

LA MEJORA

INTRODUCCIÓN.—I. LA LEY *DUM* INLICITA Y SU SIGNIFICACIÓN.—II. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y LAS FACULTADES DE DISPOSICIÓN DE LA "DOTE". 1. La sucesión testamentaria y su evolución hasta la época de Chindasvinto. 2. Evolución y régimen de los *bona materna*. Origen de la mejora. 3. *Bona materna* y *bona paterna* en el Código euriciano.—III. LA LABOR DE FIJACIÓN DEL DERECHO VULGAR ROMANO-VISIGODO EN LA LEY DE CHINDASVINTO. 1. Alcance y carácter de la ley *Dum inlicita*. Causas de desheredación. Facultades de disposición: mejora y cuota libre. Generalización de los preceptos de la ley. 2. Las reformas de 'Ervigio a la ley *Dum inlicita*. 3. Personas que pueden mejorar y ser mejoradas. a) La madre normalmente no puede mejorar. Facultades de disposición de la mujer. b) La mejora de los nietos.—IV. LA MEJORA EN LA ÉPOCA POSTGÓTICA. 1. Desaparición temporal de la mejora y posterior resurgimiento. 2. La confirmación de la mejora en F. Soria y F. Real. Modalidades de la mejora renacida. 3. Las personas que pueden mejorar y ser mejoradas. 4. Carácter de la mejora.—V. LA MEJORA EN LAS LEYES DE TORO Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. 1. El concepto de mejora. 2. La firmeza de la mejora. Revocabilidad e irrevocabilidad. 3. La mejora de la madre y la mejora del nieto. 4. La mejora de tercio y quinto. La mejora en cosa determinada. 5. El pago de la mejora. 6. La facultad de repudiar la herencia y aceptar la mejora. La responsabilidad por deudas. 7. Validez y fuerza de las promesas de mejorar y no mejorar. 8. Cómputo de la mejora. 9. Valor de la mejora en caso de preterición o desheredación. 10. La mejora y las donaciones matrimoniales. 11. El cómputo de las donaciones. La llamada mejora tácita. 12. La facultad de gravar la mejora. 13. La prohibición de cometer la facultad de mejorar.

En otra ocasión, no hace mucho tiempo, afirmé que la regulación de la mejora en los artículos 823-833 de nuestro Código civil vigente parecía el resultado de la superposición de una serie de estratos, algunos de los cuales desconocían e incluso contradecían el alcance de los anteriores y, sobre todo, el carácter originario del instituto¹. En lo escrito, aunque pudiera parecerlo, no se pretendía expresar una desaprobación de la mejora ni tampoco de su regulación actual, sino que se intentaba poner de relieve que nuestro

1. A. OTERO. *La mejora del nieto*. en *AHDE*. 31(1961).

típico instituto sucesorio sufrió un profundo proceso evolutivo, que lo ha transformado en algo distinto de lo que fue originariamente.

La evolución de la mejora, aunque haya sido desafortunada, es irreversible, y sería inútil arremeter contra ella. Pero por esto mismo cobra más realidad la idea de que sólo históricamente podemos comprender el instituto en su forma actual, y únicamente conociendo su evolución histórica se puede encontrar solución a los muchos problemas que todavía tiene planteados, en buena parte procedentes de la evolución. Es grande el interés doctrinal de la mejora², aunque probablemente no sea mucha la intensidad de su aplicación práctica en el momento actual. Una consideración cuantitativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos refleja que se aplica fundamentalmente en Galicia, como consecuencia de unas circunstancias económico-familiares tendentes a desaparecer. Mas quizá el futuro mercantil, con sus creaciones anónimas, le depare un intenso renacimiento general.

Queremos ahora volver al tema de mejora, como habíamos prometido. No pretendemos hacer un tratamiento dogmático de la mejora a la manera de un nuevo Lacoste. La monografía del autor francés abunda en errores y está anticuada. Intentamos simplemente estudiar su origen y seguir su evolución sobre la base de los textos de las fuentes directas, sin plantear en ellos problemas anacrónicos, como se ha hecho a partir de una determinada época, pues este proceder ha sido en muy grande medida la causa de las deformaciones.

Ahora una observación al lector. Me atrevería a recomendar al civilista, y en general al no historiador, que comenzara la lectura de este trabajo por el capítulo quinto y final. Allí encontrará los últimos episodios de la evolución de la mejora hasta la regulación del Código civil vigente y, a través de una serie de remisiones en notas, la posibilidad de remontarse hasta los orígenes del instituto o de satisfacer más profundamente cualquier preocupación concreta que se refiera a origen y evolución.

2. Vid. por todos los que consideran necesaria la revisión de los estudios sobre mejora M. ROMERO VIEITEZ, *La fórmula mejora de tercio y quinto y el sentido estricto de la voz mejora en el Derecho hereditario español* (Madrid 1935) p. 37 y J. GARCÍA GRANERO, *Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora*, en *RDP*. 33(1949) 805 ss.

I

La mejora es un instituto típico del Derecho hispánico y hoy exclusivo del Derecho castellano-leonés y sus derivados, sin comparación en pueblo alguno³. Fue enunciado con este nombre por vez primera en tres leyes de Chindasvinto recopiladas en el *Liber iudiciorum*: *Liber* 4,5,1 y 4,2,18, principalmente, y *Liber* 4,5,4⁴.

La ley *Dum inlicita* (*Liber* 4,5,1) de Chindasvinto ha sido constantemente señalada como origen de nuestro instituto por los autores que se han ocupado de la historia de la mejora. Según la opinión dominante, Chindasvinto habría realizado allí una especie de transacción entre el sistema romano de libertad de testar y el sistema germánico de reservas, de la cual habría nacido la mejora⁵.

3. Aparece en el Derecho longobardo (Leg. Liutprando 113) una institución denominada *melioratio*, cuyo carácter ha sido discutido por G. FERRARI (*Ricerche sul Diritto creditario in Occidente nell'alto medioevo con speciale riguardo all'Italia* [Padua 1914] p. 104) frente a FICKER (*Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte* cit. por Ferrari). Sigo inclinado a suponer, junto a Ficker, que la *melioratio* se reduzca a facultad del padre de dar a un hijo la cuota de libre disposición: es decir, Liutprando 113 denomina *meliorare* la atribución al hijo de la cuota libre. De cualquier forma que se conciba, existen diferencias entre la *melioratio* longobarda y nuestra mejora, aunque se han debido de inspirar en análogos principios.

4. En realidad, parece que el término *meliorare* fue empleado antes en Liutprando 113, pues se debe excluir una influencia del *Liber iudiciorum* en el Derecho longobardo (FERRARI, *Ricerche sul Diritto creditario* cit. p. 80). Pero no puede excluirse que el término existiera ya en el *Codex Revisus* de Leovigildo y de allí pasara a la legislación de Liutprando.

5. Casi todos los autores españoles desde Martínez Marina se han limitado a señalar la aparición de la mejora en *Liber* 4,5,1, presentándola como una reforma de Chindasvinto. J. DE LACOSTE (*La mejora* [Madrid 1913] p. 55) ha enumerado los principales. F. CÁRDENAS (*Estudios sobre los orígenes del Derecho español*, en *RGLJ*. 9[1857] 342; *Estudios jurídicos* I [Madrid 1884] p. 128) insinuó la idea de que la mejora era el resultado de una transacción entre principios romanos y germanos. La idea de transacción fue consagrada por Lacoste en su amplio estudio de 1911, y ha prevalecido posteriormente. Poco después de haber aparecido la monografía de Lacosté, Ferrari, en sus *Ricerche sul Diritto ereditario* cit., llegó a la conclusión de que la mejora se inspira en conceptos romanos y que encuentra sus precedentes en el Derecho romano. Pero la opinión de Ferrari pasó desapercibida o no se quiso oír. Sólo después de realizado este estudio ha llegado a

La explicación, demasiado teórica, no puede ser satisfactoria, y mucho menos hoy, desde que los estudios de Derecho romano vulgar han reconducido la legislación visigoda dentro de la evolución del Derecho romano postclásico. La legislación de Chindasvinto es un capítulo más, sin parangón en Occidente, de la interesante evolución del Derecho romano vulgar. No parece, sin embargo, que Chindasvinto haya llevado a cabo importantes innovaciones, y mucho menos en el campo de mejora. Chindasvinto, más bien, parece haber introducido algunas reformas, como Eurico y sus sucesores⁶, en un sentido que venía determinado por el Derecho visigodo anterior y, en definitiva, por el Derecho romano, llevando a sus últimas consecuencias o dando un paso más en la evolución de una serie de principios que se encontraban germinalmente en el Derecho postclásico. En la mayor parte de los casos, sencillamente, no haría otra cosa que una labor de actualización, dando forma legislativa a una serie de principios elaborados por la jurisprudencia o por la práctica.

Chindasvinto ha empleado por vez primera el término mejora en la ley *Dum inlicita*, pero, si no me equivoco, no ha tenido intención de crear un nuevo instituto sucesorio, sino simplemente pretendía fijar con claridad el destino de las distintas masas del patrimonio familiar que la legislación postconstantiniana había ido configurando como consecuencia del profundo cambio operado por la concepción cristiana del matrimonio. Todo parece indicar que la ley *Dum inlicita* no es el origen de la mejora; más bien plantea un interesante problema de orígenes que es necesario resolver.

A nuestro modo de ver, *Liber* 4.5,1⁷ se refiere a los derechos

mis manos el citado libro de Ferrari. Siento también no haber podido consultar todavía otros, en especial N. TAMASSIA, *La melioratio dei figli nell'antico Diritto ereditario germanico*, en *Arch. giuridico* 1(1921).

6. A. D'ORS, *La territorialidad del Derecho de los visigodos*, en *Estudios visigóticos I* (Roma-Madrid 1956) p. 116.

7. *Liber* 4,5,1: Dum inlicita queque perpetrari cognoscimus, legem ponere secuturis oportune compellimur. Plerique enim, indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxurie vel cuiusdam male voluntatis in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes aut non gravi culpa forsitan obnoxios inanes relinquunt, ut utilitatibus publicis nihil possint omnino prodesse, quos oportuerat cum virtute parentum iniunctum sibi laborem inexcusabiliter expedire. Sed ne sub ac occasione aut utilitati publice quan-

de disposición sobre las masas de *bona paterna* y *bona materna*. Acerca de ellos, Chindasvinto se propondría los dos objetivos señalados en el epígrafe de la *Dum inlicita: De non exheredandis filiis, et quod iudicium ferant parentes de facultatibus suis*. Se proponía corregir la libertad de desheredación o, más exactamente, la facilidad de desheredar a los descendientes, estableciendo las causas de desheredación. Pretendía, además, fijar la forma de aplicación de las normas existentes sobre facultad de disposición de los *bona materna* y los *bona paterna* en el supuesto de no conocerse las cuantías de cada uno de ellos, partiendo de una presunción de sus proporciones; es decir, fijar las cuotas disponibles por el padre de su

cloque depreat, quod perire non debet, aut naturalis pietas suspendatur a filiis vel nepotibus, quam circa eos exerceri competenter oportet: ideo, abrogata legis illius sententia, qua pater vel mater aut avus sive avia in extraneam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent, vel etiam de dote sua facere mulier quod elegerit in arbitrio suo consisteret, sta magis servetur a cunctis moderata censura, qua nec parentibus vel aviis adimatur iudicandi de rebus suis ex toto licentia, nec filios aut nepotes a successione avorum vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas. Igitur pater vel mater, avus vel avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino censuram, ut super decimam partem rerum suarum melioratis filiis aut filiabus vel nepotibus atque neptis ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit, eos legitimos filios vel nepotes non habere suprestes. Sane si filios sive nepotes habentes ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint de facultate sua largiendi voluntatem habuerint, de quinta tantum partem iudicandi potestas illis indubitata manebit Exheredare autem filios aut nepotes licet pro levi culpa inlicitum iam dictis parentibus erit, flagellandi tamen et corripiendi eos, quamdiu sunt in familia constituti, tam avo quam avie, seu patri quam matri potestas manebit. Nam si filius filiave, nepos, neptis tam presumptiosi extiterint, ut avum suum aut aviam, sive etiam patrem aut matrem tam gravibus iniuriis conentur afficere, hoc est, si aut alapa, pugno vel calce seu lapide aut fuste vel flagello percutiant, sive per pedem vel per capillos ac per manum etiam vel quocumque inhonesto casu abstraere contumeliose presumant, aut publice quodcumque crimen avo aut avie seu genitoribus suis obiciant: tales, si quidem manifeste convicti, et verberandi sunt ante iudicem quinquagenis flagellis et ab hereditate supradictorum, si idem avus aut avia, pater vel mater voluerint, repellendi. Tamen si, resipiscentes a suo excessu, veniam a suprascriptis, quibus offenderant, inploraverint, eosque in gratiam receperint paterna pietate aut rerum suarum successores instituerint, neque propter disciplinam, qua correpti sunt, infamiam poterint ullatenus sustinere.

patrimonio en caso de existencia de hijos o nietos, suponiendo que una determinada parte son *bona paterna* y otra *bona materna*. Nada nuevo hay en esto último, a no ser la presunción de las cuantías de las dos masas del patrimonio familiar. Lo demás se reduce a aplicación de las normas existentes sobre transmisión y cuotas disponibles de dichos bienes.

