Se ha dicho que la *lex Voconia* defendida por Catón el Censor, aunque perjudicase claramente a la mujer, perseguía como objetivo último la defensa de la vieja tradición romana: de un lado, rescatando la tradicional austeridad, lo que exigía acabar con el lujo desenfrenado del que se acusaba infundadamente al sexo femenino; de otro, destacando la trascendencia del título de heredero, más allá de la mera percepción de un beneficio económico por vía sucesoria; y finalmente, recuperando la tradición religiosa oficial, lo que exigía poner freno a la entrada, demasiado bien acogida por las mujeres, de los cultos de tipo oriental, de los cultos de tipo místico⁸.

⁶ A. DEL CASTILLO, cit. p. 162.

⁷ «El rígido formalismo del *ius civile*, exigía que la institución de heredero figurase a la cabeza del testamento y se consignase con palabras solemnes y necesariamente en latín. Según las Instituciones de Gayo, solo era admisibles dos fórmulas: *Titius heres esto* o *Titium heredem esse iubeo*, desechándose otras expresiones aunque tuviesen el mismo sentido y claridad. [...] Todas estas exigencias fueron abolidas, pero tarde. Las dos fórmulas solemnes, a mediados del siglo IV; la del empleo del latín, en tiempos de Teodosio II; y la de comenzar el testamento por la institución de heredero —ya suavizada en Derecho clásico al permitir que precediese a la institución el nombramiento de tutores— en la compilación justiniana».

⁸ A. DEL CASTILLO, cit. p. 162.

Manuel Antonio Seda Hermostin

Pero la medida pronto se antojó discriminatoria y claramente opuesta a la conciencia social del momento, por mucho que pretendiese recuperar las esencias de antaño. Por esta razón, rápidamente se idearon y pusieron en marcha mecanismos para dulcificar o, por decirlo más exactamente, eludir la aplicación de la norma.

El primero y más sencillo consistió en dejar de inscribirse en el censo los obligados a ello, lo que fue cada vez menos perseguido hasta el punto de desaparecer el antiguo censo en época republicana. El segundo mecanismo consistió en potenciar el fideicomiso de herencia. Desde antiguo existió en Roma la práctica consuetudinaria de encomendar a una persona, en quien se tenía confianza (fiduciario) que diese determinado destino a todo o parte de la herencia del causante (fiduciante) o ejecutase cualquier otro encargo (fideicomiso), pero sin que el llamado a beneficiarse de tal encargo (fideicomisario) dispusiese de medio jurídico-coactivo alguno para exigir su cumplimiento.

En la práctica jurídica este mecanismo del fideicomiso de herencia se fue extendiendo, como medio para hacer llegar parte de la herencia a personas que no podían o no debían ser, *ab initio*, destinatarios de tal beneficio. A partir del emperador Augusto, atendido el objeto de este tipo de fideicomisos y dada la máxima *semel heres semper heres* (por la que resultaba imposible transmitir la condición de heredero), se dictaron una serie de medidas (tales como el senadoconsulto Trebeliano⁹ y el senadoconsulto Pegasiano¹⁰) tendentes a reordenar esta práctica nacida inicialmente de la costumbre. Finalmente, en la compilación justiniana el sistema se clarificó aún más, convirtiendo en regla general lo que hasta entonces solo constituían medidas particulares. Resulta claro que no siendo la mujer, por disposición de la *lex Voconia*, persona apta para ser instituida heredera de un causante con fortuna superior a los 100.000 ases, el testador recurrió con frecuencia al mecanismo del fideicomiso de herencia como mecanismo de sustitución y de elusión, de manera que en su testamento nombraba

⁹ El senadoconsulto Trebeliano, dictado en tiempos de Nerón, estableció que tanto la propiedad de las cosas de la herencia como los créditos y obligaciones, pasasen al fideicomisario sin necesidad de que le fueran transmitidas por el fiduciario a través de singulares negocios jurídicos de traspaso y celebrando *stipulaciones* particulares, sino mediante una simple y única (si así se estipulaba) convención de ejecución del encargo. J. ARIAS RAMOS–J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II* cit. p. 822.

¹⁰ El senadoconsulto Pegasiano, dictado bajo mandato del emperador Vespasiano, reguló detalladamente las relaciones entre fiduciario y fideicomisario; y como incentivo para que primero aceptase el encargo, estableció su derecho a retener una cuarta parte de la herencia que había de entregar al segundo, llamado por ello cuarta pegasiana, de larga tradición posterior en el Derecho tardo romano que dominó en la parte oriental de la Península ibérica.

