



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2024

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 05/03/2024	Fecha de aceptación: 03/04/2024
Palabras clave: <i>Ius adcrendi in partem, herencia testamentaria, sui heredes, igualdad, preterición</i>	Keywords: <i>Ius adcrendi in partem, testamentary inheritance, sui heredes, equality, preterition.</i>



ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL *IUS* *ADCRENDI IN PARTEM*

BACKGROUND TO THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN *IUS* *ADCRENDI IN PARTEM*

Belén Fernández Vizcaíno

Ayudante doctora

Universidad de Alicante

ORCID <https://orcid.org/0009-0002-5794-3491>

(FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, Belén. Antecedentes del principio de igualdad en el *ius adcrendi in partem*. RIDROM [on line]. 32-2024.ISSN 1989-1970. pp.57-104. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

En caso de omisión testamentaria de un *sui heredes* por el *paterfamilias* el *ius civile* declaraba la nulidad del testamento si el omitido era un varón, lo que no ocurría si era una hija, que recibía una parte de la herencia paterna, con diferente medida según los instituidos mediante el denominado *ius adcrendi in partem*. Con la evolución del Derecho, el pretor favoreció el derecho de las hijas a la herencia de su padre concediéndoles la *bonorum possessio contra tabulas*, que podía ser más ventajoso patrimonial y procesalmente. Más tarde, la legislación de Justiniano dispuso que la mujer debía ser estimada al igual que el hombre, ordenando que la preterición de una hija tuviese el mismo efecto que la omisión de un *filius suus*. Esta evolución muestra una adaptación del derecho a la sociedad desde el espíritu de igualdad de trato de los hijos, sin distinción de sexo, lo que podemos considerar un antecedente del principio de igualdad de género.

Abstract:

In the event of the omission of a *sui heredes* testamentary by the *paterfamilias*, the *ius civile* declared the nullity of the will if the omitted was a male, which was not the case if it was a daughter, who received a part of the paternal inheritance, with different measures according to those instituted by the so-called *ius adcrendi in partem*. With the evolution of the law, the praetor favored the right of daughters to their father's inheritance by granting them the *bonorum possessio contra tabulas*, which could be more advantageous patrimonially and procedurally. Later, Justinian's legislation provided that women were to be esteemed in the same way as men, ordaining that the preterition of a daughter should have the same effect as the omission of a *filius suus*. This evolution shows an adaptation of the law to society in the spirit of equal treatment of children, without distinction of sex, which can be considered a precedent of the principle of gender equality.

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Respuestas del Derecho romano al supuesto de preterición de hijas en relación con el principio de igualdad de género 3. Bibliografía

1.- Antecedentes

La familia romana, núcleo del Derecho y de la sociedad, estaba constituida por un conjunto de personas que se encontraban sometidas *natura aut iure* a una misma potestad, la del *paterfamilias*, único sujeto con plenos derechos.

Entre esas personas se encontraban las mujeres, sometidas en el antiguo derecho al *paterfamilias*, siendo esta sujeción el vínculo que determinaba su integración en la familia, lo que determinó su nula participación en la vida pública, en sus aspectos políticos y jurídicos, sin poder tener sucesores ni a nadie bajo su potestad.

Con la evolución del derecho, la condición de las féminas se vio mejorada con el estatus de *sui iuris*, si bien continuaban sometidas a un poder ajeno con el instituto de la *tutela mulierum*, que con el paso del tiempo será eliminada en algunos supuestos según las normas del *ius liberorum* permitiendo a las mujeres entrar en la

sucesión, tanto en la *testamenti factio* pasiva como en la activa, sin significar en ningún caso la libre capacidad de la mujer¹.

En este trabajo se pretende exponer la evolución, ciertamente prolongada en el tiempo, relativa a la igualdad de sexos y no discriminación entre los hijos legítimos en la sucesión testamentaria, toda vez que en Roma era el *paterfamilias* el titular de todos los derechos familiares hasta su fallecimiento, gozando de una amplia libertad para testar, tomando la mujer un papel pasivo, en un escenario desigual, pues por razón de sexo era privada de derechos que sí disfrutaban los varones².

¹ No obstante, a pesar de las limitaciones de la mujer romana su situación era mejor a la existente en otras comunidades coetáneas, las matronas romanas contaban con alta estima social y un posición privilegiada debido a su función madre y educadoras de ciudadanos romanos, VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, pp. 133 y ss.; PEREIRA PORTO, C., «La representación del concepto de mujer en Roma», *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 5, 1995, pp. 292 y ss.; POMEROY, S., *Diosas, rameras, esposas y esclavas*, Madrid, 1999, p. 173; HERRERA BRAVO, R.; SALAZAR REVUELTA, A.; SALAZAR REVUELTA, M., «La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica», *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, 2011, pp. 186 y ss.; FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., «El *ius adcrendi* en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano», *RIDROM*, 2011, pp. 455 y ss.; GONZÁLEZ ARES FERNÁNDEZ, J.A., *Mujer, Política e Igualdad. De las Palabras a los Hechos*, Valencia, 2017, p. 61; PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en derecho privado romano», *Revista Clepsidra*, 16, 2017, pp. 191-217; LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, 2017, pp. 27 y ss.; SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de la “liberación de género”», *RIDROM*, abril, 2023, pp. 388 y ss.

² GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM*, abril, 2022, pp. 62 y ss.

A este respecto, el derecho romano reconocía la situación de inferioridad de la mujer respecto al hombre de forma directa en distintos textos, entre los que destacan D. 1, 5, 9.- *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*, y 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*, que servían como fundamento de la supuesta debilidad tanto física como mental de la mujer, y que llevan a afirmar términos como *levitas* o *fragilitas animi*, la *imbecilitas mentis* o la *infirmetas consilii*, como se puede observar en el pasaje de Ulpiano recogido en D. 16, 1, 2, 2, también en una constitución de Justino I sobre las actrices promulgada entre el 520 y el 523 en C. 5, 4, 23 pr., así como en C. 5, 17, 10.

Asimismo, se pueden encontrar referencias al término *imbecilitas* en fuentes literarias como en las *Controversiae* 1, 6 y 2, 7, y en los *Dialogos* 12, 19, 5, de Séneca, también en los «Dichos y hechos memorables» de Valerio Máximo, o en el «Tusculano» de Cicerón 3, 16, 34.

Además, cabe destacar el uso de los términos *infirmetas* y *calliditas* según el senadoconsulto Veleyano en D. 16, 1, 2, 3, en el que se declaraba que las mujeres no tenían capacidad para ser fiadoras de terceros en cuestiones financieras, de manera que no podían obligarse de ningún modo, si bien esta idea ya estaba en el derecho anteriormente mediante edictos de Augusto y Claudio en

los que se las prohibía ser fiadoras de su marido, con el fin, en principio, de proteger su dote³.

Estas afirmaciones de debilidad y fragilidad de la condición femenina tenían reflejo en el derecho, declarando a la mujer incapaz, lo que reducía sus movimientos a la *domus* y su papel a cuidadora del hogar y sus miembros⁴.

Partiendo de esta posición desfavorable, la capacidad jurídica de las mujeres en Roma evolucionó en paralelo a la sociedad romana, así, desde el s. II. a.C., pasan de un sometimiento total al padre, al marido, o al tutor, a tener cada vez más un mayor estatus de libertad personal y una menor desigualdad jurídica, tanto en lo privado como en lo público, favorecidas por las sucesivas guerras y

³ BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, 15, 2, 2018, pp. 139 y ss.; PAVÓN, P., «*Infirmas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit* (D. 16, 1, 2, 3 Ulp. 29 ad ed.) o la “extrema dualidad” de la condición femenina en el senadoconsulto Velejano», *Conditio Feminae. Imágenes de la realidad femenina en el mundo romano*, Roma, 2021, pp. 127 y ss.; SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de la “liberación de género”», *RIDROM, op.cit.*, pp. 390 y ss.; GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM, op.cit.*, pp. 63 y ss.

⁴ ESPÍN CÁNOVAS, D., «Capacidad jurídica de la mujer casada», *Revista Gráficas Europa*, Salamanca, 1969, p. 7; RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, 2012, pp. 897-903; SALAZAR REVUELTA, M., «Estatus jurídico y social de la *materfamilias* en el marco de la ciudadanía romana», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013, pp. 200 y ss.; BRAVO BOCH, M.J., *No tan lejano, una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, Valencia, 2018, p. 15.

la mortalidad masculina, que les permitió asumir la administración y gestión del patrimonio familiar ante la ausencia de un varón, que en algunas ocasiones constaba de grandes sumas de dinero.

A este desarrollo también contribuyeron otros aspectos como fue la influencia geográfica, ya que los núcleos urbanos ofrecían mayores oportunidades a la mujeres en el mundo laboral, a lo que debe añadirse las distintas condiciones de las clases sociales, ya que las mujeres de clase alta realizaban grandes operaciones económicas, siendo medianas o grandes propietarias que dirigían explotaciones de tierras, minas o fábricas, y las libertas formaban la gran masa de mujeres trabajadoras, aplicando a su vida el oficio aprendido como esclavas, lo que con el paso del tiempo alcanzó la aceptación, aun con limitaciones, de la sociedad y la moral de un papel de la mujer como sujeto del mercado laboral, con el consiguiente aumento de cotas de poder e independencia frente a los hombres⁵.