Pero Chindasvinto, al fijar las causas de desheredación y las cuotas total o parcialmente disponibles de los bienes del patrimonio, paternos y maternos, derogó expresamente el principio de una ley que, según él, permitía al padre o a la madre y al abuelo o a la abuela transmitir libremente sus bienes a personas extrañas y que permitía también a la mujer disponer de la dote como quisiese. Descubrir la ley —*legis illius sententia*— cuyo principio se declara abrogado dio lugar a una complicada investigación que dividió las opiniones entre el origen euriciano o alariciano de dicha ley⁸. Es frecuente en la legislación de Chindasvinto la referencia a otras leyes, e incluso se puede apreciar en ocasiones el empleo de fórmulas distintas para la remisión al Derecho romano, contenido en el Breviario todavía vigente, o al Derecho visigodo anterior, euriciano o leovigildiano⁹. En ocasiones, sin embargo, la referencia es poco precisa, como en el caso de la tan usada expresión *legis illius sententia*, la cual en el supuesto de la *Dum inlicita* es francamente sorprendente, sobre todo y de manera especial porque no parece ser situación de libertad de disposición la existente en la época de Chindasvinto.

Todo parece indicar, no obstante, que Chindasvinto se refería al principio establecido por una ley romana. El Derecho germánico, aún en tiempos de Tácito, no concedía a los padres libertad testa-

8. Supusieron origen euriciano a la ley derogada H. BRUNNER, *Beiträge für Geschichte des germanischen Warentrechtes*, en *Festgabe für H. Dernburg* (Berlín 1900) p. 44; R. UREÑA, *La legislación gótico-hispana*, en *Historia de la literatura jurídica española II* (Madrid 1906) p. 295; K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* (Barcelona 1944) p. 332. Se inclinaron a suponerla alariciano CÁRDENAS, *Estudios sobre los orígenes* cit. p. 342; H. GAMA BARROS, *Historia da Administração pública em Portugal nos séculos XII a XV VI* (Lisboa 1949) p. 401 y 506; LACOSTE, *La mejora* cit. p. 10-52.

9. Es ejemplo de lo primero *Liber 3,1,5* y de lo segundo *Liber 3.1.1; 4.5.4* y *5.4.13*.

mentaria ilimitada, pues ni testamento conocía, y las compilaciones de los distintos Derechos nacionales tampoco confirman un derecho semejante al que Chindasvinto declara abolir, si es que consistía en una completa libertad testamentaria, pues incluso los más romanizados consagran el derecho impreterible de los hijos, aun cuando permitan donaciones en favor de la Iglesia o del rey en perjuicio de este derecho de los hijos. Y en cuanto al derecho de la mujer a disponer de los bienes “dotales” en detrimento de los hijos no encontramos ningún dato en las fuentes germánicas; en todas ellas, por el contrario, se mantiene el principio de reversión a los hijos, característico ya en los tiempos de Tácito^{9 bis}. Pero difícilmente se puede concebir una ley romana que estableciera el principio de libertad de disposición general y, junto a él, el de libertad de disposición de la *donatio*, a la que Chindasvinto denomina “dote”. Se hace preferible pensar como Tamassia, el cual suponía que el giro *legis illius sententia* parece más bien referirse a un criterio legal —nosotros diríamos principio general— que a un precepto concreto¹⁰.

No existía tampoco libertad de disposición de la “dote” ni libertad práctica de disposición testamentaria en el Derecho vulgar romano-visigodo.

Respecto a la “dote”, las For. vis. 15, 17 y 20¹¹ demuestran que ya en la época anterior a Chindasvinto debía ser transmitida a los hijos. Aun cuando la mujer tenía la propiedad de los bienes “dotales”, sin embargo, en el caso de tener hijos, no podía disponer de estos bienes en perjuicio de los descendientes, a quienes

9 bis. TÁCITO, *De moribus Germanorum* 18 y 20.

10. TAMASSIA, *La melioratio* cit. por ROMERO VIEITEZ, *La fórmula mejora de tercio y quinto* cit. p. 132 n. 28.

11. *Fórm. vis. 15*: Dote puellae.—... ut petitam te mihi in coniugem copularem, ideoque donare me tibi censui et dono illud et illud, quod exinde habendi, tenendi et possidendi nostrisque posteris derelinquas liberam in Dei nomine habeas potestatem...

Fórm. vis. 17: Alia.—... et propter gratiam procreandorum filiorum virginitate ante nuptias sponsalicia largitate polliceor et dono hoc et illud quod ex hac die, si Deus praeceperit, natis tuisque posteris derelinquas.

Fórm. vis. 20: ... constituo donoque tibi vel confero, virgo, singula quippe supra vultu conscripta incundo adpraendas, habeas, teneas, post multa relinquas secula posteris in iure, Charissima, nostris...

estaban reservados ¹². El sistema de donación nupcial, ahora llamada "dote", que reflejan las fórmulas era el configurado por la legislación bajo-romana, que le había atribuido la finalidad de aportación al patrimonio familiar, sostén de la viuda y posterior destino a los hijos, sistema cuyos principios se reflejan también en algunas leyes visigodas anteriores a Chindasvinto, a pesar de los términos de este monarca en las leyes *Dum inlicita* (*Liber 4,5,1*) y *Quia mulieres* (*Liber 4,5,2*) ¹³.

Por lo que se refiere a la disposición testamentaria, se conservaba el antiguo principio de la libertad, pero, desde la introducción de la cuota legítima en el siglo II a. C., había sufrido tantas y tan graves limitaciones que se puede afirmar que sólo formalmente se mantenía en vigor, gracias, precisamente, a la facultad de desheredación. La desheredación sí estaba basada en la máxima libertad,

12. P. MEREÁ, *O dote visigótico*, en *Estudios de Derecho visigótico* (Coimbra 1948) p. 37. M. GARCÍA GARRIDO (*El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico*, en *AHDE*. 29[1959] 426), por el contrario, afirma que la libertad de disposición de la "dote", a que alude Chindasvinto en *Liber 4,5,1* y 2, está atestiguada además por Fórm. vis. 20 y 24. Los términos de Fórm. vis. 20, así como los de las otras transcritas en la nota anterior parecen atestiguar lo contrario. Con relación a Fórm. vis. 24, conviene recordar que se refiere a *ius liberorum* en la interpretación visigoda derivada del Breviario de Alarico (Nov. Valentiniano III 4,1 *interpr.*). Esta *interpretatio*, como es sabido, concibió el *ius liberorum* no en el sentido genuino de prerrogativa de las madres de muchos hijos, sino como derecho de los cónyuges sin hijos a instituirse mutuamente herederos, concepción que después San Isidoro definió como *coniugum sine liberis invicem pro loco pignorum hereditatis alterna conscriptio* (Vid. C. SCHWERIN, *Sobre las relaciones entre las Fórmulas visigóticas y las andecavenses*, en *AHDE*. 9[1932] 188). Así se debe explicar el carácter de las facultades atribuidas a la mujer en los documentos redactados según el modelo de Fórm. vis. 24.

13. *Liber 4,5,1*: ... abrogata legis illius sententia, qua pater vel mater aut avus sive avia in extremeam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent, vel etiam de dote sua facere mulier quod elegisset in arbitrio suo consisteret, ...

Liber 4,5,2: Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quedam repperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre, cum quibus constiterit nequiter eas vixisse, adeo necesse est illos exinde percipere commodum, pro quibus creandis fuerat adsumtum coniugium. ...

y esta libertad posibilitaba indirectamente la libertad de disposición testamentaria.

Así, pues, Chindasvinto, si no se refirió de una manera vaga a principios generales que se mantenían vigentes en el Derecho vulgar romano-visigodo, aunque sólo fuera formalmente, debió de referirse a alguna ley que los afectaba. En el Derecho visigodo, el principio formal de libertad de testar también estaba apoyado en la libertad de desheredación. El *Breviario* (*Paul. Sent.* 4,5,1 y *CTh.* 2,19,2 *Interpr.*)¹⁴ recoge y confirma la doctrina que dejaba a criterio de los jueces la apreciación de las circunstancias de la desheredación; no se determinan las causas que la pueden fundamentar, y es lícita cuando el desheredado dio motivo a que el testador preteriera el *officium pietatis*. Este principio de libertad de desheredar, que llevaba a la libertad de testar, sería el que pretendió abrogar Chindasvinto, y, por esto, la ley que lo contiene, la del *Breviario*, sería la que deroga *Liber* 4,5,1, según sospechó Lacoste¹⁵ y ya había indicado concretamente Gama Barros¹⁶.

La derogación del principio de libertad de desheredar y el establecimiento de unas causas concretas de desheredación son la única novedad de la ley *Dum inlicita* de Chindasvinto¹⁷. La labor es semejante a la realizada por Justiniano en su *Nov.* 115. Se trata sin duda de otro paralelismo nada más, explicable por el simple hecho de que las tradiciones jurídicas que representan ambos legisladores habían arrancado de una fase común y desarrollaban las tendencias existentes en la fase anterior a la separación de Oriente y Occidente¹⁸.

14. *Brev. Paul. Sent.* 4.5.1: Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra, liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur esse conscriptum.

CTh. 2.19.2 *Interpr.*: Quamvis leges filiis, si praetermissi testamento fuerint, maiorem quam matribus agendi dederint potestatem, ut de inofficioso matris testamento proponant, id est, si quarta debitae portionis suae filio dimissa non fuerit: ita tamen, si probare potuerint, quod matris in nullo laeserint pietatem, sed se obsequium, ut decuit, praestitisse: sic testamentum matris, in quo praetermissi fuerint, non valebit.

15. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 49.

16. GAMA BARROS, *Historia da Administração VI* cit. p. 401 y 506.

17. *Liber* 4.5.1; vid. n. 14.

18. A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (Salamanca 1943) p. 30 y 55.

La innovación de Chindasvinto, sin embargo, tiene una importancia y una trascendencia enormes: la aproximación de sucesión testada y sucesión legítima. Se establece el principio de que no se puede desheredar sino por unas causas concretas, que habían de ser manifiestamente probadas. Desheredar (*hereditatis lege datae ademptio*) equivalía ahora a excluir la aplicación del sistema de reservas; y al limitar la desheredación se impone la sucesión legítima en detrimento de la testada.

Aparte de esta labor, y en buena medida como consecuencia de ella, Chindasvinto fijó la ley cuya *ademptio* se limitaba; fijó legislativamente las prácticas de su época, basadas en la legislación postclásica, sobre el destino de los *bona materna* y de los *bona paterna*, configurados en relación, y aclaró las dudas, existentes en algún supuesto, acerca de los derechos de disposición sobre las dos masas, paterna y materna, introducidas y cristalizadas por la constitución de Teodosio II y Valentiniano III (*CTh.* 8, 18,9 = *Brev.* 8,9,5) y desarrolladas después en *Nov.* 14 Teodosio II (= *Brev.* 7) y *Nov.* 35 Valentiniano III (= *Brev.* 12) fundamentalmente.

Determinar cuál era en tiempos de Chindasvinto el régimen de los *bona materna* y *paterna*, que el monarca quiere aclarar y fijar, y que terminará por confundir, nos obliga a un examen de su origen y evolución, del que hemos de ver surgir a fines del siglo IV el instituto al cual después el monarca visigodo denominó mejora.

II

1. La sucesión testamentaria sigue en el Derecho romano un estrecho paralelismo con la patria potestad. Los mismos acontecimientos que significan un momento decisivo en la historia de la *patria potestas* suponen un punto fundamental en la evolución de la sucesión testada. Por esto, una analogía entre patria potestad y sucesión testada puede ser instructiva, y ha de ser fecunda también para el conocimiento de la mejora, tan vinculada al poder paterno.

La *patria potestas*, concebida como una pluralidad de sometidos perpetuamente a un jefe, con un poder absoluto sobre ellos,

es una institución propia de los *cives romani*, sin comparación en pueblo alguno. De la misma manera, la libertad absoluta que las XII Tablas conferían al padre de familia en cuanto a las disposiciones testamentarias, correlativa a aquel poder ilimitado, es algo característico y peculiar para los romanos. Ambos principios se han de mantener siempre formalmente en vigor, pero sufrieron tantas y tan graves limitaciones que en los últimos tiempos del Derecho romano tienen ya una aplicación muy limitada.

La *patria potestas* es el eje sobre el que gira el Derecho familiar romano. En su estructura originaria supone poder y no deber hacia los sometidos. Todas las instituciones familiares, y como consecuencia las sucesorias, se conciben en función de ella. La síntesis de la noción de familia y de *paterfamilias* se encierra, todavía en tiempos de Ulpiano, en dos simples proposiciones: sujeción y poder. No hay otra cosa jurídicamente apreciable. Lo más característico es que se trata de una situación de poder absoluto y permanente. Pero existe toda una evolución histórica por la cual, primero en el campo ético y, más tarde, en el terreno jurídico, a través de graves limitaciones en los poderes e imposición de obligaciones, la *patria potestas* se comienza a concebir como *officium* en interés de los hijos¹⁹.