El legado de parte alicuota y la tutela ejercida por la mujer en el derecho romano

heredero a un varón (el fiduciario), a quien encomendaba el encargo (fideicomiso) de entregar todo o parte de su herencia a una mujer (fideicomisaria) bajo *condictio iuris* de que fuese persona cierta y viviese al tiempo del fallecimiento del testador, orillando así la prohibición contenida en la ley de referencia. Ciertamente es que la condición de heredero permanecía en el primer llamado (el fiduciario) y que la llamada en segundo lugar no pasaba de ser legataria (la mujer fideicomisaria). Pero el resultado económico perseguido se conseguía casi a satisfacción.

El tercero de los mecanismos aplicados, consistió en potenciar el legado de parte alicuota, legado parciario o *legatum partitionis*. Se define como aquel en que el testador llama a una persona a recibir un beneficio económico, que no consiste en cosas o derechos ciertos y determinados que se le entregan antes de la partición, sino en recibir una cuota ideal, pero líquida, de su herencia, en concurrencia con el heredero. O dicho de otro modo; el legatario parciario es llamado por el testador a recibir una cuota del activo hereditario líquido o su equivalente, de manera que el legatario llamado no asume titularidad pasiva alguna¹¹.

La razón última de la institución radica en el reconocimiento de que el heredero sucede a título universal en todo el patrimonio del causante transmisible a causa de muerte, con su activo y su pasivo (motivo por el que responde de las deudas del *de cuius*), mientras el legatario parciario no sucede al causante (o si se quiere lo sucede a título particular), de manera que recibe de él una cuota del activo líquido, esto es, del activo una vez satisfechas las deudas, cargas y obligaciones del causante; por ello no responde de las deudas del difunto, aunque le afecten, en la medida en que disminuyen su cuota.

De lo anterior se deduce que la efectividad del legado parciario depende de que «reste activo después de la liquidación de la herencia, porque este legatario solo es adquirente de una parte del activo neto, si lo hay». Razón por la cual (...) se antepone al legado parciario los créditos contra el testador, las legítimas y su respectivo suplemento, en su caso, y los legados que de modo general afecten a la herencia¹².

Distinguiéndose tradicionalmente en Roma entre legados vindicatorios o reales (que dan derecho al legatario a reclamar la propiedad misma de lo legado frente al heredero o frente a terceros) y legados damnatorios u obligacionales (que solo otorgan al legatario un derecho de crédito frente al heredero), se discutió si el *legatum*

¹¹ F. CASTRO LUCINI, *Temas de Derecho Sucesorio* (Madrid 1978) p. 25.

¹² J.J. RIVAS MARTINEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral I* (Madrid 1989) p. 33.

Manuel Antonio Seda Hermosín

partitionis resultaba ser vindicatorio o damnatorio. En principio, habría que estar a la voluntad expresa del testador; pero en la duda, los sabinianos optaron por entender que se legaban cuotas ideales o partes de todos los bienes hereditarios, mientras que los proculeyanos se decantaron por considerar que se legaba su justa estimación o valor. Esta discusión fue zanjada en el Derecho romano-justiniano al concederse al heredero la opción de satisfacer al legatario parciario su legado, bien en partes de las cosas susceptibles de división, bien en su justa estimación (D. 30,26,2 y 3).

En tiempos de la República, la asignación de cuota hereditaria a la mujer mediante el legado parciario constituye un claro mecanismo de elusión de la *lex Voconia*: el testador designa heredero al varón, a quienes atribuye la condición de sucesor a título universal; y nombra legataria de parte alícuota a la mujer (una o varias) destinataria de una cuota hereditaria liquidada. *Mutatis mutandis*, puede repetirse aquí lo dicho anteriormente a propósito del fideicomiso hereditario: la condición de heredero recae formalmente en el varón; pero la mujer recibe una parte alícuota de los bienes de la herencia liquidada, esto es, sin responder de las deudas. Es lo más parecido a ser heredero sin serlo, al tiempo que resultaba ser lo más práctico para recibir un beneficio económico similar al de la herencia, pero sin los inconvenientes de aquella atribución, pues la legataria parciaria ni responde de las deudas, ni tiene obligación de entregar legados, ni es continuadora de «la personalidad jurídica» del causante a efectos procesales (lo que por otra parte estaba vedado con carácter general a la mujer en Roma).