⁵ A este respecto, a finales de la República son conocidas manifestaciones de mujeres a pesar de su incapacidad para participar en la vida pública, ya que la vida política y el gobierno familiar estaba en poder de los hombres, que limitaban la función femenina, como podemos observar en D. 50, 17, 2 pr.; D. 3, 1, 1, 5; D. 5, 1, 12, 2, y en las opiniones contrarias expuestas por la sociedad masculina representada por Catón al respecto de una temida y posible igualdad entre hombres y mujeres., así, sostiene «*Extemplo simul pares esse coeperunt, superiores erunt*», recogido en *Livio, Ab urbe condita*, XXXIV, 3. PEREIRA PORTO, C., «La representación del concepto de mujer en Roma», *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 5, *op.cit.*, p. 292; RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma», *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, op.cit.*, p. 899; RODRÍGUEZ, R., «La mujer en el mundo laboral de la Roma antigua», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013, pp. 242 y ss.; ORTUÑO, M^a E., «Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la *Lex Voconia*», *Mulier: algunas historias e*

Este proceso favorable a las mujeres tuvo su réplica legislativa en un intento de controlar actitudes o conductas femeninas poniendo cortapisas a esta evolución en la *lex Oppia*, del 215 a.C., abrogada en el 195 a. C. por la *lex Valeria Fundania*, o la *lex Vocconia de mulierum hereditatis* del 169 a.C. establecida con el objetivo de limitar la capacidad sucesoria de la mujer, para frenar la autonomía que habían conseguido, manteniendo de esta forma las tradicionales costumbres romanas.

Más adelante, con la llegada al poder de Augusto y el inicio del Principado se promulgaron distintas normas, *Leges Iulia de maritandis ordinibus*, 18 a.C.; *Lex Iulia sumptuaria*, plebiscito del 18 a.C.; *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, 17-16 a.C.; *Lex Papia Poppaea*, 9 d.C.⁶, que también trataron de frenar el proceso de emancipación de la mujer, volviendo a una situación jurídica restrictiva para esta, pues con dicha legislación se pretendía recuperar la imagen de matrona romana, dedicada a la *domus* y a la familia. Este proceso legislativo contrario a una posible igualdad de género en algunos aspectos jurídicos pone de manifiesto que su necesidad surgía de

instituciones de Derecho Romano, 2013, pp. 452 y ss.; GONZÁLEZ ARES FERNÁNDEZ, J.A., *Mujer, Política e Igualdad. De las Palabras a los Hechos*, *op.cit.*, p. 62; LÓPEZ GÜETO, A., «Mujer, poder y derecho en Roma», *Revista jurídica Piélagus*, 17, 2018, pp. 12-13; GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM*, *op.cit.*, pp. 64 y ss.

⁶ Respecto a las leyes augusteas en materia de moral sexual y al fracaso en sus objetivos, CANTARELLA, E., *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia* (Traducción de MM. Núñez), Madrid, 1997, pp. 197 y ss.

una realidad, de mujeres que vulneraban su papel tradicional, realizando conductas que salían de lo aceptado por la moral de la época, pues en la sociedad romana existían casos conocidos de mujeres que gestionaban su amplio patrimonio desarrollando una actividad comercial⁷.

Otro medio de control de las féminas, a tomar en consideración, con fundamento en la idea de mujer como sexo débil, ligera de juicio e ignorante de las cosas del foro es la *tutela mulieris*⁸ que existía desde el derecho antiguo, cuya función era someter a la mujer *sui iuris* a tutela perpetua solo por razón de su sexo, esto es, mientras era impúber tenía la *tutela impuberum*, pero cumplidos los doce años continuaba bajo tutela, ahora por razón de su condición femenina, limitando su capacidad de obrar, bajo control y autoridad de un tutor, todo ello con fundamento en el derecho romano más antiguo, que seguía considerando una *filia familias* a la mujer a la muerte del *pater*, quedando sometida a la potestad de los herederos entendida como prolongación de la patria potestad del difunto⁹.

En efecto, en las fuentes podemos encontrar textos que consideran la tutela un instrumento del *ius civile* cuya finalidad era proteger a los sujetos, en unos casos por la edad, en otros por el

⁷ PAVÓN, P, «*Infirmas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit* (D. 16, 1, 2, 3 Ulp. 29 ad ed.) o la “extrema dualidad” de la condición femenina en el senadoconsulto Velejano», *op.cit.*, pp. 131 y ss.

⁸ Cicerón, *Pro Murena* 12, 27; Gayo 1, 144, Gayo 1, 145; *Tit. Ulp.* 11, 1; *Tit. Ulp.* 11, 27.

⁹ CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, Madrid, 1991, p. 209.

sexo, pues estos no podían defenderse por sí mismos, negando que fuesen medios de fuerza y potestad creados para el control de las mujeres, como se puede observar en D. 26, 1, 1, pr.¹⁰

A este respecto, cabe destacar que el derecho romano tenía desde su origen en los *mores maiorum* como objetivo regular las relaciones familiares y patrimoniales, siendo precisamente la interrelación de ambas materias la que sustentaba la *tutela mulierum*, más conectada con la economía familiar que con la presunta incapacidad física o mental de la mujer, así, como afirma López Güeto¹¹ si bien para la mayoría de la doctrina es este último su fundamento, la realidad es que su sentido fue en mayor parte económico, ya que en la mayoría de casos el tutor era un familiar y heredero de la mujer, por lo que había una gestión interesada de los bienes y vida de las mujeres.

Con el avance social y la admisión de la mujer como *sui iuris* la *potestas* cambia para ser una tutela testamentaria o legítima, pero no fundamentada en la incapacidad propia de la mujer, más aún cuando se establece el *ius liberorum*¹², que libera a la mujer de tutela

¹⁰ D. 26. 1. 1. pr. (Paulus libro 38 ad edictum): *Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

¹¹ LÓPEZ GÜETO, A., «Mujer, poder y derecho en Roma», *Revista jurídica Piélagus*, 17, op.cit., p. 15.

¹² CAMPOS VARGAS, H., «La mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación de género a las “Instituciones” de Gayo», *Revista de Ciencias Jurídica*, 107, 2005, pp. 151 y ss.; LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, op.cit., pp. 20 y ss.; FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., «El *ius adcrendi* en los

según su capacidad reproductiva, pero en buena lógica tener un número de hijos determinado no podía conllevar un mayor juicio, y por ende, no tenerlos ser una incapacidad intrínseca por ser mujer¹³.

Esta afirmación vendría corroborada por el hecho de que la cualidad de las mujeres, como personas de carácter leve e inconstante, merecedoras de la incapacidad legal, no pudo ser entendido por la sociedad romana como algo propio de su sexo, a mayor abundamiento, cuando desde antiguo se establecía la excepción en la tutela de las vírgenes vestales, a las que se permitía la gestión de sus propios bienes, al ser consideradas dignas de ello¹⁴, sino que tenía unas connotaciones de tipo de económico, como

senadoconsultos Tertuliano y Orficiano», *RIDROM*, *op.cit.*, p. 455 y ss.; BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», en *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Facultade 7 de Setembro*, *op.cit.*, pp. 144 y ss.; LÓPEZ GÜETO, A., «Mujer, poder y derecho en Roma», *Revista jurídica Piélagus*, 17, *op.cit.*, p. 19; TELLO, J.C., «La concesión discrecional por *princeps* del *ius trium liberorum* y su reflejo en Marcial», en *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021, pp. 579 y ss. *Leges Iulia de maritandis ordinibus*, 18 a.C.; *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, 17-16 a.C.; *Lex Papia Poppaea*, 9 d.C.

¹³ RESINA SOLA, P., «La condición jurídica de la mujer en Roma», *La Mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990, pp. 105 y ss.; PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en Derecho privado romano», *Revista Clepsydra*, *op.cit.*, pp. 13 y ss.; SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de la “liberación de género”», *RIDROM*, *op.cit.*, pp. 429 y ss.

¹⁴ GIANNELLI, G., *Il sacerdozio delle Vestali romane*, Florencia, 1913; BEARD, M., «The Sexual Status of Vestal Virgins», *JRS*, 70, 1980, pp.12 y ss.; SCARDIGLI, B., «Vestali integrate nella società romana», *Studi storica. Historia Antigua*, 21, 2003, pp. 97-104; PARKER, H. N., «Why Were the Vestals Virgins? Or the Chastity of Women and the Safety of the Roman State», *The American Journal of Philology*, 125, 4, 2004, p. 568; BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», en *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Facultade 7 de Setembro*, *op.cit.*, p. 144 (nota 17).

hemos afirmado, además de ser entendido como un medio de control de las mujeres en una sociedad patriarcal que no las consideraba aptas para el mundo militar, fundamental en Roma, y por ende, preparadas para la vida pública, lo que comenzaba en la infancia al recibir una educación diferente de los varones, todo ello a pesar de que en las mujeres de la elite sí se pueden encontrar casos de mujeres cultas y preparadas para cualquier oficio.

Sobre esta cuestión, en derecho romano clásico Gayo expone en sus Instituciones la pertinencia de la tutela de los impúberes, pero plantea dudas sobre las razones que sustentaban la tutela sobre las mujeres, pues en su opinión estas eran más aparentes que verdaderas, ya que pudo observar que en su época las mujeres de plena edad cumplían los negocios por sí mismas, con casos en los que el tutor imponía su autoridad por puro formalismo, incluso no siendo extraño que el Pretor fuese quien autorizara los actos en contra de la voluntad del tutor, como se observa en Gayo 1, 190¹⁵, en este texto reconoce que las mujeres en su época ya comercian y realizan cualquier acto jurídico como los hombres.