La evolución histórica fue debilitando el carácter autoritario de la relación familiar. La posición de la mujer fue pronto modificada con la difusión del matrimonio libre. Pero el poder absoluto del *paterfamilias* frente a los hijos permanece casi intacto durante toda la época republicana. Solamente en el Imperio, por la influencia de la *humanitas*, se logran algunas limitaciones en el campo moral, que pueden hacerse efectivas *extra ordinem*²⁰. Una limitación jurídica sólo se alcanza muy adelantada la época imperial y después de haberse operado un cambio trascendental por la introducción de la *pietas* y el matrimonio sacramento.

La familia cristiana, centrada no sobre la *potestas*, sino sobre el matrimonio concebido como sacramento, tiene una finalidad ex-

19. Tomo estos datos de mi trabajo *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en *AHDE*, 26(1956) 210-216.

20. F. SCHULZ, *I principi del Diritto romano* (trad. V. Arangio-Ruiz, Florencia 1946) p. 146.

clusivamente ética. La concepción cristiana del matrimonio determina una profunda transformación en la estructura y en la función de la tradicional familia romana. Esta nueva concepción penetra en la legislación a partir de Constantino, y produce un cambio esencial de la *patria potestas* y del régimen patrimonial familiar.

El cambio de la *patria potestas* por el efecto de la *humanitas* y, especialmente, de la *pietas* es decisivo en la libertad de testar. De la misma manera que la *patria potestas* de poder ilimitado pasa a ser un *officium* en interés de los hijos, de la libertad de disposición ilimitada correspondiente a aquel poder absoluto se pasa a la reserva de los bienes para los hijos, tanto más cuanto que los bienes tendían a hacerse familiares, y no exclusivos del padre, en virtud de la concepción cristiana del matrimonio fijada a través de la contraprestación *dote-donatio*.

Como consecuencia del carácter absoluto de la *paterna potestas*, en el campo de las relaciones patrimoniales, el único sujeto jurídico en el seno de la familia es el *pater*, a quien corresponde un poder de disposición ilimitado. El hijo es órgano de adquisición para el padre; todo lo que adquiere pasa automáticamente a engrasar el patrimonio paterno. Lo jurídicamente relevante y fundamental de la patria potestad es el derecho del padre a adquirir todo lo ganado por el hijo. Por esto, cualquier cambio en la situación del padre y, sobre todo, del derecho del padre sobre las adquisiciones de los hijos ha tenido como consecuencia una transformación importante del régimen patrimonial familiar y del de la sucesión. El antiguo principio que excluía toda capacidad patrimonial al *filiusfamilias* se mantiene siempre formalmente en vigor, pero, por la consagración de la cuota legítima y por el continuo e incesante reconocimiento de los peculios, fue objeto de tantas y tan graves excepciones que acaba por tener una aplicación muy limitada.

La introducción de la cuota de reserva, primero en el ámbito social, y jurídicamente por la *querela inofficiosi testamenti* en el siglo II a. C., supone una limitación del poder absoluto y de la libertad de disposición de tal magnitud que ya en la época clásica, aunque el patrimonio familiar pertenece formalmente al padre, pues sólo él puede disponer libremente, en sustancia corresponde a todos

los hijos, los cuales, según Gayo (2,15,7), *vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*.

Pero quizá la más grave limitación del derecho del *pater*, y la más interesante para nosotros en este momento, fue la determinada por Constantino (CTh. 8,18,1 = Brev. 8,9,1)²¹ al establecer que la

21. CTh. 8,18,1: Placuit salva reverentia et pietate sacris nominibus debita, ut potestas quidem et ius fruendi res liberorum suorum in sacris constitutorum in maternis dumtaxat facultatibus penes patres maneat, destituendorum autem liberorum eis licentia derogetur. Cesset itaque in maternis dumtaxat successionibus commentum cretionis et res, quae ex matris successionem fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate adque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur. Nam maternum patrimonium, quod filiis in potestate constitutis obvenerit, cum patre mortuo sui iuris fuerint, praecipuum habere eos et sine cuiusquam consortio placuit. Quod si pater suum filium patremfamilias videre desiderans eum emancipaverit, repraesentare ei maternam debet substantiam, ita ut filius accepto munere libertatis rei que suae dominus effectus, ne videatur ingratus, tertiam partem custoditae sibi rei muneris causa parenti offerat, aestimatione, si res dividi coeperint, bonorum virorum arbitrio permittenda, quam tertiam alienare quoque pater, si hoc maluerit, habebit liberam potestatem. Ante emancipationem autem parentes, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere et quod iure filiis debetur in examine poscere et sumptus ex fructibus inpigre facere et litem inferentibus resistere adque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium et personam gerant legitimam, ita ut, si quando rem alienare voluerint, emptor vel is cui res donatur obsevet, ne quam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans. Docere enim pater debet proprii iuris eam rem esse quam donat aut distrahit; et emptori, si velit, sponsorem aut fideiussorem licebit accipere, quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus.

Interpretatio: Leges istius reliqua pars in aliis legibus continetur: hoc tantum de reliquis legibus plus habet, ut patres, qui filiorum res governare iussi sunt, negotia eorum summo studio et integritate agere procurent, nihil per negligentiam eorum filiis pereat, sed fructus rerum maternarum sine aliqua negligentia redigi vel vendi faciant, ut ex tempore competentis, sicut lex novella dicit, portiones suas filii sine aliqua inminutione percipiant, res filiorum patribus alienare non liceat, hoc est nec vendere nec donare. Quod si fortasse praesumpserint, emptor vel qui donator accesserit grandi se sollicitudine et cura custodiant, ne filiorum res a patre comparatas aut donatas accipiant aut scientes aut etiam nescientes, sed compellant patrem, qui venditor vel donator fuerit et filiorum res in sua retinet potestate, ut probet suum esse quod tradit. Etiam ut suspicionem suam possit abstergere, fideiussorem a patre venditore percipiat, qui obligatione rerum suarum damnum

herencia de la madre fuese adquirida siempre formalmente por el padre, pero sin el derecho de disposición. La medida se extendió por leyes sucesivas a los legados y a las donaciones nupciales. En virtud de esta extensión, la constitución de Constantino se convirtió en el punto de partida y criterio fundamental de regulación de aquella parte del patrimonio familiar que se habría de denominar *bona materna*. Conviene destacar que el derecho concedido al padre sobre la herencia materna es un derecho de propiedad, pero sin la facultad fundamental del propietario, que es la de disponer de la cosa. No es un simple usufructo; Constantino no habla de usufructo, sino de prohibición de enajenar. Las consecuencias de esto se han de dejar sentir siempre en las facultades que se confieren al padre sobre los *bona materna*. El padre sigue siendo formalmente propietario de todo lo que el hijo adquiera de la herencia materna, si bien, al haberse sacado al *pater* la facultad de disponer, su derecho, prácticamente, se reduce a un poder de administración y usufructo legal. La impropia calificación de usufructo es una manifestación vulgarista de la legislación posterior y de la *Interpretatio* (CTh. 8,18,1), que había de tener sus consecuencias en la concepción usufructuaria de los *materna*, así como en el derecho sucesorio de las mujeres.

No menos importante es el contenido del § 2 de la mencionada constitución de Constantino (CTh. 8,18,1) y de su otra constitución del 319 (CTh. 8,18,2 = Brev. 8,9,2)²². Constantino determinó

emptori non faciat, quia defuncto patre licet filiis res suas a quibuscumque personis, sive venditae sive donatae a patre fuerint, in suum dominium revocare.

22. CTh. 8,18,2: Cum ad patrem aliquid ex materna successione interposita cretione pervenerit et ad liberos maternas rerum successiones defluerint, ita eas haberi placet in parentum potestate, ut dominium tantum possessionis usurpent, alienandi vero licentiam facultatemque non habeant, ut, cum actates legitimae liberorum ad emancipationem parentes invitaverint: et patresfamilias videre liberos suos voluerint, tertiam partem maternorum honorum eis filii tamquam muneris causa offerant; quam si suscipiendam patres putaverint, faciendae divisionis arbitrium permitti oportebit iustitiae honorum virorum. per quos facta divisione tertiam partem oblatam parentes accipient, ut alienandae quoque eius partis habeant facultatem, si modo ullus potuerit inveniri, cui placeat hanc amplecti licentiam, cum omni modo filios conducat adniti, ut pio sedulitatis affectu mereantur accipere eam, quam patribus dederint, portionem.

Interpretatio: Materna bona filiorum defuncta uxore pater ita possideat,

que si el *pater* quería convertir a su hijo en *paterfamilias*, emancipándolo, debería darle su parte de la herencia materna y reservarse un tercio, sobre el cual *habebit liberam potestatem*. A esta tercia se le denominó premio de la emancipación. Es éste, sin duda, uno de los acontecimientos más trascendentales en la historia de la emancipación y un dato de los más valiosos para conocer el proceso seguido hasta lograr su introducción frente a la *patria potestas*, que por su carácter perpetuo le era incompatible.

La emancipación debió de nacer como un instituto, con fines fundamentalmente políticos, para soslayar los obstáculos que a los hijos de familia suponía el *status familiae*. Pero difícilmente se comprende que el *paterfamilias* romano, con tanto sentido económico, renunciara graciosamente al derecho a hacer suyo todo lo adquirido por el hijo y a disfrutar su herencia materna. Y de hecho el *paterfamilias* no renunciaría enteramente. La salida de la *paterna potestas* se compensó, primero, con la atribución al padre de una expectativa hereditaria como *parens manumisor*. Ahora, en el sistema introducido por Constantino, la renuncia del *paterfamilias* a sus derechos, por la emancipación del hijo, se compensó mediante una transacción basada en el cómputo del usufructo, que era prácticamente su derecho sobre los bienes del hijo desde la introducción de la reserva de los *materna*. El usufructo, según un criterio recogido en D. 35,2,68 pr.²³, se computaba en treinta años como má-

ut usufructum de his habeat: sed quantum aut quamdiu habeat, lex novella constituit: distrahendi tamen aut donandi ex his nullam pater habeat potestatem. Sane si filium mortua matre emancipaverit, de bonis maternis, id est de emancipati filii portione ipse filius muneris causa de maternis bonis tertiam offerat portionem: quae tamen in ipsius proprietate mansura est, ita ut eam pater bonis viris dividendum consequatur, si tamen tantum patris nomen ad hoc adduci potuerit, ut rem filiorum inopia cupiditate suscipiat aut aliis derelinquat: studere tamen filios decet, ut id, quod parentibus causa emancipationis obtulerint, servitio et pietate recipiant.

23. D. 35,2,68 pr.: Aurelius Macer, libro II ad legem vicesimam hereditatum.—Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, eiusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero viginti usque ad annum vicesimumquintum, annorum vigintiocto; ab annis viginti quinque usque ad annos triginta annorum viginti quinque; ab annis triginta usque ad annos triginta quinque, annorum vigintiduo; ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta, annorum viginti; ab annis qua-

ximo, en una generación, en el tercio de un siglo. Treinta años era el tiempo máximo de vida²⁴ según la antigua concepción que establecía, también, en tres generaciones el límite de la memoria²⁵ y, por lo tanto, la prescripción, la propiedad. De aquí, quizá, que las concesiones no excedieran de los cien años. El usufructo era, por consiguiente, el rédito anual durante treinta años de la cosa usufructuada. Y como el rédito de la totalidad durante treinta años es igual al de la tercera parte durante cien años, se pasaría a considerar la propiedad de un tercio equivalente al usufructo de la totalidad. Además de la compensación de un tercio de los bienes maternos, el padre sigue como *parens manumisor*, situación en que se le ha de mantener hasta la introducción de la emancipación legal.

He aquí la base de la emancipación introducida por Constantino. Se computó el derecho del padre —prácticamente un usufructo— por un tercio de la propiedad del hijo emancipado, que el padre retenía para sí como precio, más bien que como premio, de la emancipación. Y he aquí también la base de las tercias, tan frecuentes en el derecho sucesorio, una de las cuales, se debe recordar, es la mejora. Todas ellas, en mi opinión, proceden del cómputo de

draginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno; ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem; ab annis quinquagintaquinque usque ad annum sexagesimum annorum septem; ab annis sexaginta, cuiuscumque aetatis sit, annorum quinque; eoque nos iure uti, Ulpianus ait. et circa computationem usufructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri; ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur; unquam ergo amplius, quam triginta annorum computatio inire. Sic denique, et si Reipublicae usufructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.

24. P. STEIN (*The notion of generation and the valuation and time limit of usufructus* cit. por U. BRASIELO, *XVI Sessione Internazionale della Società d'Historie des Droits de l'Antiquité*, en *SDHI*. 27[1961] 517) sostiene que la base del cálculo de D. 35,2,68 pr. no es la expectativa del tiempo de vida, sino la aceptación del presupuesto de que la máxima valoración era de treinta años, y supone que el origen de este periodo podría estar determinado por la tasa de los intereses, aun cuando no aparezca en el texto del Digesto.