Puede afirmarse sin temor a errar y a modo de conclusión que la *lex Voconia* resultó ser un claro ejemplo de fracaso legislativo. Primero, porque intentó rescatar al final de la República una tradición y costumbre ya claramente superadas por los tiempos. Segundo porque al resultar abiertamente discriminatoria para la mujer fue hábilmente sorteada por los jurisconsultos romanos, mediante fórmulas como el fideicomiso hereditario o el legado parciario, como hemos expuesto anteriormente. Y finalmente, porque las leyes romanas posteriores la fueron vaciando de contenido. Así, la *lex Iulia et Papia Poppaea* de Augusto trajo el *ius liberorum* para la mujer nacida libre que tenía tres o más hijos y para la mujer liberta que tenía cuatro hijos o más. Tal beneficio les permitía quedar liberadas de la tutela perpetua (Gai, 1,145; 194; 3,44; Reg. Ulp. 29, 3; Cass. Dio, 55,2,5 y 56,10,2-3) y recibir herencias o legados sin restricción alguna, o por ser más precisos, sin restricciones distintas de las que se imponían al varón. Y a partir de una constitución de Honorio y Teodosio del año 410 d.C., los beneficios del *ius liberorum* se extiende a todas las mujeres, con independencia de su estado civil, de si eran o no madres y por supuesto del número de hijos nacidos.

El legado de parte alícuota y la tutela ejercida por la mujer en el derecho romano

La configuración del legado parciario como legado damnatorio y alternativo para el heredero ha pasado al Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 427.36 dispone: 1. El legado de parte alícuota tiene el carácter de legado de eficacia obligacional y atribuye al legatario el derecho que le sean adjudicados bienes del activo hereditario líquido por el valor correspondiente a la parte alícuota fijada por el causante, salvo que el heredero opte por pagarlo en dinero, aunque no haya en la herencia. 2. El legatario de parte alícuota no responde como deudor de las obligaciones y las cargas hereditarias. 3. No obstante lo establecido por el apartado 2, si después de percibir el legado apareciesen deudas ignoradas, el legatario debe reintegrar al heredero la diferencia entre el valor fijado originariamente en la parte alícuota y su valor real, dado el importe del activo hereditario. En cambio, si se descubren bienes o derechos nuevos o se llegan a cobrar créditos hereditarios considerados dudosos o eventuales, el heredero debe abonar al legatario la parte correspondiente al valor de estos bienes, derechos o créditos.

En el Código Civil español no se regula el legado de parte alícuota, aunque resulta pacíficamente admitido por la doctrina y la jurisprudencia. Más puede rastrearse su reconocimiento en la legítima del cónyuge viudo (legado de cuota usufructuaria variable según con qué herederos forzosos concurra) regulada en los artículos 834 a 840 C.c. Incluso puede rastrearse, siquiera parcialmente, la solución romano-justiniana de la opción concedida al heredero sobre el modo de satisfacer este legado parciario, cuando en su artículo 839 dispone que: «Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

3. LA TUTELA EJERCIDA POR LA MUJER

En la esfera familiar, la institución de la tutela es manifestación de la limitada capacidad de obrar de la mujer. Así el mecanismo de protección tutelar opera en un doble sentido respecto de la mujer: por un lado, sometiendo a la mujer *sui iuris* a tutela (*tutela mulierum*), considerada perpetua en el Derecho antiguo, porque «la mujer estaba sujeta a ella toda la vida, fuese cual fuese su edad, siempre que no se hallase sometida a la *patria potestas* o a la *manus* del marido»¹³; por otro lado,

¹³ J. ARIAS RAMOS-J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II* (Madrid1979) p. 751.

Manuel Antonio Seda Hermosín

prohibiendo a la mujer ser tutora incluso de sus propios hijos, pues la condición de tutor en el Derecho romano clásico se reservaba al varón *sui iuris* mayor de 25 años.