Esta afirmación, que podría dar a entender que en época clásica se comenzaba a cambiar la percepción de la naturaleza femenina y su papel en la sociedad, no era una idea compartida por

¹⁵ Gayo 1, 190.- *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invito auctor fieri a praetore cogitur.*

la mayoría de los juristas de ese momento, ni siquiera por el propio Gayo en el resto de su obra, pues en esta distingue constantemente la capacidad del varón y de la mujer¹⁶, si bien nos sirve para entrever un cierto progreso social, y en ocasiones normativo, más favorable a la mujer, hasta que Constantino abolió la tutela el año 321, reconociendo a las mujeres *sui iuris* iguales derechos que a los hombres alcanzada la mayoría de edad, aun cuando en tiempos de Diocleciano ya no se hacía referencia en las fuentes a la tutela de las mujeres¹⁷.

Esta relación de desigualdad entre los géneros sirve de fundamento a este trabajo, ya que la idea de menor capacidad de la mujer tuvo su reflejo en todos los ámbitos de la vida romana, lo que nos lleva a presentar un supuesto concreto de medidas correctoras de una situación discriminatoria del derecho sucesorio respecto a la mujer en la sucesión necesaria de los hijos e hijas, en el que interviene una de las instituciones más complejas de la herencia como es el *ius adcrescendi*.

¹⁶ FRIEDLANDER, L., *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México, 1947, p. 301; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Madrid, 2010, p. 383; PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en Derecho privado romano», *Revista Clepsydra*, *op.cit.*, p. 13; BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antigua Roma y en la España actual», en *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, *op.cit.*, pp. 148 y ss.; GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM*, *op.cit.*, p. 66.

¹⁷ C. 2, 44, 2, 1.

Como premisa haremos referencia al principio de libertad de testar que en origen disponía el *paterfamilias*, pero que a causa de la evolución de la sociedad romana y del concepto de familia fue limitado con el fin de proteger a los miembros de esta más cercanos al testador.

Así, el *ius civile* regulaba una sucesión legítima formal según el principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*¹⁸, que obligaba al testador a instituir, o desheredar, en testamento a sus hijos o descendientes de forma solemne, si bien, se diferenciaba en la práctica si el desheredado era un hijo varón *in potestate* del testador, incluso los póstumos¹⁹, que debían ser instituidos o desheredado nominativamente, mientras que en el caso de hijas o nietos se podían tanto instituir como desheredar de manera conjunta.

Sin embargo, en ocasiones no había desheredación de ningún tipo, sino una omisión por parte del testador de algunos sujetos que debían estar contemplados en el testamento.

Es precisamente este caso el objeto de nuestro estudio, una situación jurídica en la que se establece una discriminación por razón de género cuando los omitidos por el padre eran hijos *in*

¹⁸ LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fundamento de la regla sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius civile*, Oviedo, 1991. Tit.Ulp. 22,14.

¹⁹ D. 28, 3, 3, 5.

potestate, declarando el *ius civile* el testamento nulo *ab initio*, pasando a la apertura de la sucesión intestada.

En cambio, en el supuesto de preterición²⁰ de una hija o hijas en un testamento en el que sí se habían instituidos otros *sui heredes*, e incluso un extraño, el documento era válido, pero el derecho corregía tal olvido asignándoles una cuota de la herencia, de mayor o menor cuantía, concurriendo con los instituidos de cualquier clase, derecho que se extendía a otros *sui*, como nietos o posteriores descendientes en la misma situación, como afirma Gayo en 2, 124, 125 y 126, con el *ius adcrescendi in partem*, institución que muestra la clara diferencia que hacía el derecho en relación a los hijos del testador en función del sexo.

2.- Respuestas del Derecho romano al supuesto de preterición de hijas en relación con el principio de igualdad.

El *ius adcrescendi* es un instituto general del derecho romano objeto de multitud de estudios en todos sus campos de aplicación, pero sin duda, el ámbito que ha suscitado más cantidad de teorías en la doctrina romanística es el acrecimiento en el derecho hereditario²¹.

²⁰ LINARES NOCI, R., «La preterición: su origen y evolución en derecho romano», *Derecho y opinión*, 1992, p. 144; GAGO SIMARRO, C., «La preterición de los descendientes», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021, pp. 2503 y ss.

²¹ ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette, III*, Bologna, 1879, pp. 210 ss.;

En esta sede se verificaba desde el derecho antiguo el *ius adcrendi*, tanto en la herencia intestada como en la testamentaria, con las cuatro características universales que lo conformaban, reflejadas en la máxima «*etiam ignorantibus et invito coherede, ipso iure, portio portioni adcrendit non personae, pro portionibus hereditariis*»²².

Como se puede observar de estos principios generales, el acrecimiento en la herencia desde sus inicios seguía los principios normativos de la herencia; así, la adquisición de la cuota vacante tenía lugar sin conocimiento e incluso contra la voluntad del coheredero, ya que era un fenómeno necesario, de manera que si el heredero que había adquirido la primera cuota fallecía, su propio heredero era beneficiado con el acrecimiento de una nueva cuota hereditaria que quedaba vacante, ya que el acrecimiento hacía referencia a la primera adquisición, por lo que no nacía un derecho nuevo para adquirir aquella, sin poder renunciar a la nueva cuota,

DERNBURG, A., *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), Torino, 1905, p. 333; GLÜCK, F., *Comentario alle Pandette*, XXIX, Milano, 1907, pp. 584 y ss.; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, III, Torino, 1930, pp. 323 y ss.; PUGLIESE, G., voz: «accrescimento», en *Enciclopedia del diritto*, volumen I, Milano, 1958, p. 314; VACCARO DELOGU, R., *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano, 1941, pp. 7 y ss.; ALBANESE, B., «La successione ereditaria in diritto romano antico», *Annali Palermo*, XX, 1949, pp. 315 ss.; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, p. 413.

²² PUGLIESE, G., voz: «accrescimento», en *Enciclopedia del diritto*, volumen I, *op. cit.*, p. 314; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, pp. 556 y ss.; ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, pp. 195 y ss.; ROBBE, U., voz: «accrescimento», *NNDI*, volumen I, Torino, 1957-80, p. 157; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, VI «Le successioni», Milano, 1930 (reimpresión 1974), pp. 323 y ss.; LENEL, O., *Palingenesia iuris civili*, volumen *alterum*, 1960, pp. 60-708-710; LENEL, O., *Palingenesia iuris civili*, volumen *prius*, 1960, pp. 148-150-249-479-481-1252. D. 29, 2, 53; D. 29, 2, 31; D. 37, 11, 2; D. 28, 5, 60 (59), 6; D. 35, 1, 26; D. 28, 5, 60 (59),3; D. 28, 5, 67 (66).

pues esta nueva adquisición estaba relacionada con la cuota principal, cuyo valor se tomaba como referente para el reparto de la cuota vacante.

Tomando como premisa estas cuatro características del acrecimiento así como los presupuestos básicos necesarios para la presencia del *ius adcrescendi* en el derecho sucesorio romano, esto es, una llamada solidaria a la herencia y la existencia, por cualquier causa, de una cuota vacante, encontramos en las fuentes un supuesto de derecho de acrecer en la herencia testamentaria cuya solución pasaba por una mala utilización del término *ius adcrescendi* debido a una confusión terminológica, en un caso en el que se trataba de adaptar el Derecho antiguo a la evolución de la sociedad romana, y del correlativo cambio en la familia, piedra angular del derecho romano.

Es este el asunto recogido en las Instituciones de Gayo 2, 124, 125 y 126, en los que se refiere un supuesto singular en la herencia testamentaria romana; así, en Gayo 2, 124 se afirma que si el testador había preterido hijas, o nietos *ex filio*, ya fuesen varones o mujeres²³, el testamento era válido²⁴, si bien, por la cuota que más tarde se

²³ Gayo 2, 128; Gayo *Ep.* 2, 3, 1; *Til.Ulp.* 22, 20; *Nov. Maior* 6, 3; *Lex Romana Burgundionum*, XLV

²⁴ Con relación a la validez del testamento cuando se habían preterido a *ceteri sui* por el testador, podemos afirmar que también se concedía a estos sujetos la posibilidad de invalidar la disposición sucesoria mediante la interposición de la *querela inofficiosi testamenti*, que surgió hacia el siglo I a.C. en el Tribunal de los *Centumviri* como una acción recisoria del testamento ante la omisión injusta de parientes cercanos del testador, PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Barcelona, 2001, pp. 243 y ss.

llamará legitimaria estas personas omitidas válidamente por el antiguo derecho eran admitidas parcialmente a la herencia junto a los herederos instituidos, en una parte igual a la de los otros si eran herederos de derecho propio²⁵, y en la mitad si eran extraños²⁶ utilizando para ello el término *in partem adcrescunt*:

Gayo 2, 124. *Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum: sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint, in uirilem, si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres. quae de filia diximus, eadem et de*

²⁵ Respecto a la cuota asignada en el supuesto de institución en el testamento de *sui* y de exclusión de varios sujetos, hijas o nietos, con derecho a la herencia KARLOWA, O., en *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht, II*, Leipzig, 1901, p. 890, sostiene que los preteridos que acrecían recibían en conjunto una única porción viril.