25. Es elocuente la significación de la fiesta Sed. Vid. A. MORET, *El Nilo y la civilización egipcia* (trad. Pericot, Barcelona 1927).

usufructo. De esta manera, viendo en ellas una computación de un usufructo o de un derecho sin facultad de disposición, se comprenden los tercios que jalonan la introducción del derecho sucesorio de las mujeres y de los cognados y su posterior evolución, tan visible en el Derecho euriciano²⁶.

Constantino, pues, estableció un régimen de los *materna*. Con posterioridad, se extendió este régimen a los legados y a las donaciones nupciales por leyes sucesivas, que no sólo ampliaron aquéllos, sino que en parte los adulteraron. Fueron precisamente la constitución de Teodosio II y Valentiniano III (CTh. 8,18,9 = Brev. 8, 9,5), primero, y la Nov. 14 Teodosio II (= Brev. 7), después, las que denominaron usufructo al derecho del padre sobre los *materna*. Constantino no lo calificó de usufructo, pero sí lo hizo posteriormente la *Interpretatio* a su constitución (CTh. 8,18,1), si bien todavía califica de propiedad el tercio premio de la emancipación. Pero, a partir de la constitución de Teodosio II y Valentiniano III (CTh. 8,18,9) deja de repetirse que la tercia de la emancipación es plena propiedad, como se hacía en las constituciones de Constantino (CTh. 8,18,1 y 2). Era una consecuencia de la equiparación *paterna-materna* y de la caída de la emancipación y posterior consagración de la emancipación legal.

Debemos recordar este estado en que dejamos la evolución del aspecto patrimonial de la *patria potestas*, pues es la base de partida de la regulación de la masa del patrimonio familiar que se desarrolló con el nombre de *bona materna*.

Hemos visto que, como consecuencia del carácter absoluto de la *potestas*, las XII Tablas habían conferido al *pater* una libertad absoluta para ordenar su sucesión. El Derecho de sucesiones romano responde a una concepción individualista. La sucesión legítima ocupa un lugar secundario, del que se deriva su nombre característico de sucesión intestada; esto es, que sólo tiene lugar cuando no se opera la sucesión testamentaria, considerada como normal y primordial. La anécdota de Catón (Plutarco, *Cato maior* 9,6) demuestra cumplidamente el predominio de la sucesión testada y la intensidad de la práctica de testar. También la sustitución pupilar y

26. Vid. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, en *Estudios visigóticos* II (Roma-Madrid 1960) p. 248.

otras instituciones sucesorias son concebibles sólo en un ambiente de absoluta preponderancia de la sucesión testada, en el cual la sucesión intestada se sienta casi como una desventura. A esta concepción fundamental corresponde la amplia libertad de disposición que se garantiza al testador²⁷.

Si bien no tenemos una limitación jurídica de esta amplia libertad de testar hasta una época relativamente tardía, las costumbres y los usos sociales debieron de ir introduciendo desde antiguo algunas limitaciones que suponían el respeto del derecho del hijo. Una prueba de ello la tendríamos ya en la configuración de la dote como compensación de legítima de la hija que sale de la familia paterna para celebrar el matrimonio *cum manu*. Estos derechos hereditarios de los hijos, configurados por los usos sociales, serían los que el Derecho civil y pretorio comenzaron a defender, anulando, con mayor o menor intensidad, el testamento en que eran preteridos; pero se permitía la desheredación formal sin justificación²⁸. Mas la desheredación, corrigiendo el Derecho anterior, fue el vehículo mediante el cual se modificaron antiguas prácticas y se introdujeron otras de inestimable valor. A este respecto, merece destacarse la introducción del usufructo vidual, y también el empleo del fideicomiso para lograr, respecto a los legados en favor de la mujer, el uso y disfrute y posterior destino a los hijos, que había de determinar aquella evolución legislativa que acabó por reducir a usufructo el derecho de la viuda sobre todos los bienes procedentes del marido. Con estas prácticas, encauzadas en la desheredación, y su posterior protección pretoria, comienza a difuminarse el predominio de la sucesión testada, que había de terminar en un predominio de la sucesión legítima después de una serie de graves limitaciones.

Así, una práctica judicial iniciada a fines de la República introdujo en el tribunal de los *centumviri* la norma de que los hijos e incluso otros parientes tenían derecho a recibir como herederos o por otro título una porción mínima de la herencia, *quota legitima*, que llegó a fijarse en la cuarta parte de su porción *ab intes-*

27. SCHULZ, *I principii del Diritto romano* cit. p. 136.

28. A. D'ORS, *Elementos de Derecho privado romano* (Pamplona 1960) p. 189.

tato, y de la cual no podían ser privados sin una justificación, que no llegó a determinarse concretamente, sino que se dejó su apreciación al arbitrio del juez. La impugnación de un testamento que faltaba al *officium pietatis* recibía el nombre de *querela inofficiosi testamenti*. El efecto de la *querela* era la caída del testamento y consiguiente apertura de la delación *ab intestato*²⁹. A partir del siglo III d. C. se admitió también la *querela inofficiosae donationis* o *dotis*, en virtud de la cual toda liberalidad *inter vivos* o *mortis causa* se supeditaba a la intangibilidad de la cuota hereditaria de los legitimarios, que podían revocarla³⁰.

La cuota legítima que había de reservarse a los hijos también fue garantizada desde el campo de los legados. La facultad de legar, surgida para atender ciertas necesidades familiares, y que relacionada con la desheredación había servido de cauce para introducir algunas innovaciones en el Derecho civil, llegó a convertirse en un modo abusivo de ostentación liberal en perjuicio de los herederos. Para remediar estos abusos surgieron una serie de leyes restrictivas: la *lex Furia*, la *lex Voconia* del año 169 a. C. y la *lex Falcidia*. Con la ley *Falcidia*, del año 40 a. C., se consiguió un remedio eficaz, al establecer a favor del heredero una cuota mínima, libre de legados, consistente en la cuarta parte de la herencia, y que se conseguía mediante la reducción proporcional de los legados cuando el testador no había dejado esa cuota para el heredero³¹.

Mediante la *querela inofficiosi testamenti* y la *Falcidia* se garantizó el derecho de los herederos y se estableció jurídicamente la cuantía de la legítima que se debía reservar a los hijos en una cuarta parte del patrimonio. En adelante, todas las cuartas del Derecho de sucesiones se han de explicar como procedentes de la aplicación del juego de la *Falcidia* o de la *querela*, de la misma manera que las tercias derivan de la computación del usufructo como equivalente a un tercio de la propiedad.

Así, pues, comenzó a ser mal visto socialmente, primero, el testamento inhumano y, con posterioridad, el que faltaba al deber paternal o familiar del testador. Hacia fines de la República, el tes-

29. D'ORS, *Elementos* cit. p. 189.

30. D'ORS, *Elementos* cit. p. 191.

31. D'ORS, *Elementos* cit. p. 232.

tamentum inhumanum o *inofficiosum* comienza a ser mal visto incluso por el ordenamiento jurídico, y surge, como hemos observado, la cuota de reserva. La cuota de reserva marca un momento capital en la evolución del Derecho de sucesiones. Con la introducción de la legítima se limitó la libertad testamentaria, originariamente total, y se inició una nueva etapa de predominio de la sucesión legítima. La cuota legítima indica ya crisis de la libertad de testar y preferencia de la sucesión intestada. Lo pone de relieve el camino seguido para establecerla: un cuarto de lo que hubiera correspondido en la sucesión *ab intestato*, a la que se da preferencia.

La crisis de la sucesión testada y del testamento viene confirmada por el codicilo, cuya práctica se extendió sobre todo a partir del siglo III d. C. Es sabido que la legislación y la jurisprudencia daban valor al codicilo cuando aparecía confirmado por un testamento, al que completaba. En otro caso, el codicilo no podía valer como parte de un testamento, pero sí servía para hacer legados y fideicomisos. En la época postclásica, precisamente en el momento de su gran difusión, existe una cierta confusión entre testamento y codicilo que nos parece sumamente reveladora. La confusión indica la sustitución del testamento por el codicilo y, también, la desaparición de la práctica de testar. El aumento del codicilo parece correlativo a la desaparición paulatina del testamento, al que llegó a sustituir³². Todo esto quiere decir que normalmente se seguía la sucesión legítima, que llegó a prevalecer definitivamente, a la cual sólo se quería corregir en parte por medio del frecuente codicilo. Sólo se harían modificaciones del régimen *ab intestato* para hacer encargos de confianza, fideicomisos y, sobre todo, legados; es decir, para donar. De aquí, y como consecuencia de la confusión entre testamento y codicilo, se pasó a llamar al testamento *donatio*; porque la *donatio* era lo sustancial. Esta sería, pues, la razón por la cual *donatio* equivale a testamento en el Derecho euriciano.

Tal era la situación en el Derecho visigodo anterior a Chin-

32. Sobre evolución y crisis del testamento vid., entre otros, FERRARI, *Ricerche sul Diritto ereditario* cit. p. 23 ss.; P. MERA, *Sobre o testamento hispánico no século VI*, en *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra 1948) p. 114; E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, en *RHDF*. 40(1962) 324 ss.

dasvinto: de predominio de la sucesión legítima sobre la testamentaria. En favor de esta situación de predominio de la sucesión legítima deponen además algunos datos significativos. Por un lado, no parece muy clara la distinción entre sucesión testada e intestada en el Derecho visigodo, ni siquiera en el *Liber iudiciorum*. Por otra parte, en el Derecho visigodo no se encuentra alusión alguna a fideicomisos, sustituciones, etc., tan características de un ambiente de práctica testamentaria.

La evidente crisis del testamento desde la época postclásica³³ lleva en el Derecho visigodo a la cristalización de la sucesión legítima como general, y determinadora. De esta suerte, el Derecho sucesorio visigodo aparece como un régimen de reservas dentro de un sistema de teórica libertad de testar, facilitada por la persistencia de la facultad de desheredación. Este era, repito, el sistema anterior a Chindasvinto; era el resultado de la evolución del Derecho postclásico³⁴. En él tenemos, sin necesidad de aportaciones germánicas o de otro tipo, una libertad de principio, conservada formalmente, y una práctica de reservas. Prácticamente existía un sistema de sucesión legítima que operaba normalmente, pero que podía ser alterado por la posibilidad de desheredación formal. Chindasvinto se limitó a establecer unas causas de desheredación y a recoger el sistema de sucesión legítima, con la ya vieja cuota de libre disposición, para una de las dos masas del patrimonio familiar, los *paterna*. Además, recogió también las normas de sucesión de los *bona materna* que la legislación postclásica había ido elaborando. Chindasvinto tampoco innovó aquí, sino que se limitó a fijar el régimen de los *materna* tal como era interpretado por el Derecho vulgar romano-visigodo.

33. FERRARI, *Ricerche sul Diritto ereditario* cit. p. 26.

34. La sucesión legítima en tiempos de Chindasvinto es sensiblemente la establecida en *Liber* 4,1 y 2. Se establecen siete grados de parentesco, siguiendo el sistema del Breviario (*Paul. Sent.* 4,10 e *Interpr.*). Es regla general la igualdad de sexos y la proximidad del grado de parentesco, tanto en los descendientes como en los ascendientes y colaterales. Herederos forzosos eran sólo los descendientes, pero podían ser excluidos por desheredación antes de Chindasvinto, y después de él sólo en los casos expresamente señalados por la ley. Se admitía el derecho de representación, procedente de la tradición romana, en CE. 321, 322 y 327, que Chindasvinto confirmó en *Liber* 4,2,18 y 4,5,4.

2. Veamos ahora, a través de su evolución, cuál era el régimen jurídico de los *bona materna* en tiempos de Chindasvinto.

La concepción cristiana del matrimonio determinó la introducción de un instituto de origen oriental que cambió profundamente el régimen de las relaciones patrimoniales entre cónyuges y, en definitiva, operó un trascendental cambio en el Derecho patrimonial romano.

La *donatio ante nuptias*, denominada después *donatio propter nuptias*, asumía originariamente la característica de *pretium pudicitiae*, la función de reforzar la obligatoriedad de los esponsales, establecer una pena para el caso de divorcio, y también la función de garantizar a la mujer una parte de los bienes del marido en caso de viudedad. El Derecho romano se fue adaptando con dificultad a la concepción de la *donatio*. La legislación imperial la fue configurando en conexión con la dote y a semejanza de ella, bajo la inspiración de una política de contraprestación y equilibrio entre dote y *donatio* tendente a la formación de un patrimonio común. A última hora, primero solamente en el caso de segundas nupcias y posteriormente en general, se dispuso que a la muerte del marido la mujer adquiriese definitivamente la *donatio* sólo en el caso de no haber hijos, y, si existieran, debería conservarla para ellos. A estas alturas dote y donación nupcial pueden considerarse como dos institutos que tienen como fin garantizar la prosperidad de la familia³⁵. Y tal parece ser también su función más sobresaliente en tiempos de Chindasvinto, el cual, al establecer en *Liber* 3.1.5 la obligatoriedad del equilibrio entre dote y *donatio*, como Justiniano, afirmó la igualdad de los cónyuges frente a las cargas matrimoniales. La misma igualdad se pretendía en los lucros nupciales, cuotas de la *donatio* garantizadas en propiedad a la mujer aunque no hubiera hijos, o cuotas de la dote sustraídas a la obligación de ser restituidas, y así garantizadas al marido. Pero el Derecho romano no llegó a consagrar las últimas consecuencias de patrimonio común. Sin embargo, el Derecho visigodo continuó la evolución postclásica, y llevó a sus límites más radicales el sistema de aportaciones iguales o proporcionales, y terminó por consagrar la co-

35. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*¹¹ (Nápoles 1952) p. 459-461.

munidad familiar de él derivada, aunque manteniendo como legal el régimen de separación de bienes³⁶.