Con respecto a la primera manifestación, debe señalarse que la tutela a la que se sometía a la mujer (*tutela mulierum*) fue progresivamente debilitándose hasta que terminó por desaparecer, pues a la luz de la civilización resultaba absolutamente insostenible, vista desde una visión protectora, pues «no había por qué suplir una falta de capacidad de la que la mujer no adolecía».¹⁴ Con respecto a la segunda manifestación (la mujer tutora), debe advertirse que, dado que a la mujer le estaba vedado el ejercicio de la patria potestad, éstas no podían crear su familia, y, dado que no podían establecer vínculos de parentesco con sus propios hijos (el parentesco se determinaba por la línea del varón) se las consideraba el comienzo y el fin de su familia¹⁵. Dicho de otro modo: al fallecer el *pater familias*, la madre de los hijos impúberes no ejercía sobre ellos la *potestas*, sino que a éstos les era asignado un tutor, cargo que recaía, primero, en el llamado para tal desempeño por el *pater familias* en su testamento (tutor testamentario), en su defecto eran llamados los parientes agnados a quienes correspondía la sucesión intestada (tutor legítimo) y, en defecto de los dos anteriores, el nombramiento recaía en el designado por el pretor (tutor dativo).

Pero ¿cómo encajaba esta estructura rígida con la realidad cotidiana? ¿Cómo podía admitirse, sin revolve, que encontrándose el tutor lejos del clan familiar (lo que con frecuencia acontecía en tiempos de guerra) la madre no tuviera ninguna posibilidad legal de velar por los intereses de sus hijos y representarlos si eran impúberes o completar su capacidad si eran púberes? En el Derecho romano antiguo, la relación materno-filial por consanguinidad quedaba circunscrita al plano moral y social, sin que tuviera reflejo jurídico alguno. Pero las transformaciones económico-sociales, políticas y jurídicas dieron lugar a la decadencia gradual de la familia agnaticia originaria y al consiguiente reconocimiento de la consanguinidad en el campo del Derecho¹⁶. Desde finales de la época preclásica y, sobre todo, a partir de sucesivas innovaciones introducidas por los clásicos, la

¹⁴ La *tutela mulierum* no pudo resistir en el Derecho clásico el cambio operado en la manera de concebir la tutela como deber o carga, más que como *ius* o *potestas*. J. ARIAS RAMOS–J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II* cit. p. 740.

¹⁵ V.E. PÉREZ PÉREZ, *Capacidad de la mujer en Derecho Privado Romano*, en *Clepsidra* 16 (2017) p. 195.

¹⁶ V. SAÍZ LÓPEZ, *La relación materno-filial por consanguinidad y su naturaleza jurídica, del derecho romano a la tradición romanística medieval*, en *RIDROM*. 7 (2011) p. 655.

El legado de parte alicuota y la tutela ejercida por la mujer en el derecho romano

relación materno-filial va tomando cuerpo en el mundo del Derecho: primero en el ámbito negocial, más tarde en el jurisprudencial y finalmente en el legal, bien a través de los rescriptos imperiales, bien a través de leyes generales. Veamos cómo la práctica fue abriendo este camino.

Partimos en Derecho romano antiguo de una premisa general, según la cual, la mujer no puede ser tutora de sus hijos. Pero razones de equidad y practicidad conducen a los jurisconsultos a proponer soluciones que dulcifiquen tal rigor. Así, en época ya imperial, por disposición testamentaria, era frecuente que el testador atribuyese en fideicomiso un conjunto de bienes a su mujer (fiduciaria) para que lo administrara y entregara al hijo (fideicomisario) cuando éste saliese de la tutela, vaciando así de contenido buena parte de la tutela formalmente instituida¹⁷. Del tiempo de Alejandro Severo (222-235 d.C.) se conservan algunos rescriptos imperiales (tres en concreto) que abordan la materia, destacando el que reconoce a la madre —que no ha pasado a nuevas nupcias— como la persona más adecuada para velar por la educación de los hijos, sustrayendo esta función al tutor. Destaca igualmente el rescripto de la Cancillería que excepcionalmente nombra tutora a la madre del impúber, aunque se discute si es fruto fraudulento de una interpolación de los compiladores. En la casuística de Papiniano (el jurisconsulto máximo del emperador Caracalla) se aborda el caso en que el padre testador veta ciertas funciones al tutor y las atribuye a la madre, disponiendo así que la tutela de los hijos sea cogestionada con la madre. De esa forma, admite la cotutela en la práctica con la madre, al tiempo que, «formalmente, se respeta el *officium tutoris*». ¹⁸ Más adelante, la interpretación que del Senadoconsulto Tertuliano hace Ulpiano, induce a pensar que podían ser tutoras la madre y la abuela, como parientes llamados a la sucesión intestada del tutelado, por lo que no solo cabía que la mujer fuera tutora testamentaria sino también legítima. Con todo, Ulpiano recoge la obligación de la madre de pedir tutores a sus hijos, bajo pena