²⁶ GLÜCK, F., *Comentario alle Pandette, XXXVI*, Milano, 1907, pp. 338 y ss.; CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 707; ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, *op.cit.*, pp. 191-192; ROBBE, U., voz: «accrescimento», *NNDI*, volumen I, *op.cit.*, p. 159; DI LELLA, L., *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della sucessione testamentaria*, Napoli, 1972, pp. 104 y ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, pp. 766-767; IMPALLOMENI, G., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 323; PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, pp. 255 y ss. *Tit.Ulp. 22, 17; Pauli Sent. 3, 4b, 8.*

*nepote deque omnibus ceteris liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus.*²⁷

Sobre este fragmento y la situación que plantea, el hecho de utilizar la misma identidad terminológica no significa que este *ius adcrendi in partem* de hijas y nietos, como afirma la doctrina²⁸ se corresponda con el general aplicable en el derecho sucesorio romano, que se verificaba con absoluta autonomía jurídica tanto del resto de institutos hereditarios con los que interrelacionaba, como de la situación práctica que le hacía desplegar su eficacia, contando con una naturaleza y estructura propia para dar respuesta a una función y finalidad definidas con precisión por el *ius civile* desde la etapa más antigua del derecho romano, centrada en el aumento de las cuotas, por cualquier causa, de los herederos por la aparición de una cuota vacante en el concurso de coherederos²⁹, lo que difiere hasta

²⁷ Respecto a una posible interpolación de este fragmento KNIEP, F., *Gayo institutionum commentarius secundus*, Jena, 1914-1917, p. 15 (nota 3); SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano I, op.cit.*, p. 228 (nota 1).

²⁸ SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano I, op.cit.*, pp. 227 y ss.; ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico, op.cit.*, pp. 191-192; U. ROBBE, voz: «accrescimento», *NNDI*, volumen I, *op.cit.*, p. 159; PUGLIESE, G., voz: «accrescimento», en *Enciclopedia del diritto*, volumen I, *op.cit.*, p. 313; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano, II, op.cit.*, p. 558 (nota 1); ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 841.

²⁹ El derecho de acrecer como institución general del derecho hereditario concierne únicamente a dos supuestos bien definidos, por un lado, el citado supuesto de una cuota de la herencia vacante que aumentaba a la porción de los otros coherederos, y por otro, cuando una cosa o derecho legado *per vindicationem* o *per praeceptionem* a varias personas no era adquirido por una de ellas y la misma se unía a la parte de las otras, VACCARO DELOGU, R., *L'accrescimento nel diritto ereditario romano, op.cit.*, pp. 20 y ss.; ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico, op. cit.*, pp. 40 y ss.; ROBBE, U., voz: «accrescimento», *NNDI*, volumen I, *op.cit.*, pp.

en sus singulares detalles del concedido en el supuesto de la preterición de hijas y nietos, de cualquier sexo, por el testador, que presentaba a diferencia del caso anterior un aumento del número de instituidos, siendo una situación original y genuina, por lo que, a pesar de la identidad de términos desde un punto de vista jurídico se hace referencia a dos supuestos diferentes tanto en sus premisas como en sus resultados.

En consecuencia, podemos extraer que existían situaciones en el derecho romano en las que se utilizaba la expresión acrecimiento o derecho de acrecer sin tener el significado esencial de acrecimiento general al que se hacía referencia en materia de herencia y legados, sino casos de uso impropio del término *ius adcrescendi*³⁰, como el referido en este trabajo que también queda recogido en Gayo 2, 126 que afirma la llamada legal a la herencia de la hija y los nietos omitidos en el testamento del *paterfamilias*, que se sumaban a los otros herederos instituidos:

157 y ss.

³⁰ Otros supuestos, además del presentado en este trabajo se encuentran cuando la cuota del copropietario manumitente era devuelta a los otros copropietarios según se observa en *Fr. Dositheanum*, 10, o en el supuesto recogido en D. 29, 2, 59, donde se sostiene la adquisición *iure adcrescendi* de la herencia devuelta al sustituto pupilar, BRETONNE, M., *Servus communis: contributo alla storia de la comproprietà romana in età clásica*, Napoli, 1958, 140 ss.; BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, II «La Proprietà»*, Milano, 1968, pp. 21 y ss.; TORRENT, A., «Notas sobre la relación entre *communio* y copropiedad», *Studi Grosso, II*, Torino, 1968, pp. 111 y ss. *Tit.Ulp.* 1, 18; *Pauli Sent.* 4, 12, 1.

Gayo 2, 126. *Et hoc iure utebatur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suas non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrendi consequerentur. quod in emancipatarum quoque personis obseruandum est, ut nimirum hae quoque, quod adcrendi iure habiturae essent, si in potestate fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant.*

Este fragmento de las fuentes se centra en lo que denomina *ius adcrendi*, pero que se identifica con aquél *in partem*, en lo que supone un cambio en la regulación sucesoria con la intención de resolver ciertos supuestos contrarios a los sentimientos que se desarrollaron con el paso del tiempo en la sociedad romana en relación a la preterición por el *paterfamilias* de hijas y nietos, ya que estos sujetos, aun teniendo importantes lazos de sangre con el *de cuius* podían ser omitidos por el mismo en su testamento a causa de su libertad para testar, pero este principio, con la evolución social y jurídica comenzó a verse limitado por obligaciones que podemos incardinar dentro del título de sucesión necesaria que tuvo como efecto el favorecer la sucesión al padre de todos los *sui*, sin distinción de sexo.

La preterición de hijas y nietos, presentada en los textos de Gayo, que a diferencia de aquella de los hijos varones *in potestate* que sí invalidaba el testamento paterno³¹, se solucionaba asignando una parte de la herencia a los perjudicados por el testamento paterno, con diferente medida según los instituidos, y que calificaba como *ius adcrendi in partem* el derecho de las *ceterae liberorum personae, praeteritae* por el *paterfamilias*, fue asimismo reconocida por Justiniano en I. 2, 13, pr.³²

Respecto al origen de esta norma se puede atribuir en opinión de Di Lella³³ al tribunal de los *centumviri*, pues su carácter positivo

³¹ DERNBURG, A., *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 540 y ss.; PACCHIONI, G., *Corso di diritto romano, II*, Torino, 1910, p. 778; PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano, II*, *op.cit.*, pp. 606 y ss.; LA PIRA, G., *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 347; VOICI, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, pp. 576 y ss.; VOICI, P., *Diritto ereditario romano, II*, Milano, 1963, pp. 634 y ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, p. 766; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, pp. 798 y ss.-840 y ss.; LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fundamento de la regla sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius civile*, Oviedo, 1991; SANGUINETTI, A., «Considerazioni sull'origine del principio "sui heredes instituendi sunt vel exheredandi"», *SDHI, LIX*, 1993, pp. 262 y ss.; PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 244 ss.-254 (nota 25). Cicero, *De Oratore*, I, 38, 175; Cicero, *De Oratore*, I, 57, 245; Valerio Máximo 7, 7, 1; *Tit.Ulp.* 22, 16; *Ep. Gayo* 2, 3 pr.; D. 28, 2, 7; D. 28, 3, 1; D. 28, 3, 17; C. 6, 28, 4 pr; C. 6, 28, 4, 1; I. 2, 13, pr.

³² I. 2, 13, pr.-...*sed si non fuerant heredes scripti scriptaevae vel exheredati exheredataevae, testamentum quidem non infirmabatur, ius autem adcrendi eis ad certam portionem praestabatur. sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat et inter ceteros hoc facere.*

³³ DI LELLA, L., *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione testamentaria, op.cit.*, pp. 104 y ss. Asimismo, APPLETON, C., *Le testament romain. La méthode du droit comparé et authenticité des XII tables*, Paris, 1903, pp. 100 y ss.; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano I, op.cit.*, pp. 103-154 y ss.-173 (nota 2)-174 y ss.-222 y ss.; SANFILIPPO, C., *Corso di diritto romano. Evoluzione*

así lo indica, de manera que por medio de una ficción se consideraba a la hija instituida en el testamento del *paterfamilias*, y se le otorgaba una parte del patrimonio hereditario en igualdad con el instituido, incluso en su obligación hacía los legados³⁴, lo que en consecuencia denota un papel prioritario del tribunal en la creación del concepto de sucesión necesaria.

De este modo, sobre esta normativa podemos afirmar que su elaboración y aplicación en el *ius civile* tuvo lugar a finales de la República, pues si bien del estado de las fuentes nos es imposible precisar más esta reforma parece más plausible reconocer la creación de esta regla en dicha época, pues como se demuestra en *Cicero, de finibus* 2, 55 en su tiempo no se conocía, así, a tenor del texto si en dicha época la preterición hubiese dado lugar al derecho de una hija a pedir la mitad del as hereditario con un extraño instituido en el testamento sería inexplicable que Sextilio hubiese podido retener el total de la herencia si la hija hubiera hecho valer su derecho; complementario a este fragmento *Cicero, in Verrem*, II, 1, 105, presenta un caso de anulación de la institución de una hija otorgando la herencia al heredero sustituto siguiendo las directrices de la *lex Voconia*, lo que lleva a Di Lella a afirmar la dificultad de conciliar la *lex Voconia* y el *ius adcrendi in partem*, así como a concluir que la concesión de una cuota viril, o la mitad de la herencia, en caso de preterición debe corresponder a un momento

storica della hereditas, Napoli, 1946, pp. 64 y ss.

³⁴ PEROZZI, S., en *Istituzioni di diritto romano*, II, *op.cit.*, p. 607, afirma en el mismo sentido que los herederos que acrecían se encontraban su cuota gravada con los legados impuesto a los instituidos.

posterior al acontecimiento que recogen los dos fragmentos de Cicerón, y por lo tanto, a la *lex Voconia*, pues en dicha época todavía no habían sido fijadas por los *centumviri* las consecuencias que tenía la omisión de una hija o nieto³⁵, pues si esta norma ya existiera Cicerón sin duda lo habría contemplado en su obra.