Esta es en esencia la evolución general de la *donatio propter nuptias*, cuya primera disposición reguladora, según suele repetirse, fue la constitución de Constantino del 319 (CTh. 3,5,2 = Brev. 3,5,2), en la cual se disponía que las donaciones esponsalicias se sometían a la condición de que el matrimonio se celebrara. La segunda parte de la constitución fue modificada por otra de Constantino a Tiberiano, *Vicarium Hispaniarum*, del año 336 (CTh. 3,5,6 = Brev. 3,5,5), con la conocida ley del ósculo. A partir de aquí, la donación nupcial se nos ha de ir presentando como una aportación del marido tendente, al igual que la dote, a formar un patrimonio familiar, un sostén de la mujer en caso de viudedad y una reserva para los hijos. Desde su introducción se fue configurando a semejanza de la dote para formar un patrimonio común, y el régimen de su posterior destino se inspiró en la doctrina sentada por Constantino en su constitución del año 319 (CTh. 8,18,1)³⁷, aplicada primero en los supuestos de segundas nupcias y después en general. Pero esta particular historia de la *donatio* tiene varias fases³⁸ de gran interés para la mejora.

Después de la legislación de Constantino, tiene una especial relevancia la de Valentiniano I y Teodosio I en la configuración de la *donatio*. La constitución de Valentiniano I, Valente y Graciano (CTh. 3,5,9) regula el destino de la donación nupcial en caso de premoriencia de la mujer, estableciendo que debe volver al donante y que los parientes de la mujer no tienen derecho alguno.

La constitución *Feminae*, del año 382, de Graciano, Valentiniano I y Teodosio I (CTh. 3,8,2 = Brev. 3,8,2) supone un momento fundamental en la configuración de la *donatio*, desde el ángulo de las segundas nupcias³⁹. En ella es posible ver ya, aunque

36. P. MEREJA, *Sobre a comunhão de adquiridos do Direito visigótico*, en *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra 1948).

37. Vid. supra p. 17 s.

38. Puede verse una exposición general con la bibliografía correspondiente en GARCÍA GARRIDO, *El régimen jurídico del patrimonio uxorio* cit. p. 397-418.

39. CTh. 3,8,2: *Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum spon-*

sólo sea germinalmente, la mejora. La constitución *Feminae* impone a la mujer que, teniendo hijos del primer matrimonio, contrae segundas nupcias, la obligación de reservar a los hijos de aquel

saliorum iure, quidquid etiam nubtiarum solemnitate perceperint, quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quidquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesumant atque habeant potestatem: possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit a possidente translatum, maternarum redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant. Illud etiam addimus legi, ut, si aliquis ex isdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, qui sorores vel sororem, non etiam fratrem relinquens senatus consulti beneficio matri simul ac sororibus successionis locum fecisse videatur, seu etiam filia, quae nullo existente fratre et superstitibus matre ac sororibus tantum, adeundae hereditatis locum matri pro dimidia portione servabit, quod successionis beneficio mater videbitur consecuta, in diem vitae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his qui supererunt ex priore suscepti matrimonio filiis relinquat nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet aliam extraneam personam vel quidquam abalienandi habeat potestatem. Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem vel natus native decesserint, omne, quod quoquomodo perceperit, pleni proprietate iuris obtineat, atque ex his nanciscendi domini et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat potestatem. Simili etiam ammoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo; quos, etsi vinculo non adstringimus velut inpositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne, si ita necessitas suaserit, et circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab his oporteat, quod optari interim sperarique condeceat.

Interpretatio: Mulieres, quae amissis maritis ad alias postea nubtias legitimo tempore, id est expleto anno, venerint, si ex priore marito filios habuerint, quidquid per sponsaliciam largitatem vel nubtiarum tempore consecutae sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint transferendum. Quidquid vero prior maritus per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali mulier donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito servitii

primer matrimonio los bienes recibidos del marido por *sponsaliorum iure, quidquid etiam nuptiarum solemnitate, quidquid aut mortis causa donationibus aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio*. Parece, en definitiva, que la constitución sanciona —mediante la utilización de la doctrina de Constantino (CTh. 8,18,1)— la práctica del uso y disfrute de los bienes familiares por la mujer y el posterior destino a los hijos que ya acredita la *Laudatio Murdiae*⁴⁰. La mujer no puede enajenar ni transmitir estos bienes procedentes del marido, sino que se le concede *possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate*. Después la falta de jurisprudencia haría lo demás: confundir donación nupcial y legados y denominar usufructo al derecho de la madre. La situación de la viuda, por consiguiente, es la misma que la del marido respecto a los *materna*. Comienza el paralelismo de los *bona materna* y *paterna*, y podríamos tener también la base de la troncalidad.

Pero lo más importante para nosotros de la constitución *Feminae* fue haber establecido que la mujer podía preferir entre sus hijos al que quisiera para transmitirle estos bienes a ellos reservados. Se dice: *id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos ex praecedente, coniugio habuerint, transmittan vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus; in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum*. He aquí el más remoto origen de la mejora⁴¹.

Es sumamente interesante que el autor de la *Interpretatio*, frente a la enumeración conjunta del texto de la constitución, distingue perfectamente dos grupos de bienes procedentes del marido, atribuyendo a la mujer distintos derechos sobre cada uno de ellos: *quidquid per sponsaliciam largitatem vel nuptiarum tempore consecutae sunt, totum filiis conservabunt, nec in alias vel extraneas personas noverint transferendum* y, además, *quidquid vero prior ma-*

si conferre voluerit, habebit liberam facultatem, ita ut ei de bonis prioris mariti a filiis ipsius quidquam alienare non liceat. Quod si praesumpserit, de propriis facultatibus noverit compensandum...

40. A. OTERO, *Aventajas o mejoría*, en *AHDE*. 30(1960) 494.

41. A esta misma constitución remite FERRARI (*Ricerche sul Diritto ereditario* cit. p. 89 ss.) el origen más remoto de la *melioratio* longobarda.

ritus per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali mulier donatione percepit, seu omnibus filiis seu in unum pro merito servitii si conferre voluerit, habebit liberam facultatem. Sólo respecto a estos últimos bienes, los procedentes de legado o donación del marido, se le atribuye a la mujer el derecho de preferir a uno de los hijos. Esta distinción de dos grupos de bienes procedentes del marido, elaborada por la práctica o por la jurisprudencia, fue sancionada por la constitución de Teodosio I (CI. 5,10,1) y recogida después por otra constitución de Arcadio y Honorio (CTh. 3,9,1); incluso el intérprete pudo haberla tomado de esta constitución, cuya *Interpretatio* obedece a la misma inspiración. Pero, de cualquier forma, es indudable que el derecho de preferir a uno de los hijos se limitaba a los bienes procedentes del marido, excepción hecha de la *donatio*, que se denominará “dote” en el Derecho visigodo, respecto a la atribución de la cual la madre no puede preferir. Esta es la razón fundamental de que la ley *Quia mulieres* (*Liber* 4,5,2) no conceda a la mujer el derecho a mejorar a los hijos con la “dote” y del régimen distinto de dicha ley y de *Liber* 5,2,4 y 5, relativas estas últimas al derecho de disposición sobre los bienes “extradotales”, sobre los que no se le permitirá preferir a uno de los hijos después de Mayoriano.

En el último párrafo de la constitución, se aconseja, pero no se impone legalmente al marido este mismo régimen de reserva para el caso de contraer segundas nupcias.

Pero pronto se terminaría legalmente con la confusión de los bienes procedentes del marido que parece reflejarse en la constitución *Feminae*. Una constitución de Teodosio I, del año 392 (CI. 5,10,1) dispuso que si el marido había dejado a la mujer el usufructo de todos sus bienes y ella contraía segundas nupcias perdía el usufructo en favor de los hijos del primer matrimonio, pero conservaba el usufructo sobre la donación nupcial. El mismo principio es recogido en una constitución de Arcadio y Honorio (CTh. 3,9,1 = Brev. 3,9,1) del año 398. Es necesario repetir que en la *Interpretatio* se distingue claramente entre el usufructo —se le denomina ya así— de los bienes del marido dejados a la mujer y el derecho sobre la donación nupcial —ahora llamado también usufructo—, impuesto por la constitución *Feminae*. Es de estas

constituciones y de la *Interpretatio* a la constitución *Feminae* de donde procede, como hemos visto, la distinción y la regulación separada de ambas clases de bienes procedentes del marido que se hace en *Liber* 5,2,4 y 5 y en *Liber* 4,5,2, respectivamente. Es la misma distinción y regulación que probablemente se encontrara ya en el Código de Eurico, quizá en CE. 319, junto con la regulación de la cuota hereditaria de CE. 322, para cuando ésta tuviera aplicación.

La unificación del régimen jurídico del viudo y la viuda que contraen segundas nupcias la realiza Teodosio II con una constitución del año 439 (Nov. 14 = Brev. 7), que transforma en obligación legal la obligación moral del padre de reservar a sus hijos los bienes procedentes de la mujer aconsejada por la constitución *Feminae*⁴². El primer paso se había dado con la constitución de Cons-

42. *Nov. 14* Teodosio II: *Officium est imperatoriae maiestatis his etiam, qui nondum nati sunt, providere et in parentum contractibus futuris quoque liberis fructum naturae debitum praeparare. Praeteritae constitutiones mulierem, morte mariti matrimonio dissoluto communibus liberis extantibus, donationem ante nuptias resque alias cartis modis ad eam devolutas ex mariti persona isdem liberis quibusdam condicionibus servare praeceperant. Haec divus nostrae mansuetudinis avus humana mente viros quoque, morte mulieris extantibus liberis matrimonio dissoluto, circa dotem resque alias certis modis ad eum ex persona mulieris devolutas isdem condicionibus suaserat observare. Nos feliciter vinculo legis haec a viris observanda censemus. Nam generaliter, quoquo casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt servare sanxerunt, isdem casibus nos per huius legis auctoritatem maritum quoque quae de bonis mulieris ad eum devoluta sunt, morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare censemus nec interesse volumus, si alter pro marito donationem ante nuptias vel pro muliere dotem crediderit offerendam. Haec observari praecipimus, licet res ante nuptias donatae, ut adsolet fieri, in dotem a muliere redigantur; nam et si culpa mulieris repudio matrimonium fuerit dissolutum, maritus totam donationem, non partes ut in altera dote, retinebit. Dominium autem rerum, quae liberis vel huius legis vel praeteritarum constitutionum auctoritate servantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis reservabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt, consumptas ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerant. Alienandi sane vel obligandi suo nomine eas res, quae liberis reservari praeceptae sunt, eis qui reservaturi sunt adempta licentia est. Negotia vero liberorum patri utiliter administrare concedimus. Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel*

tantino (CTh. 8,18,1) sobre los *materna*. Y esta Nov. de Teodosio II es una de las leyes que extendió aquella disposición a los legados y a las donaciones nupciales, siguiendo el camino de la constitu-

eligendi quem voluerint licentia non negamus. In his autem casibus, in quibus res ut paternas mater liberis communibus servare praecepta est (hoc est ubi morte mariti matrimonio dissoluto mulier ad alias nuptias venit) vel ubi ut maternas patrem liberis communibus servare censuimus (hoc est ubi morte mulieris matrimonio dissoluto vir ad alias nuptias venit), si hereditatem eius parentis qui prior mortuus est non adierint liberi, licebit eis, tamquam eius tantum res fuerint, eas sibimet vindicare, scilicet si vel eius qui posterior moritur hereditatem crediderint adeundam, ne, quod favore liberorum indictum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum videatur inventum. Illud etiam humanis sensibus huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucratur vel mulier res, quae ad eam marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt (hoc est ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur nec superstes ad secundas nuptias venit), si res vel maritus vel uxor (hoc est qui superstes est) non consumpserit vel alienaverit, quod eis ad secundas nuptias non venentibus quasi rerum dominis concessum esse non dubium est, si hereditatem eius qui posterior moritur liberi adire noluerint, ut eis liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere. Quod autem scitis prioribus continetur, nec a filia quae in potestate est donationem ante nuptias patri nec a filio dotem adquiri, eo addito confirmamus, ut defunctis his adhuc in potestate patris, si liberis extantibus moriantur, ad liberos eorum eadem res iure hereditatis, non ad patrem iure peculii transmittantur nec per nepotes avo videlicet acquirendae, Florenti parens karissime atque amantissime.