¹⁷ V. SAIZ LÓPEZ, cit. p. 656: «Ejemplo de lo dicho se encuentra en el *Testamentum per aes et libram Antonii Silvani Equitis*, redactado en Alejandría, en el año 142 d.C., que se ha conservado en su totalidad. Entre sus disposiciones *mortis causa*, destacamos el nombramiento de Hierax como procurador de los bienes del causante adquiridos durante el servicio militar, con el fin de que los reúna y los entregue a Antonia Thermuta, madre del heredero instituido, y con el encargo de que ésta los conserve hasta que dicho heredero haya salido de la tutela y pueda recibirlos entonces de su madre. [...]. De este modo, la madre pasa a tener la obligación de conservar y restituir los bienes y, al mismo tiempo, las correspondientes facultades de ejercer la administración, en detrimento del tutor».

¹⁸ V. SAIZ LÓPEZ, cit. p. 660.

Manuel Antonio Seda Hermostn

de quedar excluida como heredera abintestato, como se refleja en D. 38,17,2. Aunque en alguna ocasión excepcional el emperador podía permitirla, el reconocimiento de la mujer como tutora no es *ulpiano*.

En Oriente se conocen papiros donde se reconoce la función como tutora de la madre; y como se ha dicho antes, en algunos *rescriptos* de los Severos. En el Derecho romano postclásico, disposiciones de Constantino (año 326 d.C.), Constancio (año 354 d.C.) y Teodosio I (390 d.C.) reflejan que la mujer ejerce ya claramente como tutora de sus hijos, sea testamentaria, legítima o *dativa*, pues se la priva de la función tutelar cuando contrae nuevas nupcias.

Finalmente, en el Derecho romano justiniano, la Novela 118 del año 543 d.C.) reconoce definitivamente y sin limitación a la mujer como posible tutora, no solo de sus hijos y nietos, sino de sus parientes *impúberes* más próximos, a cuya sucesión intestada sería llamada. Ello siempre que la madre o la abuela tutoras no contraigan nuevas nupcias. O dicho de otro modo: «una misma disposición normativa (sistema unitario familiar-sucesorio), siguiendo el criterio subjetivo de “delación unificada”, hace coincidir, en cada uno de los llamamientos legales, la condición personal de sucesor intestado y la de encargado de la tutela, en previsión de casos de minoría de edad»¹⁹.

4. CONCLUSIONES

Las mujeres, en su lucha por la libertad y la igualdad efectivas, han denunciado y puesto en evidencia desde tiempo inmemorial, la masculinidad del modelo de vida dominante en la sociedad, pugnando desde antiguo por hacerse visibles y dar entrada a otra visión del mundo exterior, sus problemas y sus soluciones. Con todo, la historia del Derecho Romano recoge un amplio desarrollo legislativo tendente a atenuar la diferencia de trato entre el hombre y la mujer romanos. Este proceso de reconocimiento y mejora de la posición jurídica de la mujer, en Roma, no es sin embargo fruto directo de la acción de las mujeres, siendo los elementos del sexo masculino los que toman la iniciativa para terminar o cambiar ciertas normas que se traducían en claras injusticias.

Para lo anterior, se sirvieron los romanos de mecanismos encaminados a eludir el rigor de la norma general, permitiendo implementar soluciones más justas y equitativas para la mujer, y todo ello desde tres ámbitos: la práctica *negocial*, a

¹⁹ V. SAIZ LÓPEZ, cit. p. 671.

El legado de parte alícuota y la tutela ejercida por la mujer en el derecho romano

través de los *responsa* o dictámenes de los juristas; las resoluciones de los pretores; y finalmente los rescriptos de la Cancillería Imperial.

Entre los numerosos mecanismos de elusión de la rígida norma general, en pos de una mayor justicia para la mujer, destacamos los estudiados en esta ponencia: el legado parciario, orientado a evitar la limitación de que la mujer fuese heredera, y la tutela ejercida por la mujer sobre su descendencia, como mecanismo de atribución a la madre y a la abuela, fundamentalmente, de funciones representativas de su prole que, *ab initio*, les estaban vedadas.

Y todo lo anterior, no tiene más explicación que el anhelo de justicia general y el sentimiento humano particular en virtud del cual los romanos sentían por sus hijas, esposas y madres, que es el mismo amor que los hombres contemporáneos pueden sentir por las suyas. Y es que, en algo más de dos mil años, el corazón del hombre no ha cambiado tanto.