En el mismo sentido, Solazzi³⁶ se muestra a favor del origen centunviral, si bien aduce que en el caso del póstumo la regulación fijada por la ley *Iunia Vellaea*, con toda seguridad habría impedido a cualquier tribunal conceder a la preterición del póstumo consecuencias diferentes de las legales, motivo que le lleva a rechazar la teoría del reconocimiento de la sucesión necesaria de la hija y nietos después de la *lex Voconia*.

Mantiene una posición ecléctica Kübler³⁷ al afirmar que no puede establecerse con certeza del estado de las fuentes que el *ius adcrendi in partem* sea anterior o posterior a la *lex Voconia*.

Con relación al origen de la norma, debemos plantear que la aparición del *ius adcrendi in partem* en la esfera jurídica del derecho romano vino a quebrantar el sistema sucesorio general, pues modificaba la llamada a la herencia establecida por el testador.

³⁵ COSTA, E., *Cicerone giureconsulto*, I, Roma, 1964, pp. 228 y ss.; BRASSLOFF, S., *Studien zur römischen Rechtsgeschichte*, I, Wien, 1925, pp. 85 y ss.-93.

³⁶ SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano I*, op.cit., p. 223 (nota 1).

³⁷ KÜBLER, B., «Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom», *ZSS*, *XLI*, 1920, pp. 29 y ss.

En este orden de ideas, la efectividad de la preterición resultaba ineficaz, cuestión trascendental, cuya consecuencia era la ineficacia de una disposición testamentaria, lo que plantea un tema complejo, pues debido a las diferencias en su naturaleza y premisas de funcionamiento, no se puede situar el *ius adcrendi in partem* como un nuevo tipo de acrecimiento, sino que su encaje se encuentra en la esfera de la ineficacia de la *voluntas testatoris* del disponente³⁸.

Esta afirmación se puede justificar en el texto de Justiniano C. 6, 28, 4, 1.- *...filia autem praeterita ius adcrendi ex iure vetere*

³⁸ Sobre el alcance y la interpretación de la *voluntas testatoris* en derecho romano, GRADENWITZ, O., «Interpolationen in den Pandekten», *ZSS*, XX, 1886, pp. 45 y ss.; RICCOBONO, S., «Punti di vista critici e ricostruttivi», *Annali Palermo*, XII, 1929, pp. 500 y ss.; PRINGSHEIM, F., «Bonum et aequum», *ZSS*, LII, 1932, p. 82; RICCOBONO, S., «Origine e sviluppo del dogma della volontà nel diritto», *ACIRD*, I, 1934, p. 180; ALBERTARIO, E., *Introduzione storica allo studio del diritto romano*, Milano, 1935, pp. 118 y ss.; ALBERTARIO, E., «La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico», *Studi di Diritto Romano V: Storia, metodologia, esegesi*, Milano, 1937, pp. 114 y ss.; MASCHI, C.A., *Studi sull'interpretazione dei legati, Verba e voluntas*, Milano, 1938, pp. 16 y ss.; KOSCHAKER, P., «L'alienazione della cosa legata», *Conferenze romanistiche a ricordo Castelli*, Milano, 1940, p. 140; D'AVANZO, W., *Delle successioni*, II, Firenze, 1941, pp. 635 y ss-789; MASCHI, C.A., «Voluntà tipica e volontà individuale nei negozi mortis causa», *Scritti Beatificazione Ferrini*, I, 1947, pp. 317 y ss.; BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, p. 140; BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 298 y ss.; PERRIN, B., «La substitution pupillaire à l'époque de Ciceron», *RHD*, XXVII, 1949, pp. 335 y ss.; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, pp. 117 y ss.; DI PAOLA, S., *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954, pp. 103 y ss.; BETTI, E., *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale-Atto illecito-Negozi giuridico*, Roma, 1958-59, pp. 339 y ss.; WUNNER, S., *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht.*, Köln-Graz, 1964, p. 190; S. DI MARZO, S., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1968, pp. 64 y ss.; TORRENT, A., «Interpretación de la "voluntas testatoris" en la jurisprudencia republicana: La causa curiana», *AHDE*, XXXIX, 1969, pp. 173 y ss.

accipiebat, ut eodem momento et testamentum patris quodammodo ex parte iure adcrendi evertat et ipsa quasi scripta legatis supponeretur,..., esta situación definida como acrecimiento por el emperador realmente venía a representar un *ius delationis ex iure vetere accipiebat*, lo que en la práctica se trataba de un reforzamiento más del derecho de los legitimarios que comprimía la eficacia de la *voluntas testatoris*, conformando más bien una sanción a la preterición del disponente quien debía cumplir en la redacción de su testamento con las formalidades establecidas por el derecho sucesorio para el caso de desheredación de los *sui ceteri*, y al no ser así, la expresión de su última voluntad era enmendada conforme a las disposiciones legales para este caso concreto, y todo ello en razón de una nueva visión de la familia que trataba de corregir, si bien de forma imperfecta, el menor valor de la mujer en la relaciones familiares, entre ellas y con especial relevancia en el ámbito jurídico el derecho sucesorio, que priorizaba a los hijos varones.

Ahora bien, respecto a la naturaleza del derecho al *ius adcrendi in partem* de los preteridos en el testamento del *paterfamilias* podemos encontrar diversas teorías enmarcadas en la regulación del derecho civil romano lo que presenta una serie de polémicas doctrinales.

Respecto a esta cuestión, parte de la doctrina³⁹ sostiene que la

³⁹ Con relación a esta cuestión, BONFANTE, P., en *Corso di Diritto Romano, VI «Le successioni»*, *op.cit.*, pp. 224 y ss., sostiene que los omitidos se unían específicamente a los *heredes scripti*, sin que pudieran ser considerados de ningún modo como herederos *ab intestato*, en el mismo sentido de negar la

hija o los nietos excluidos de la herencia venían a ser tratados como si hubiesen sido instituidos junto a los herederos testamentarios, concediendo dicho significado al término *ad crescent* utilizado en las fuentes, de manera que, como se ha establecido, el preterido recibía, o bien una cuota viril de la herencia si el heredero testamentario fuese *suus*, o la mitad en el supuesto de ser un extraño.

En contra de esta opinión, Volterra⁴⁰ manifiesta que entre una de las excepciones al principio de la incompatibilidad de sucesiones se encuentra el supuesto que nos ocupa, esto es, un testador que

ruptura de la prohibición de incompatibilidad entre sucesión testamentaria e intestada se expresan KARLOWA, O., *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht, II, op.cit.*, pp. 891 y ss.; SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano I*, Napoli, 1932, pp. 221 y ss.; KASER, M., *Das römische Privatrecht, I*, München, 1971, p. 706; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p. 164; JÖRS, P., KUNKEL, W. y WENGER, L., *Römisches Recht: römisches privatrecht, abriß des römischen zivilprozessrechts*, Berlin, Heidelberg, Nueva York, 1978, p. 328; DI LELLA, L., *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione testamentaria, op.cit.*, pp. 104 y ss.; IGLESIAS, J., *Derecho Romano, op.cit.*, pp. 424-425; PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 258 y ss.

⁴⁰ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano, op.cit.*, pp. 704-705. Asimismo, siguen esta tesis que afirma la existencia de una ruptura del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, MÜLENBRUCH, C.F., *Commentario alle Pandette, XL*, Erlangen, 1838, pp. 146 y ss.; KÖPPEN, K., *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, Würzburg, 1895, p. 91; VANGEROW, K., *Lehrbuch der Pandekten, II*, Marburg-Leipzig 1863-1869, pp. 9 y ss.; SCHIRMER, T., *Handbuch des Römischen Erbrechts*, Leipzig, 1863, (reproducción facsimil de 1970), pp. 58 y ss.; FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, Napoli, 1900, pp. 344 y ss.; COSTA, E., *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925, p. 492; WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, III, op.cit.*, pp. 232 y ss.; RABEL, E., «Die Erbrechtstheorie Bonfantès», *ZSS, L*, 1930, pp. 306 y ss.; CHEVALIER, L., «Notes sur le testament militaire», *Varia, II*, 1952, p. 31; VOICI, P., *Diritto ereditario romano, I*, Milano, 1967, pp. 497 y ss.-640 y ss.; GUARINO, A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1981, p. 471; TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano, op.cit.*, pp. 678-766; SCHERILLO, G., *Corso di diritto romano: il testamento*, Milano, 1995, p. 180 (nota 1).

había preterido hijas o nietos *ex filio*, varones o mujeres, en su testamento, pero que el derecho les permitía concurrir con el instituido testamentario por el *ius adcrescendi ad certam portionem*.

Cabe destacar la tesis de Robbe⁴¹, que en su interesante obra sobre el derecho de acrecer se muestra contrario a la opinión de los autores que sostienen la resolución de esta cuestión con fundamento en simulaciones de derechos, esto es, asumiendo la ficción de una llamada hecha por el testador a las *ceterae liberorum personae* junto con los herederos instituidos a los que acrece, ya que no se podía fingir una situación que el *paterfamilias*, aun por una sola distracción, no había actuado y, más aun simular el efecto de una declaración de voluntad que no había tenido lugar; por lo tanto, como lo que sí había sucedido era la preterición se recurría al remedio jurídico de actuar contra la expresa voluntad del *de cuius*.

Y con relación a los legados, a los que se encontraba obligada la hija preterida según C. 6, 28, 4, 1, en su opinión esta situación traía su causa únicamente en una razón de justicia y equidad, pues no se podía obligar a los herederos testamentarios a responder de los legados en la misma medida querida por el testador, cuando ellos en razón del aumento de herederos por el *ius adcrescendi in partem* de las *ceterae liberorum personae praeteritae*, recibían menos de lo que les había sido asignados en el testamento del *paterfamilias*.