Interpretatio: Haec lex confirmat, ut, sicut mulier post mortem mariti omnia, quae ad eam de rebus mariti quolibet ordine pervenerunt, totum filiis profutorum debeat conservare, hoc etiam et patres de rebus maternis simili observatione custodiant (excepto quod eis fuerit filiorum morte quaesitum ea ratione, sicut lex Theodosiani in octavo libro declarat), si ad secunda vota venerint aut forte non venerint. Res quae filiis iussae sunt reservari, post quorum obitum si alienatae vel obligatae quoquo pacto fuerint, ubicumque eas potuerint invenire, ad suum dominium filios praecipit revocare. Nam permisit, ut mulier de sponsalicia donatione quam a marito percepit, si proprium mulier nihil habeat, dotem exinde ipsi marito possit offerre. Causas vero filiorum patres agere utiliter et cum summa strenuitate constituit et ut dividere aequaliter inter filios facultates maternas aut per se aut per quos elegerint habeant potestatem. Sane de omnibus rebus exoris, quae ad proprietatem mariti quolibet titulo vel nomine, seu donatione seu testamento seu morte filii, pervenerunt, etiamsi ad alias nuptias non transierit, si mortuo eo hereditatem eius filii adire noluerint, omnia, quae de maternis bonis maritus quocumque ordine habuit adquisita, filii sibi, sicut reliquas maternas facultates, apud quoscumque invenerint vindicabunt. Simili ratione, si et mater ma-

ción *Feminae*. La Nov. 14 Teodosio II marca un momento culminante en la evolución del Derecho patrimonial familiar determinada por la introducción de la *donatio* y la política de aportaciones al matrimonio basada en la contraprestación dote-*donatio*. Es el momento intermedio de dicha evolución, cuando aparecen claramente dos masas: paterna y materna. La constitución incluso lleva por título *De paternis sive maternis bonis*, lo cual es sobradamente significativo.

La Nov. 14 Teodosio II regula el destino de todas las aportaciones de los cónyuges como constitutivas de dos masas integrantes del patrimonio familiar. Comienza la constitución extendiendo al marido el mismo régimen de reserva de bienes que la constitución *Feminae* (CTh. 3,8,2) había impuesto a la mujer en caso de segundas nupcias. El marido, por consiguiente, si contraía segundas nupcias, debía reservar a los hijos la propiedad de la dote y de los otros bienes procedentes de la mujer. Pero conviene subrayar que, paralelamente, se estableció, en el § 5. el derecho del cónyuge viudo que no pasa a segundas nupcias de disponer y obligar libremente los bienes procedentes del cónyuge premuerto.

Lo más interesante de la Novela de Teodosio II es que confirma también, por primera vez respecto al marido, la facultad de los padres, ya reconocida a la madre por Teodosio I en la constitución *Feminae* (CTh. 3.8.2). de dividir simplemente los bienes entre todos los hijos o preferir a alguno de ellos⁴³. Obsérvese el gran interés de la disposición. En virtud de ella, el padre puede elegir a rito mortuo, etiamsi ad secundas nuptias non venerit, si hereditatem eius filii adire noluerint, omnia, quae de patris facultatibus mater eorum quoquo modo, ut superius dictum est, adquisivit, filii post mortem matris cuius hereditatem repudiaverint ad integrum sibi vindicent ac defendant: quia iustitiae intuitu constat esse prospectum, ut, quia nihil de illius parentis rebus qui posterior moritur habere dinoscitur, vel ea, quae ex prioris mortui parentis bonis esse constat, ad filios debeant integra pertinere. Reliquum vero huius legis in aliis legibus habetur expositum.

43. Destaca FERRARI (*Ricerche sul Diritto creditario* cit. p. 92) que el autor de la *Interpretatio* Nov. 14 Teodosio II debía de escribir después del año 458. Efectivamente, la *Interpretatio* no repite, como el texto de la constitución, que la madre pueda elegir a un hijo para la atribución de los *paterna*, sino que se refiere solamente al derecho del padre a elegir a algún hijo en la atribución de los *materna*. Es que, como veremos, Mayoriano, en una constitución del año 458, suprimió a la madre el derecho de elegir.

uno de sus hijos para transmitirle los *bona materna* que Constantino había reservado para los hijos. Este derecho de elegir o preferir es exactamente igual que la mejora, y es el origen real de nuestro instituto. Chindasvinto, después, no hizo más que denominarlo mejora.

La novela teodosiana introdujo también un principio que había de perdurar en el Derecho de sucesiones hispánico. Estableció en el § 7 la facultad del hijo, que no quiera adir la herencia del padre o madre supérstite, de recibir solamente los bienes paternos o maternos, considerados ahora como dos masas independientes de la herencia. En esta distinción de una masa paterna y otra materna está la fundamentación de la misma facultad establecida en L. Toro 21 y en el artículo 833 del Código civil. Los juristas después la perdieron de vista y, sobre todo a partir del siglo XVI, justificaron la facultad de renunciar a la herencia y recibir la mejora en una titularidad distinta, de heredero y de legatario respectivamente, recogiendo el principio establecido en Ord. Alcalá 19 y Part. 6,9,2.

Todo este complejo y trascendental régimen lo podemos resumir así: por una parte, se asegura la propiedad y libre disposición de sus bienes y aportaciones nupciales a los cónyuges, pero se reservan dichos bienes, a la disolución del matrimonio, a los hijos. Esta era también la situación en la época anterior a Chindasvinto, por lo que se refiere a la "dote", si bien debe advertirse el confuisionismo provocado por la transformación de la terminología, que llegó a convertir en "dote" la *donatio*.

Otra fase importante en la historia de la *donatio ante nuptias* viene determinada por la legislación de Valentiniano III, Mayoriano y Livio Severo. Valentiniano III, aparte de publicar en Occidente el Código y las Novelas de Teodosio II, introdujo fundamentales innovaciones en la donación nupcial⁴⁴, de gran trascendencia en el Derecho sucesorio visigodo.

En la célebre Nov. 35 (= Brev. 12)⁴⁵, del año 452, Valenti-

44. GARCÍA GARRIDO. *El régimen jurídico del patrimonio uxorio* cit. p. 406.

45. *Nov. 35* Valentiniano III: ... *Opportunum duximus occasione legis ea de successione decernere, quae anterioribus constitutis non sunt evidenter expressa. Itaque si vir sine liberis uxore superstite moriatur, sponsalium, quae mulier accepit, obeuntis patri matrive mediam restituat portionem sibe resi-*

niano III dispuso que en el caso de vivir los ascendientes y no existir hijos debe pasar la mitad de la donación o de la dote a los padres del cónyuge premuerto. En el caso de existencia de hijos, si la mujer muere intestada, el marido tendrá el usufructo y la administración de todos sus bienes hasta que los hijos alcancen la edad de veinte años, en cuyo momento debe entregarle la mitad de dichos bienes y detentar la otra mitad durante su vida. Estamos, si no me equivoco, en el momento de nacimiento de la cuota hereditaria de los ascendientes —la mitad de la donación o de la dote—, que aparece significativamente ligada a la otra gran novedad: la emancipación por imperativo legal. Ambas están en relación, y una ha posibilitado la otra. Antes el padre heredaba del hijo como *parens manumisor*, y, desde Constantino, se compensaba también con el tercio premio de la emancipación. Con la caída de la emancipación, al establecerse legalmente la costumbre de emancipar al hijo que cumplía veinte años y, con posterioridad, al que se casaba, el padre ya no era realmente *parens manumisor*, sino que lo era la ley. La situación se solucionó de dos formas: en el caso de la nueva emancipación legal por cumplir veinte años, para compensar al padre, que perdía también su expectativa de *manumisor*, se concedió una

duam servatura. Si desint personae quas loquimur, ipsi universa proficiant pro pudore percepta, quae non extantibus tam caris religiosisque nominibus inminui non oportet. Similis erit de dote condicio, quam dari praesentis oraculi decernit auctoritas, ut, si nullis interpositis condicionibus viro fuerit contributa (quae lucrativa esse potest), uxorias mortis eventu patri matrive defectae maritus acceptae dotis mediam restituat quantitatem. Pars vero feminae tantum dare debet quantum sponsalibus maritus intulerit, ut dantis et accipientis sit aequa condicio, ne placita futuraque coniunctio uni lucrum alteri faciat detrimentum. Muliere in matrimonio intestata deficiente superstibus filiis derelictis pater usufructus totius patrimonii habeat potestatem usque ad vicesimum filiorum aetatis annum: post medietatem restituat filio filiave, sibi in diem vitae suae medietate detenta. Si expleto filiorum vicesimo anno medietatem portionis suae unicuique dare moluerit, suboli, quae medietatem ex bonis maternis a patre non fuerit consecuta (fructus eius medietatis) post obitum patris a successoribus aestimatione habita iubemus exsolvi, ut, quod in familia quis constitutus amisit, futura saltem compenset aetate. In ipsorum autem matrimoniorum reverentiae vinculum, ne passim et temere deserantur, antiquata novella lege, quae solvi coniugia sola contraria voluntate permiserat, ea quae a divo patre nostro Constantio decreta sunt intemperate serventur...

legítima de los ascendientes de la mitad de los *materna*, que el padre retenía con el doble fin de garantizar su expectativa hereditaria y de compensar su derecho de *patria potestas*; después, con el matrimonio, conceder siempre al padre el premio de la emancipación en caso de matrimonio, porque el casamiento surtía también efectos legales de emancipación. Si bien se mira, no se trata de caída de la emancipación, sino de introducción de la emancipación por imperativo de la ley.

Respecto a la reserva a los hijos de los bienes aportados al matrimonio, Valentiniano III aplicó la Nov. 14 de Teodosio II que ya hemos comentado. Por consiguiente, de la innovación de Valentiniano III se deriva una importante consecuencia para el derecho de elegir —de mejorar— en la atribución de los bienes reservados a los hijos. Anteriormente, según el régimen establecido por Constantino (CTh. 8,18,1), el padre detentaba durante toda su vida la totalidad de los *materna* o de un tercio solamente si emancipaba al hijo. Ahora, al introducirse la emancipación por alcanzar los veinte años, sólo detentaba la mitad, y la tercera parte solamente desde que, quizá antes de Eurico ya, se introdujo la emancipación por casamiento. Así, pues, el padre podría preferir con un tercio de los *materna*. Un tercio será también la cuota de la mejora, continuación visigótica del derecho de elegir teodosiano.

Muy interesante para la historia de la comunidad de gananciales, sobre todo, es la promulgación y aplicación por Valentiniano III de la Nov. 13 de Teodosio II (= Brev. 6), que disponía que los frutos consumidos durante el matrimonio no podían ser reclamados por los herederos del marido o de la mujer difuntos. Se vislumbra ya la comunidad, última etapa de la evolución del derecho patrimonial familiar determinada por la política de aportaciones al matrimonio basada en la contraprestación dote-*donatio*, y de la cual había sido un momento intermedio la Nov. 14 de Teodosio II con su distinción de *paterna* y *materna*. Este predominio de la comunidad tendrá su repercusión en la mejora, pues necesariamente tendería a provocar la confusión de ambas masas de bienes integrantes del patrimonio familiar.

Mayoriano continuó la labor de configuración de las dos masas

familiares. En su Nov. 6⁴⁶ estableció la innovación de considerar los bienes objeto de la donación nupcial como *bona paterna* reservados a los hijos⁴⁷. Esta y otras innovaciones no eran bien digeridas, y así se explica el confusionismo de CE. 322. Además, en Nov. 6,8, el emperador abolió el derecho de la madre a preferir a algún hijo en la atribución de los *paterna* a ellos reservados, que habían configurado los legisladores desde la constitución *Feminae* (CTh. 3,8,2) y que Teodosio II había extendido al padre en su Nov. 14. Debe pararse la debida atención en el hecho de que solamente se abolió el derecho de elegir o preferir de la madre, pero no se abolió el derecho de elegir del padre, concedido a semejanza de aquél. En virtud de la desigualdad que ahora resulta, se debe explicar la diferencia de CE. 321 y 322 a este respecto. Desde ahora, por consiguiente, la madre no puede elegir —mejorar en la terminología de Chindasvinto— destinatario de los *paterna*, pero sí puede hacerlo el padre respecto al de los *materna*. Debemos recordar este dato para interpretar debidamente el alcance de la ley *Dum illicita* respecto a las personas que pueden mejorar.

La Nov. 1 de Livio Severo (= Brev. 1)⁴⁸ hace pequeñas mo-

46. *Nov. 6* Mayoriano: ... Illud sane latus divalis constitutionis abolemus, quo videbatur matribus fuisse permissum, ut ex quantitate sponsaliciae largitatis in unum filium, si vellent, portionem maximam conferendi habeant liberam facultatem: in quam nos filios aequa iubemus lance succedere, si quidem recte illa donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorem maritus contulit tempore nuptiarum. Si vero matri contra religionem sanguinis propositumque pietatis externus heres insidiatorque subrepserit, quidquid ab ea non iustis causis exheredationis extantibus, quas sine dubio probaturus est qui videtur filiis anteferri, donatum fuerit vel relictum aut inreligioso alienatum translatumque commento, id totum ab eisdem filiis vindicetur...