⁴¹ ROBBE, U., en *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, op.cit., p. 194 (nota 1).

A este respecto y con relación al principio de igualdad entre los coherederos, Perozzi⁴² sostiene que en el supuesto de preterición de una hija, o de nietos, el testamento del *paterfamilias* quedaba en vigor, si bien los preteridos se tenían por instituidos, esto es, *scriptis heredibus adcrescunt*, recibiendo cada sujeto una cuota viril si concurrían con otros *sui heredes* instituidos, y en el supuesto de extraños instituidos se hacían dueños todos juntos de la mitad del as hereditario⁴³, que se distribuía entre ellos a partes iguales quedando la otra mitad a los extraños instituidos, hasta que Justiniano dispone que la mujer debía ser estimada al igual que el hombre⁴⁴, ordenando que la preterición de una hija o de un nieto tuviese el mismo efecto que la omisión de un *filius suus* derogando el particular *ius adcrescendi in partem* declarado por el derecho civil, en la misma disposición el emperador dictaminó la necesidad de utilizar el término *exheres* para desheredar, así como que la desheredación debía ser siempre nominativa y hecha en cualquier lugar del testamento⁴⁵.

⁴² PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *op.cit.*, 607. Otros autores que siguen esta tesis son DERNBURG, A., *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, p. 542; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 841.

⁴³ PÉREZ SIMEÓN, M., en *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *op.cit.*, p. 255, sostiene en el mismo sentido que, a pesar de la ausencia de fuentes que los justifiquen, en el supuesto de institución de un extraño y preterición de hijas o nietos, estos últimos tenían derecho en conjunto a la mitad de la herencia, asimismo KARLOWA, O., en *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, *op.cit.*, p. 891.

⁴⁴ DERNBURG, A., en *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 542 y ss. Nov. 115 de Justiniano, año 542.

⁴⁵ FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, *op.cit.*, p. 335; VOICI, P., «Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi», *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, p. 28 (nota 97) (=en *Ausstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 14, Berlin, 1982, pp. 392 y ss.); ARIAS

Así, sobre esta cuestión, se puede afirmar que para darle solución a la situación planteada por el «olvido» del *paterfamilias* en su testamento de algunos miembros de la unidad familiar, como afirman los textos de Gayo, el *ius civile* consideraba, por medio de una ficción, a la hija y demás *ceteri sui* como instituidos en el testamento concediéndole una parte de la herencia junto al heredero testamentario, de esta manera se aceptaba la validez del testamento atribuyéndoles una cuota de la herencia en virtud del *favor testamenti*, que trataba en la medida de la posible mantener la sucesión en los límites de la voluntad del testador, sin embargo, el nuevo concepto de familia, así como la tendencia a favorecer a la familia más cercana tenía como consecuencia la admisión de una disposición testamentaria que no había tenido lugar, y en cierto modo cuando el derecho ordena el *ius adcrescendi in partem* nos encontramos ante una desheredación parcial de los instituidos en el testamento, pues en la práctica estos últimos veían comprimida la cuantía de su llamamiento.

Por este motivo, la legislación de Justiniano no solo simplificó el complejo derecho sucesorio romano, sino que abolió la distinción de sexo, al imponer al testador la institución o la desheredación nominativa en todos los descendientes, con la única diferencia en que el *suus* preterido podía solicitar la nulidad del testamento, mientras que el resto podía obtener la *bonorum possessio contra*

RAMOS, J.-ARIAS BONET, J., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, op.cit.*, pp. 785 y ss.; PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, 249 ss. C. 6, 28, 4.

tabulas, sistema que llegó aún más lejos con la Nov. 115 que ordenaba que la preterición o desheredación de un descendiente del testador solo era lícita en el supuesto de ingratitud⁴⁶.

A este respecto, Pérez Simeón⁴⁷ afirma que con motivo de la redacción del Digesto se tuvo conciencia de la discriminación de la mujer en el supuesto de preterición en el testamento, todo ello como resultado de la larga evolución de la sociedad romana que ya tenía lejos la incapacidad de la mujer para regir su propia vida como sucedía en el Derecho arcaico, o la imposición de la *tutela mulierum*, motivo por el cual Justiniano en su constitución C. 6, 28, 4, 3, equiparó a hombres y mujeres, hijos y nietos otorgando los mismos derechos a todos ellos, obligando a partir de la citada constitución a que todas las desheredaciones de *sui* fuesen nominales, incluso en el supuesto de póstumos.

Por otro lado, tal como se desarrolla el sistema sucesorio romano, con su dualidad entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, el mismo escenario factico planteado venía a ser solucionado por el pretor con la concesión de la *bonorum possessio contra tabulas* a la hija y nietos preteridos por el testador.

De este modo, el pretor con su *iurisdictio* fue transformando ampliamente la aplicación práctica del *ius civile*, actuando como un

⁴⁶ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, op.cit, p. 784.

⁴⁷ PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, op.cit., pp. 262-263.

factor de renovación del ordenamiento jurídico, adaptándolo a los imperativos de la época y a la evolución social, superando así las exigencias del Derecho civil.

En el Derecho sucesorio se puede observar esta tarea con amplitud, de manera que además de modificar el sistema civil de sucesión intestada que regía desde las XII Tablas, reconociendo los vínculos cognaticios familiares, extendió la noción de herederos necesarios a todos los descendientes del causante, los *liberi*, que debían ser instituidos o desheredados por el testador⁴⁸.

Si bien, la normativa emanada del pretor trataba de ajustarse a su tiempo sin derogar de ningún modo el *ius civile*, de manera que, si la preterición de los *liberi* hacía el testamento nulo conforme al Derecho civil, el pretor les otorgaba la *bonorum possessio ab intestato*, pues consideraba que el testamento era nulo todas sus disposiciones.

Por el contrario, en el caso que nos ocupa, el pretor ordenaba que si se había preterido a *liberi* que por *ius civile* no anulaban el testamento, si le solicitaban protección les concedía la *bonorum*

⁴⁸ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano, op.cit.*, p. 783; GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», *RIDROM, op.cit.*, pp. 72 y ss. Gayo 2, 135; *Tit. Ulp.* 22, 23; Justiniano, Nov. 118, año 543, completada por la 127 del 548.

possessio contra tabulas que mantenía las desheredaciones testamentarias⁴⁹.

De esta manera, como se deduce de las fuentes en Gayo 2, 125, las hijas detraían a los herederos extraños instituidos la mitad de la herencia, pero por el *ius honorarium* el pretor les ofrecía la posesión de los bienes contra el testamento, razón por la que los herederos extraños eran excluidos de la totalidad de la herencia y se convertían en herederos sin efectividad, afirmación que si bien hace referencia a las hijas del *de cuius* era extensible al resto de sujetos afectados⁵⁰:

Gayo 2, 125. *Quid ergo est? licet hae secundum ea, quae diximus, scriptis heredibus dimidiam partem modo detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit, qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur et efficiuntur sine re heredes.*

En este sentido, Perozzi⁵¹ manifiesta que una vez asumido que la preterición no anulaba el testamento se planteaba a los sujetos contemplados en Gayo 2, 124 otra posibilidad centrada en ejercitar

⁴⁹ GAGO SIMARRO, C., «La preterición de los descendientes», en *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, *op.cit.*, p. 2506.

⁵⁰ CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op.cit.*, pp. 709-710.

⁵¹ PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, *op.cit.*, pp. 608 y ss. En el mismo orden de ideas DERNBURG, A., *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 543 y ss.; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, *op.cit.*, p. 843.

el derecho pretorio, ya que el pretor acordaba a favor de los excluidos la *bonorum possessio contra tabulas*, que debía ser solicitada dentro del año útil desde la llamada a la herencia, quedando los *bonorum possessores* en el lugar del heredero con todas las consecuencias respecto a las acciones y a las responsabilidades que esto comportaba, así, estamos ante una *bonorum possessio* contra el testamento *cum re*, que prevalecía ante el heredero civil, y se podía pedir antes de que los herederos civiles aceptaran la herencia⁵².

Respecto a esta cuestión, La Pira⁵³ sostiene que a tenor del texto recogido en Gayo 2, 125, respecto a la hija omitida del testamento paterno el pretor concedía la posesión del total de los bienes de la herencia a la hija, de manera que el extraño heredero civil quedaba como heredero *sine re*, y en consecuencia podía ejercer su derecho sobre los deudores hereditarios, y por ende, podía sufrir la denuncia de los acreedores hereditarios, sin embargo, el pretor concedía la excepción necesaria para paralizar las acciones a favor y en contra de este, transfiriéndolas al *bonorum possessor*, ahora bien, este fragmento, como ha quedado establecido anteriormente, aunque hace mención a la hija preterida sirve de fundamento para todos los *liberi* admitidos a la *bonorum possessio contra tabulas*⁵⁴.

Esta posibilidad otorgada por el *ius honorarium* se fundamentaba en el objetivo marcado por el pretor de aumentar la

⁵² *Tit. Ulp.* 22, 23; *D.* 37,4; *C.* 6, 12.

⁵³ LA PIRA, G., *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano, op.cit.*, p. 347.

⁵⁴ *D.* 37, 4, 15; *D.* 38, 2, 25; *D.* 44, 7, 15.

efectividad del derecho sucesorio necesario concediendo la *bonorum possessio* no sólo en el supuesto de exclusión en el testamento de un *sui*, sino también en el supuesto de preterición de otros descendientes del testador⁵⁵, por lo que estaban legitimados a acceder a este beneficio pretorio todos los *liberi*, ya hubiesen sido instituidos o preteridos en el testamento, si se consideraban perjudicados y tuviesen algún interés en impugnar el testamento.

No obstante, respecto a la *bonorum possessio contra tabulas* concedida a la hija o nieta del testador, omitidas en su testamento, sufrió limitaciones, ya que Caracalla⁵⁶ ordenó que las mujeres no pudieran obtener mediante este derecho más de lo hubiesen recibido por medio del antiguo *ius adcrendi*⁵⁷, en referencia al acrecimiento *in partem*, tal como se afirma en C. 6, 28, 4, 1.- *ex praetore autem habebat contra tabulas bonorum possessionem in totum, constitutio autem magni Antonini eam in tantum coartabat, in quantum ius adcrendi competebat*, esto es, en tanto que por el pretor se les

⁵⁵ DERNBURG, A., *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), *op.cit.*, pp. 543 y ss.

⁵⁶ Con relación a la constitución citada por Justiniano en C. 6, 28, 4, 1, la doctrina general, así como Gayo 2, 126 atribuyen este texto a Caracalla pues se hace referencia a *magnus Antoninus*, que era como se denominaba a Caracalla, sin embargo, VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano, op.cit.*, p. 783 (nota 233) sostiene que del texto de Gayo se puede extraer que este pasaje es del emperador Antonino Pío, en el mismo sentido, PÉREZ SIMEÓN, M., en *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, p. 261 (nota 34) manifiesta que, virtud de Gayo 2, 126 se puede determinar que la constitución no es de Caracalla sino de Antonino Pío, como se puede observar en VON WOESS, F., *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlín, 1911, p. 153.

⁵⁷ En Gayo 2, 126 se sostiene que además de la referencia a la hija preterida, lo mismo debía ser observado respecto de los emancipados, esto es, obtenían por medio de la posesión de los bienes lo mismo que, de haber permanecido bajo potestad, hubiesen conseguido por el derecho de acrecer.

concedía la posesión de la totalidad de los bienes contra el testamento, la citada constitución de Antonino Caracalla reducía su cuota a tanto cuanto alcanzaba por el derecho de acrecer *in partem*⁵⁸.

Con relación a la naturaleza de este derecho nos encontramos con una *bonorum possessio contra tabulas* concedida por el pretor a ciertos sujetos preteridos, a los que se les asignaba la porción posesoria que correspondía a cada uno, pero también a un testamento que quedaba con validez aun con la omisión de hijas y nietos, ya que no se puede sostener que los *liberi* preteridos fuesen considerados como herederos intestados, ya que como sostiene Perozzi⁵⁹ «il testamento sta», y en consecuencia es un hecho que por la concesión del beneficio del pretor no caía cualquier desheredación realizada en el testamento, ni la sustitución pupilar, ni el nombramiento de tutor.

En el mismo orden de ideas, Dernburg⁶⁰ esgrime que si bien con la petición de la *bonorum possessio contra tabulas* se obtenía la porción intestada, según lo ordena la normativa del emperador Caracalla, esto no significaba que constituyera una sucesión intestada, sino que se obtenía la posesión de los bienes hereditarios en virtud del derecho pretorio enmarcando su régimen jurídico dentro de esta clase de sucesión.

⁵⁸ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, op.cit, p. 783.

⁵⁹ PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano*, II, op.cit., p. 608.

⁶⁰ DERNBURG, A., *Pandette*, III, (traducción italiana de Cicala), op.cit., pp. 546 y ss.

Se muestra contrario a estas opiniones Voci⁶¹ al afirmar que queda invalidada la disposición testamentaria según el *iure civili*, si bien por cuestiones prácticas se les reconocía eficacia a algunas disposiciones.

Con relación a lo expuesto, y a tenor de las fuentes se puede observar en este caso una superposición de sistemas sucesorios, ya que a pesar de la concesión de la *bonorum possessio contra tabulas* a los *liberi* preteridos, hijas y nietos, se producía la validez *iure civili* del testamento en todas aquellas disposiciones que tenían eficacia *ipso iure* por el sólo hecho de la adición por parte del extraño instituido heredero, de esta forma, tenían plena eficacia la sustitución pupilar, el nombramiento de tutores, las manumisiones establecidas en el testamento, incluso tomaban eficacia las desheredaciones contenidas en mismo⁶².

Con relación a esta cuestión, Pérez Simeón⁶³ afirma que a la posibilidad dada a los *sui* en su calidad de *liberi* de solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* se acumulaba la solución civil, más antigua, ya que en ocasiones el beneficio del pretor podía ser más favorable desde una perspectiva patrimonial al régimen dictado por el *ius civile*, además de contar con una tramitación

⁶¹ VOICI, P., *Diritto ereditario romano, II, op.cit.*, pp. 652 y ss.

⁶² D. 26, 2, 9; D. 28, 6, 2, 1; D. 28, 6, 10, 4; D. 28, 6, 34, 2; D. 37, 4, 20 pr.; D. 37, 5, 4; D. 37, 5, 8, 2; Nov. 115, 3, 15.

⁶³ PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, op.cit.*, pp. 261-262. En el mismo sentido, LA PIRA, G., *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano, op.cit.*, pp. 350 y ss.

procesal más sencilla, por lo que el sujeto omitido debía tener en consideración todas las posibilidades para satisfacer sus intereses.

Por lo tanto, los sujetos preteridos tenían una doble opción de actuar, pues los dos derechos estaban en vigor, siendo los sujetos omitidos quienes debían ponderar la ventaja de acudir a una u otra vía para conseguir sus objetivos, pues en función del número de llamados podían quedar más o menos beneficiados en una vía o en otra.

Desde un punto de vista normativo, el escenario planteado queda modificado con la legislación de Justiniano, de esta manera partimos de una preterición de hijas y nietos en el testamento del *paterfamilias* que fue regulada tanto por el *ius civile*, que obligaba a entregarles una parte de la herencia según el *ius adcrendi in partem* como por el *ius honorarium*, que les concedía *bonorum possessio contra tabulas*, pero la evolución de sociedad y del concepto de familia llevo al emperador a reformar las formalidades de la desheredación, equiparando a todos los *sui*, de cualquier sexo, como ha quedado establecido en este trabajo, derogando el *ius adcrendi in partem* que había nacido como una primera respuesta a una situación de discriminación por razón de sexo en caso de omisión de algunos *sui*, así como para poner límites al principio de libertad plena de testar del *paterfamilias* a favor de los hijos.

Asimismo, cabe destacar que la modificación de la ley llevada a cabo por Justiniano trajo su causa además de algunos supuestos desfavorables que se presentaban con la aplicación del *ius honorarium*, así, se encontraba una particularidad respecto a la cuota que recibía la hija preterida una vez solicitada la *bonorum possessio contra tabulas* en C. 6, 28, 4, 4:

C. 6, 28, 4, 4.- *Nam cum ultimum adiutorium de inofficiosi querella positum est et nemo ex alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit, inventa fuerat filia praeterita minus habens quam filia exheredata. Cum enim per contra tabulas bonorum possessionem vel ius ad crescendi semissem substantiae filia praeterita accipiebat et omnibus legata praestare compellebatur, scilicet usque ad dodrantem suae portionis, remanebat ei sescuncia tantummodo in sua successione.*

En este fragmento queda reflejado el perjuicio que establecía el derecho hereditario para la hija omitida del testamento paterno en relación a la hija expresamente desheredada, ya que la hija preterida recibía bien por la posesión de los bienes contra el testamento, o por el derecho de acrecer *in partem* la mitad de los bienes, con la obligación de pagar todos los legados hasta la concurrencia de los tres cuartos de su porción, por lo que adquiriría solamente onza y media para su propia sucesión.

En conclusión, como se puede extraer de todo lo expuesto, a la injusticia que suponía la nula consecuencia de la preterición de una hija, o de nietos, respondió en primer lugar el *ius civile* ordenando que estos sujetos no quedasen desamparados en razón de su vínculos familiares con el *paterfamilias* testador, entendida ya la familia romana como aquélla formada por vínculos sanguíneos, por ello, el derecho les otorgaba bien una cuota viril de la herencia en concurrencia con otros *sui*, o bien la mitad cuando el instituido en el testamento fuese un extraño a la familia en virtud del *ius ad crescendi in partem*.

A *posteriori*, el *ius honorarium* reaccionó a esta situación con mayor vehemencia a favor de los derechos de la hija y de los nietos del *de cuius*, pues la evolución de la sociedad romana obligaba cada vez con mayor frecuencia a los legisladores y juristas a dar prioridad a la idea de prevalencia de la consanguinidad y, en consecuencia, a regular una limitación de los poderes del *paterfamilias* para testar, por esta razón, el pretor concedía a los sujetos omitidos, hijas y nietos, la *bonorum possessio contra tabulas*, de esta manera les otorgaba una acción contra el testamento a fin de que pudieran recibir de la herencia lo que por derecho de proximidad les correspondía.

Hasta que con la legislación de Justiniano se igualaron los derechos sucesorios de todos los *sui*, al disponer que la mujer debía ser estimada igual que el hombre, de forma que se produjo una equiparación de derechos entre los hijos varones del *paterfamilias*

testador y aquellos de las mujeres y posteriores descendientes, según el principio de igualdad de trato, sin tomar en consideración el género de los herederos del testador. De manera que esta normativa planteaba que el supuesto jurídico de la hija preterida en el testamento paterno tuviese el mismo efecto que en la omisión de un *filius suus*, en lo que podemos considerar un antecedente del principio de igualdad de género.

3.- Bibliografía.