47. GARCÍA GARRIDO, *El régimen jurídico del patrimonio uxorio* cit. p. 408.

48. *Nov. 1* Severo: Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet ut post viri obitum sponsalia in usumfructum tantum mater habeat et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit sive non venerit, et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri conferre non liceat. Nam quid est aliud a filiis alienare, si hoc non est, cum proles numerosa contingerit, praetermissis ceteris uni vel alii prava velle intentione largiri? Sint sane matres, si ita libuerit, pro impensis obsequiis in filiorum electione libe-

dificaciones, y es ya la antesala del Derecho euriciano sobre el particular. Livio Severo deroga las disposiciones de Mayoriano excepto las que se fundaban en las leyes anteriores. Para nuestro tema, pues, no significa nada la derogación. Lo más importante de su labor es que limita los derechos de la viuda, contraiga o no nuevas nupcias, al usufructo sobre la donación nupcial, y reserva la propiedad de ella a los hijos⁴⁹. Confirmó, además, la abolición de Mayoriano del derecho de la madre a elegir a uno de los hijos en cuanto a la reserva de la nuda propiedad, que se impone a favor de todos los hijos por igual, pero se confirma la facultad de la madre para hacer atribuciones del usufructo, que debía percibir ella, al hijo o hija que quiera.

La regulación establecida por Livio Severo se recogió íntegramente en CE. 322 (debemos tenerlo presente en su momento), pero aplicada a la cuota hereditaria de la madre, que es de lo que en aquel capítulo se trata. Se terminó aplicando también a la cuota hereditaria de la viuda el régimen elaborado por la legislación posterior a Constantino.

Por último, hemos de señalar que, como consecuencia de estas disposiciones imperiales que obligan al cónyuge viudo a reservar la aportación nupcial del premuerto a los hijos o devolver la mitad a los ascendientes de él, se generalizaría quizá también en Occidente una costumbre que había tenido gran difusión en Oriente, que consistía en fijar en los documentos matrimoniales mediante *pactum de lucranda donatione* la parte que la mujer adquiriría de la *donatio* en caso de premoriencia del marido. Quizá se refiera a los mencionados *pacta* el célebre texto de Papiniano en el Breviario de Alarico⁵⁰. A mi modo de ver, pudieron haber existido, pero

rales, usumfructum suum cui voluerint largiantur: proprietatis commoda cunctis pariter filiis deputata non minuant. In illa tamen parte matribus salva filiorum utilitate consulamus, ne eas necessitas dandae fideiussionis adstringat, quia et factu difficile est et super hoc filiis abunde vel prioribus constitutis vel praesenti lege prospicitur, quibus et alienatorum vindicatio competit et ex maternis bonis perditarum redintegratio facultatum, Bisili parens karissime atque amantissime.

49. GARCÍA GARRIDO. *El régimen jurídico del patrimonio uxorio* cit. p. 409.

50. GARCÍA GARRIDO. *El régimen jurídico del patrimonio uxorio* cit. p. 409 ss.

no hay pruebas de que hayan sido abundantes. Probablemente se habría consolidado antes la práctica de adquirir la mujer una *quarta* de la *donatio*, mediante la aplicación de la *Falcidia*, por considerarse con derecho a una cuota de la que no podía ser privada. La cuarta se convertiría así en una especie de cuota legítima de la mujer que haría innecesarios los *pacta de lucranda donatione*. Esta *quarta* de la *donatio* procedente, como todas las cuartas del Derecho sucesorio, de la aplicación de la *querela inofficiosae donationis* y de la *Falcidia* se confirmaría como cuota de libre disposición sobre la "dote" en *Liber* 4,5,2. Pero también pudo ser que no hubieran existido⁵¹, y por la inexistencia de pacto se hubiera seguido la aplicación de la *Falcidia*.

3. Llegamos así al Derecho euriciano, fundamentalmente igual al de la época de Chindasvinto. La situación que a nosotros nos interesa se contiene en tres textos: CE. 321, 322 y 327, correspondientes, aunque no siempre iguales, a *Liber* 4,2,13; 4,2,14 y 4,2,18.

CE. 321 (= *Liber* 4,2,13)⁵² es el antecedente inmediato de *Liber* 4,5,1 y también, por consiguiente, un importante capítulo de la historia de la mejora. Se refiere al derecho del padre sobre los *bona materna*, consecuencia de la patria potestad. La ley dice que, a la muerte de la madre, los hijos quedan bajo la *patria potestas*.

51. L. ANNÉ. *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire* (Lovaina 1941) p. 382 n. 3 y 435.

52. CE. 321: Si marito superstite uxor forsitan moriatur, filii qui sunt eodem coniugio procreati in patris potestate consistant, et res eorum, si novercam non superdixerit, ea conditione possideat ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. Fructos tamen omnes pro suo iure percipiat et una cum filiis communibus consumat expensis. Cum vero filius duxerit uxorem aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam recipiat portionem, ita ut usufructuaria patri tertia derelinquatur. Pater autem tam filio quam filiae, cum XX annos aetatis impleverit, mediam ex eadem quam unumquemque contigit de rebus maternis restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati; medietatem vero dum advixerit pater sibi vindicet filiis post obitum relinquendam. Qui autem novercam superdixerit, omnes facultates maternas filiis mox reformet, ne, dum filii cum rebus ad domum transeunt elienam, novercae suae vexentur iniuriis. Eadem quoque de nepotibus forma servetur.

El giro *in patris potestate consistant* debe entenderse en contradicción con el § 5, en donde se recoge la doctrina sobre segundas nupcias. Así se hace normal y lógica la afirmación, y no es necesario pensar en un significado de simple administración⁵³. La *patria potestas* daba derecho al padre a hacer suyos los bienes adquiridos por el hijo. Este derecho del padre se regula aquí, en CE. 321, según el régimen postconstantiniano que conocemos. Al padre se le atribuye un derecho sobre los *bona materna* sin facultad de disposición, tal como se había establecido por Constantino. Los términos son claros: *ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet*. Después, siguiendo también la constitución de Constantino (CTh. 8,18,1) se regula el derecho del padre sobre dichos *bona materna* en caso de emancipación, ahora emancipación legal por matrimonio. Corresponde al padre un tercio de dichos bienes como premio de la emancipación, pero se califica de usufructo el derecho sobre él, que en Constantino era propiedad, por influencia de la interpretación postclásica plasmada en CTh. 8,18,9, que había reducido a usufructo los derechos de ambos cónyuges sobre las aportaciones nupciales⁵⁴. Se establece a continuación la otra forma de emancipación legal al cumplir el hijo veinte años, introducida por Valentiniano III en su Nov. 35, otorgando al padre en dicho caso el derecho a retener la mitad de los *bona materna* del hijo, como garantía de su cuota hereditaria en caso de inexistencia de descendientes.

Lo más interesante para nosotros ahora es la reserva de estas porciones de los *bona materna* en favor de los hijos. El padre, a su muerte, debe dejarlas a los hijos, pero no se aclara más. Sin embargo, debemos entender que debe dejar estos bienes a todos

53. D'ORS. *El Código de Eurico* cit. p. 257; ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* cit. p. 301.

54. Podría pensarse en la posibilidad de una interpolación en el giro *ita ut usufructuaria patri tertia derelinquatur*, que pasó a *Liber* 4,2,13. Desde luego, aun a pesar de la probable desaparición de la idea de usufructo en la Alta Edad Media, es sorprendente que F. Juzgo 4,2,13, coincidiendo exactamente con la doctrina de Constantino y de la segunda parte de *Liber* 4, 5,5 diga *e retenga para sí la tertia parte daquello quel diere por la lazera que tomo con elo*, aunque en *Liber* 4,2,13 (Nov. Wamba) emplee el torpe término *tercia parte por uso del fructo*.

los hijos o al que eligiere, en contraste con CE. 322. CE. 321 no prohíbe expresamente al padre elegir, así como prohíbe CE. 322 a la madre en virtud de la abolición de aquel derecho de la viuda realizada por la Nov. 6 de Mayoriano. El derecho a elegir conferido al padre por la Nov. 14 de Teodosio II no fue derogado por Mayoriano ni por Severo; subsistió en la práctica después del año 458, según prueba Nov. 14 Teodosio II *Interpr.*⁵⁵. En consecuencia, el padre puede mejorar a uno de los hijos dándole, precisamente, el tercio de los bienes maternos, cantidad que él conserva en todo caso hasta su muerte. He aquí la mejora, pero todavía sin calificar con el término que la haría célebre.

El derecho de elegir atribuido al padre puede ser ejercitado por acto *inter vivos*. Nada se opondría indudablemente a una donación *mortis causa*; la disposición *mortis causa* sería la forma normal de atribución de los *materna*. CE. 321 no prohíbe al padre donar *bona materna* al hijo, mientras que CE. 322 prohíbe a la madre donar su cuota hereditaria de los *paterna* al hijo. Al padre no se le prohíbe, luego se le permite. A la mujer no se le faculta para donar al hijo precisamente porque no puede elegir, como garantía de la división por igual entre todos los hijos. Lo que quizá no sería posible, por principio, es la donación al hijo sometido a la patria potestad: sólo se podría donar al emancipado.

CE. 322 (= *Liber* 4,2,14)⁵⁶ trata de la cuota hereditaria de la

55. Vid. supra n. 43.

56. *CE. 322*: Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis... e conferre praesumat. Quod si eam filii hanc portionem matris evertere sive per negligentiam sive per odium eorum forte prospexerint, ad millenarium vel ad comitem civitatis aut iudicem referre non differant ut matrem suam contestatione commoneant ne res quas ad usumfructum accepit evertat. Nam usumfructum quem ipsa fuerat perceptura dare cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. Verum si ex usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios aequaliter revertatur, quia non possunt de paterna hereditate fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

viuda. La viuda hereda de su marido como un hijo más, una cuota igual a la de los hijos, pero sólo en usufructo, y la pierde al contraer nuevas nupcias⁵⁷.

El derecho concedido al padre por CE. 321 sobre los *bona materna* es consecuencia de la *patria potestas*, y por eso se puede mermar por la emancipación. El derecho de usufructo sobre una cuota de los bienes del padre que CE. 322 confiere a la madre no es una cuota viudal, sino una cuota hereditaria, que no puede mermarse, como el derecho del padre sobre los *materna*, precisamente por su diferencia de carácter, por ser una cuota hereditaria. Por eso desaparecería en la época postgótica, como acredita la ausencia de la *antiqua* 4,2,14 en Toled., Malpica 2 y Esc. 1, pues la cuota hereditaria de la mujer no era necesaria en un ambiente de comunidad patrimonial familiar.

Es un simple derecho de usufructo el que se concede a la mujer sobre la cuota hereditaria. Porque el régimen establecido en CE. 322 procede del último Derecho romano, tal como aparecía en las Novelas de Mayoriano 6 y de Severo 1. Lógicamente se aplicó a la cuota hereditaria legal, de la sucesión intestada, el mismo régimen que a lo recibido del marido *per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa donationis*. Desde antiguo se había generalizado la concepción del uso y disfrute de los bienes familiares por la mujer y su posterior destino a los hijos, confirmada por la legislación postclásica. El Código de Eurico continúa aquí también en la línea del Derecho romano vulgar. No hay contradicción de este sistema en ningún otro texto euriciano, ni, mucho menos, es posible ver libertad de disposición. CE. 319⁵⁸ no enuncia un tal principio general de libertad de disposición en favor de las viudas. CE. 319 permite a la viuda sin

57. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. p. 258 ss.

58. CE. 319: *Maritus si uxori suae aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata sed in pudicitia permanserit, aut si certe ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. Sin autem per adulterium seu inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris legitimos revertatur.*

hijos disponer de los bienes legados por el marido siempre y cuando no incurra en unión ilícita (*adulterium seu inhonesta coniunctio*). Pero sólo se le permite, sin duda, a la viuda sin hijos⁵⁹. Es necesario pensar así precisamente porque por el incumplimiento de la condición de vida honesta no se impone la pérdida de los bienes en favor de los hijos; señal evidente de que no hay hijos, a quienes deberían necesariamente revertir los bienes en caso de incumplimiento de la condición y consiguiente pérdida de un tal derecho de libre disposición, para no vulnerar los principios sucesorios fundamentales. CE. 319 es una regla de excepción para el caso de inexistencia de hijos, que pudo estar acompañada en el Código euriciano de otra con el principio general de reserva a los hijos, en la cual se introduciría la cuota disponible de un quinto, en época de Leovigildo quizá, al mismo tiempo que se modificaría CE. 319, reduciendo a un quinto la facultad de disposición total de la viuda honesta sin hijos. Así se explicaría también la relación entre *Liber* 5,2,4 y 5,2,5. *Liber* 5,2,5 puede ser anterior a *Liber* 5,2,4 y proceder de CE. 319, y, tal como dicen Zeumer y d'Ors, haber sido interpolada por Leovigildo⁶⁰. *Liber* 5,2,4⁶¹, de Leovigildo, habla de donaciones *extra dotem* y viene a ser el principio general de reserva para los hijos con facultad de disposición de un quinto.