- ALBANESE, B., «La successione ereditaria in diritto romano antico», *Annali Palermo*, XX, 1949.
- ALBERTARIO, E., «La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico», *Studi di Diritto Romano V: Storia, metodologia, esegesi*, Milano, 1937.
- ALBERTARIO, E., *Introduzione storica allo studio del diritto romano*, Milano, 1935.
- APPLETON, C., *Le testament romain. La méthode du droit comparé et authenticité des XII tables*, Paris, 1903.
- ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J., *Derecho Romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981.
- ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette, III*, Bologna, 1879.
- BEARD, M., «The Sexual Status of Vestal Virgins», *JRS*, 70, 1980.
- BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

- BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947.
- BETTI, E., *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale-Atto illecito-
Negozio giuridico*, Roma, 1958-59.
- BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954.
- BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, II «La Proprietà»*, Milano, 1968.
- BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, VI «Le successioni»*, Milano, 1930 (reimpresión 1974).
- BRASSLOFF, S., *Studien zur romischen Rechtsgeschichte, I*, Wien, 1925.
- BRAVO BOCH, M.J., *No tan lejano, una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad*, Valencia, 2018.
- BRAVO BOSCH, M.J., «El lenguaje discriminatorio en la antiguo Roma y en la España actual», *Revista Jurídica da FA7, periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, 15, 2, 2018.
- BRETONE, M., *Servus communis: contributo alla storia de la
comproprietà romana in età clásica*, Napoli, 1958.
- CAMPOS VARGAS, H., «La mujer en la literatura jurídica romana: una aproximación de género a las “Instituciones” de Gayo», *Revista de Ciencias Jurídica*, 107, 2005.
- CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, Madrid, 1991.
- CANTARELLA, E., *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia* (Traducción de MM. Núñez), Madrid, 1997.
- CHEVALIER, L., «Notes sur le testament militaire», *Varia, II*, 1952.
- COSTA, E., *Cicerone giureconsulto, I*, Roma, 1964.

- COSTA, E., *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925.
- CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928.
- D'AVANZO, W., *Delle successioni, II*, Firenze, 1941.
- DERNBURG, A., *Pandette, III*, (traducción italiana de Cicala), Torino, 1905.
- DI LELLA, L., *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della sucessione testamentaria*, Napoli, 1972.
- DI PAOLA, S., *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., «Capacidad jurídica de la mujer casada», *Revista Gráficas Europa*, Salamanca, 1969.
- FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli, 1900.
- FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., «El *ius adcrendi* en los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano», *RIDROM*, 2011.
- FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953.
- FRIEDLANDER, L., *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México, 1947.
- GAGO SIMARRO, C., «La preterición de los descendientes», *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021.
- GARCÍA FUEYO, B., «Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)», en *RIDROM*, abril, 2022.
- GIANNELLI, G., *Il sacerdocio delle Vestali romane*, Florencia, 1913.
- GLÜCK, F., *Comentario alle Pandette, XXIX*, Milano, 1907.

- GLÜCK, F., *Comentario alle Pandette*, XXXVI, Milano, 1907.
- GONZÁLEZ ARES FERNÁNDEZ, J.A., *Mujer, Política e Igualdad. De las Palabras a los Hechos*, Valencia, 2017.
- GRADENWITZ, O., «Interpolationen in den Pandekten», *ZSS*, XX, 1886.
- GUARINO, A., *Diritto privato romano*, Napoli, 1981.
- HERRERA BRAVO, R.; SALAZAR REVUELTA, A.; SALAZAR REVUELTA, M., «La condición de la mujer en la represión del adulterio en derecho romano y su recepción histórica», *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, 2011.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Madrid, 2010.
- IMPALLOMENI, G., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996.
- JÖRS, P., KUNKEL, W. y WENGER, L., *Römisches Recht: römisches Privatrecht, abriß des römischen zivilprozessrechts*, Berlin, Heidelberg, Nueva York, 1978.
- KARLOWA, O., en *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht, II*, Leipzig, 1901.
- KASER, M., *Das römische Privatrecht, I*, München, 1971.
- KNIEP, F., *Gayo institutionum commentarius secundus*, Jena, 1914-1917.
- KÖPPEN, K., *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, Würzburg, 1895.
- KOSCHAKER, P., «L'alienazione della cosa legata», *Conferenze*

- romanistiche a ricordo Castelli*, Milano, 1940.
- KÜBLER, B., «Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom», *ZSS*,
XLI, 1920.
- LA PIRA, G., *Successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930.
- LENEL, O., *Palingenesia iuris civili*, volumen *alterum*, 1960.
- LENEL, O., *Palingenesia iuris civili*, volumen *prius*, 1960.
- LINARES NOCI, R., «La preterición: su origen y evolución en Derecho romano», *Derecho y opinión*, 1992.
- LÓPEZ GÜETO, A., «Mujer, poder y derecho en Roma», *Revista jurídica Piélagus*, 17, 2018.
- LÓPEZ GÜETO, A., *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, 2017.
- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fundamento de la regla sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius civile*, Oviedo, 1991.
- MASCHI, C.A., «Voluntà tipica e volontà individuale nei negozi *mortis causa*», *Scritti Beatificazione Ferrini*, I, 1947.
- MASCHI, C.A., *Studi sull'interpretazione dei legati, Verba e voluntas*, Milano, 1938.
- MÜLENBRUCH, C.F., *Commentario alle Pandette*, XL, Erlangen, 1838.
- ORTUÑO, M^a E., «Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: la *Lex Vocconia*», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013.
- PACCHIONI, G., *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910.

- PACCHIONI, G., *Corso di diritto romano, II*, Torino, 1910.
- PARKER, H. N., «Why Were the Vestals Virgins? Or the Chastity of Women and the Safety of the Roman State», *The American Journal of Philology*, 125, 4, 2004.
- PAVÓN, P., «*Infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit* (D. 16, 1, 2, 3 Ulp. 29 ad ed.) o la “extrema dualidad” de la condición femenina en el senadoconsulto Veleyano», *Conditio Feminae. Imágenes de la realidad femenina en el mundo romano*, Roma, 2021.
- PEREIRA PORTO, C., «La representación del concepto de mujer en Roma», *Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 5, 1995.
- PÉREZ PÉREZ, V., «Capacidad de la mujer en derecho privado romano», *Revista Clepsidra*, 16, 2017.
- PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Barcelona, 2001.
- PEROZZI, S., *Istituzioni di diritto romano, II*, Roma, 1928.
- PERRIN, B., «La substitution pupillaire à l'époque de Ciceron», *RHD*, XXVII, 1949.
- POMEROY, S., *Diosas, ramerías, esposas y esclavas*, Madrid, 1999.
- PRINGSHEIM, F., «*Bonum et aequum*», *ZSS*, LII, 1932.
- PUGLIESE, G., voz: «accrescimento», en *Enciclopedia del diritto*, volumen I, Milano, 1958.
- RABEL, E., «Die Erbrechtstheorie Bonfantés», *ZSS*, L, 1930.
- RESINA SOLA, P., «La condición jurídica de la mujer en Roma», *La Mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Granada, 1990.

RICCOBONO, S., «Origine e sviluppo del dogma della volontà nel diritto», *ACIRD*, I, 1934.

RICCOBONO, S., «Punti di vista critici e ricostruttivi», *Annali Palermo*, XII, 1929.

ROBBE, U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953.

ROBBE, U., voz: «accrescimento», *NNDI*, volumen I, Torino, 1957-80.

RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., «Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, 2012.

RODRÍGUEZ, R., «La mujer en el mundo laboral de la Roma antigua», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013.

S. DI MARZO, S., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1968.

SALAZAR REVUELTA, M., «Estatus jurídico y social de la *materfamilias* en el marco de la ciudadanía romana», *Mulier: algunas historias e instituciones de Derecho Romano*, 2013.

SANFILIPPO, C., *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della hereditas*, Napoli, 1946.

SANGUINETTI, A., «Considerazioni sull'origine del principio “*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*”», *SDHI*, LIX, 1993.

SCARDIGLI, B., «Vestali integrate nella società romana», *Studi historica. Historia Antigua*, 21, 2003.

SCHERILLO, G., *Corso di diritto romano: il testamento*, Milano, 1995.

SCHIRMER, T., *Handbuch des Römischen Erbrechtes*, Leipzig, 1863, (reproducción facsimil de 1970).

SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano I*, Napoli, 1932.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La emancipación jurídica privada de la mujer romana: un antecedente histórico de la “liberación de género”», *RIDROM*, abril, 2023.

TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990.

TELLO, J.C., «La concesión discrecional por *princeps* del *ius trium liberorum* y su reflejo en Marcial», en *Fundamentos romanísticos de Derecho contemporáneo*, 2021.

TORRENT, A., «Interpretación de la “*voluntas testatoris*” en la jurisprudencia republicana: “La causa curiana”», *AHDE*, XXXIX, 1969.

TORRENT, A., «Notas sobre la relación entre *communio* y *copropiedad*», *Studi Grosso, II*, Torino, 1968.

VACCARO DELOGU, R., *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, Milano, 1941.

VANGEROW, K., *Lehrbuch der Pandekten, II*, Marburg-Leipzig 1863-1869.

VOCI, P., “Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi”, *Studi di diritto romano, II*, Padova, 1985 (=en *Ausstieg und Niedergang der römischen Welt, II*, 14, Berlin, 1982).

VOCI, P., *Diritto ereditario romano, I*, Milano, 1967.

VOCI, P., *Diritto ereditario romano, II*, Milano, 1963.

VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954.

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986.

VON WOESS, F., *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, 1911.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, III, Torino, 1930.

WUNNER, S., *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht.*, Köln-Graz, 1964.