59. Así supuso también LACOSTE (*La mejora* cit. p. 23 ss.), negando la existencia en CE. 319 del derecho de libre disposición de la viuda aludido por Chindasvinto en *Liber* 4,5,1 y 2.

60. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. p. 238; ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* cit. p. 334 ss.

61. *Liber* 5,2,4: De rebus extra dotem uxori a marito conlatis.—Si mulier a marito extra dotem de quibuscumque rebus, quacumque donatione vel profligatione conquisitis aut illi debitis, quoquo tempore quodcumque donatum acceperit, si filii de eodem coniugio fuerint procreati, mulier usque ad diem obitus sui secura possideat et de quinta tantumdem parte earum rerum faciendi quod voluerit potestatem obtineat; post obitum vero suum reliqua integra et intemerata filiis ex ipso viro procreatis derelinquat, et nulla occasione exinde, excepto, ut dictum est, quintam partem, quidquam aliut mulier alienare presumat. Quod si ex ipso coniugio filii non fuerint procreati, quidquid mulier de rebus sibi donatis facere elegerit, liberam habeat potestatem. Ceterum si intestata discesserit, ad maritum eius, si suprestis extiterit, donatio revertatur. Sin autem maritus non fuerit, ad heredes mariti, qui donationem fecit, eadem donatio pertinebit. Simili ratione et de viris precipimus custodiri de his, que ab uxoribus tempore quocumque donata perceperint.

y libertad de disposición cuando no hubiera hijos o reversión a los parientes del marido si muriere intestada. *Liber* 5,2,5⁶² sería la excepción en caso de vida deshonesto de la viuda, en cuyo supuesto se le priva, desde Leovigildo, del quinto de libre disposición de lo legado por el marido, si tiene hijos, y de la facultad de disposición total, como en CE. 319, si no los tuviera⁶³.

También lo más interesante ahora de CE. 322 es que la madre no puede enajenar los bienes de la cuota hereditaria, debiendo reservarlos a los hijos, pero sin facultad de elegir a uno en particular. Este derecho de mejorar a uno de los hijos, que le había sido concedido por Teodosio I (CTh. 3,8,2) y Teodosio II (Nov. 14), y que se limitaba a los legados y a las donaciones del marido desde *Interpr.* CTh. 3,8,2⁶⁴, fue derogado por Mayoriano (Nov. 6,8) y por Livio Severo (Nov. 1). CE. 322 siguió también en este punto el régimen confirmado por la última legislación romana, y no permitió a la madre elegir destinatario de los *bona paterna* por ella detentados; es decir, no la facultó para mejorar.

III

1. La ley *Dum inlicita* (*Liber* 4,5,1)⁶⁵, como ya sabemos⁶⁶, establece unas causas de desheredación que deben ser probadas,

62. *Liber* 5,2,5: De rebus a marito mulieri concessis, vel si mulier fuerit adulterasse detecta.—Maritus si uxori sue aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata, sed in pudicitia permanserit, aut certe si ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de rebus sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum, si filios non habuerit, relinquendi cui voluerit habeat potestatem. Ceterum si filios non relinquens intestata discesserit, aut ad maritum eius, si suprestis extiterit, aut ad heredes mariti, qui donationem conscripsit, eadem donatio pertinebit. Si autem per adulterium seu per inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris vel ad filios legitimos revertatur.

63. No tiene relevancia que *Liber* 5,2,4 se refiera a donaciones *extra dotem* y *Liber* 5,2,5 a legados o donaciones *mortis causa*, pues el régimen de ambos era el mismo. Recuérdese que incluso *Interpr.* CTh 3,8,2 (Vid. supra p. 29) los agrupa contraponiéndolos a la *donatio ante nuptias*.

64. Vid. supra p. 29.

65. Vid. supra n. 7 y 72.

66. Vid. supra p. 13.

con lo cual se consagra un predominio del régimen sucesorio legal cuya *ademptio* se pretendía corregir con la desheredación. Así se explica el doble objetivo del título y de la ley: causas de desheredación y normas sobre facultad de disposición.

Como consecuencia de su objetivo fundamental, Chindasvinto hubo de fijar en la ley *Dum inlicita* las normas que debían aplicarse en defecto de la desheredación. El régimen legal cuya aplicación impone ahora Chindasvinto, sin posibilidad de eludirlo con la libertad de desheredación, era el vivido del Derecho vulgar romano-visigodo, resultado de un largo proceso evolutivo a partir de la absoluta libertad originaria. La ley *Dum inlicita*, por consiguiente, fijó las normas configuradas por la legislación postclásica sobre transmisión y disposición del patrimonio familiar, integrado por la masa paterna y materna fundamentalmente. Desde otro punto de vista, podemos decir que se fijan las cuotas disponibles de cada una de las masas paterna y materna configuradas por el Derecho postclásico. Todo lo demás, salvo las excepciones que veremos, debía reservarse a los herederos, según el orden establecido en *Liber 4.2.1* y ss.

Ninguna ley del *Liber iudiciorum* nos permite averiguar cuál era antes de Chindasvinto el derecho de disposición del padre sobre sus bienes. Pero podemos afirmar, sobre la base de la ley *Dum inlicita* de Chindasvinto, que el padre podía disponer de una quinta parte de sus bienes para donar a la Iglesia, a los libertos o a quien quisiere. Chindasvinto enuncia la facultad de disponer de la quinta en unos términos—*de quinta tantum partem iudicandi potestas illis indubitata manebit*—que demuestran la existencia anterior de la cuota de libre disposición de un quinto y que el monarca legislador se limitó exclusivamente a fijar las normas existentes sobre facultades de disposición de los distintos bienes del patrimonio familiar. La quinta es la célebre cuota de libre disposición, introducida en la época de Leovigildo, y de cuyo carácter no vamos a ocuparnos⁶⁷. Esta cuota de libre disposición del

67. Puede verse L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 9(1932) 129-176; J. MALDONADO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español* (Madrid 1944) y últimamente E. BRUCK, *Kirchenväter und soziale Erbrecht. Wanderungen religiöser Ideen durch die*

padre sería también antes de Chindasvinto la quinta parte de sus bienes deducidas las deudas, pero excluidos aquellos que tenían un régimen especial, como las donaciones regias y los *bona materna*. El quinto de libre disposición se extraería según lo establecido en Brev. *Paul. Sent.* 4,3,3 *Interpr.*⁶⁸, que es de donde procede el sistema de cómputo del quinto. A tenor de este texto, las donaciones a las iglesias se extraerían del patrimonio después de deducidas las deudas y antes de la cuarta debida a los herederos, cuyo cómputo se hacía sobre la cantidad resultante después de separada aquélla. Antes de Chindasvinto se comprende que no se planteaba el problema de si debía ser sacada antes o después de la mejora por la clara distinción de las distintas masas de bienes sobre las que gravitaban.

La transmisión y disposición de los *materna* se haría según el régimen establecido en CE. 321, que ya conocemos. De los *bona materna*, que el padre retenía aún después de la emancipación, el padre podía disponer libremente entre sus hijos o nietos a quienes estaban reservados; es decir, el padre puede distribuir los entre todos los hijos o dárselos —mejorar— a uno de ellos que eligiere. El padre, pues, no tiene sobre los *bona materna* una cuota de libre disposición.

Por consiguiente, régimen de cuota de libre disposición respecto a los bienes del padre y sistema de los *materna* son el régimen que Chindasvinto establece como legal en defecto de la desheredación.

Ahora bien: se puede comprender cuánta sería la dificultad de aplicación del precepto euriciano referente a la transmisión de los *materna*, con sus complicaciones de reducciones por emancipación. Además, la dificultad de conocimiento de las cuantías de las

Rechte der östlichen und westlichen Welt (Berlín-Heidelberg 1956); recensión de A. D'ORS en *AHDE.* 27-28(1957-58).

68. *Paul. Sent.* 4,3,3: Lex Falcidia itemque Senatusconsultum Pegasianum, deducto aere alieno deorumque donis, quartam residuae hereditatis ad heredem voluit pertinere.

Interpretatio: Lex Falcidia, similiter et Pegasianum Senatusconsultum, facta hereditarii debiti ratione et separatis his, quae in honorem Dei ecclesiis relinquuntur, quartam hereditatis ex omnibus ad scriptum heredem censuit pertinere.

distintas masas constitutivas del patrimonio familiar, formadas por las aportaciones de los cónyuges, sería mayor a medida que fuera ganando terreno la comunidad de ellas derivada. Chindasvinto tuvo que resolver el problema del desconocimiento de las cuantías de las distintas masas como consecuencia también del objetivo principal de su ley *Dum inlicita*. Tuvo necesidad de una presunción general de las cuantías de los bienes integrantes del patrimonio, cuando no se conocían exactamente, para aplicar las normas sobre el destino de las masas paterna y materna. Las reglas generales aplicables eran la quinta de libre disposición y el régimen recogido en CE. 321, además del de CE. 305, recogido en *Liber 5,2,2*, sobre donaciones regias; y serían las que se aplicarían normalmente cuando se conocía la composición del patrimonio. Por esto la ley repite en algún momento *indubitada manebit*. Cuando se desconocían las cuantías se aplicaría la misma norma, pero sobre la base de la presunción establecida ahora por Chindasvinto en *Liber 4,5,1*. CE. 321, antecedente inmediato de *Liber 4,5,1* y norma general, subsistiría en su versión de *Liber 4,2,13* al lado de la ley *Dum inlicita* de Chindasvinto, que, en este sentido de facultades de disposición—objetivo secundario de la ley—vino a ser la necesitada regla para el supuesto de desconocimiento de las cuantías de las masas paterna y materna; algo parecido a lo que fue posteriormente la ley *Dum cuiuscumque* (*Liber 4,2,16*) respecto a la comunidad de gananciales. Después, esta regla especial se convirtió en norma general, y *Liber 4,2,13* pasaría a lugar secundario, quizá cuando la comunidad llegó a prevalecer y se consumó la confusión definitiva de *paterna* y *materna*, precipitada por *Liber 4,5,1*.

Según *Liber 4,5,1*, el padre podía disponer de una quinta parte de sus bienes para donar a la Iglesia, a los libertos o a quien quisiera. Como consecuencia de la presunción de las cuantías de la composición del patrimonio sobre la totalidad del mismo, *Liber 4,5,1* no hizo distinción de las masas sobre las que gravitaban las cuotas disponibles, y pasaría a entenderse que el quinto se extraía de la totalidad del patrimonio. Ervigio hubo de salir al paso de la deformación, excluyendo de los efectos de la *Dum inlicita* las donaciones reales; pero no excluyó los materna, que quedaron definitivamente confundidos. Lo que sí resultó claro, y lo interpretó bien L. Estilo 214, es que la cuota libre debe ser sa-

cada en primer lugar. Ello no quería decir que se debiera sacar de la totalidad de la masa hereditaria, aunque la ley *Dum inlicita* dio lugar a que así se entendiera, sino simplemente que se extraía antes, y sobre la cuantía restante se hacía el cómputo de la cuarta debida a los herederos, según el régimen derivado de Brev. *Paul. Sent.* 4,3,3 *Interpr.*

El padre, además, podía mejorar a uno de los hijos dándole la décima parte de sus bienes. También aquí, aun cuando la facultad de mejorar se limitaba a la porción de los *bona materna* detentados por el padre, que eran por lo menos un tercio de aquéllos, la ley *Dum inlicita*, también como consecuencia del cómputo de las masas sobre la totalidad, estableció que la mejora era un décimo —luego un tercio— del patrimonio, sin precisar más. Chindasvinto, si no nos equivocamos, fijaría la cuantía de la mejora basándose en una presunción de la cuantía de los *bona materna*. Lo haría considerando que eran una determinada parte del total del patrimonio, con lo cual ya se daba el paso para poder confundir la cuota de la mejora con una parte de aquella totalidad. La cuantía de la mejora pudo haber sido una cifra un tanto convencional, pero más bien parece que se estableció sobre un cálculo referido a la totalidad del patrimonio. Ahora bien, la cuantía de la mejora fue establecida en un décimo por Chindasvinto y después aumentada a un tercio por Ervigio. Aunque la *Dum inlicita* no es muy clara en este sentido, por las razones de presunción de las cuantías y consiguiente confusión, parece que debería entenderse que es un décimo o un tercio también de la totalidad del patrimonio, como vino a suceder con el quinto de libre disposición. Así lo han entendido algunos autores⁶⁹. Lacoste, sin embargo, sostuvo que la mejora era la décima, o el tercio después, de los cuatro quintos; es decir, la décima o el tercio de la totalidad menos el quinto de libre disposición⁷⁰. Se hace necesario pensar como Lacoste precisamente por el sistema de extracción del quinto libre, condicionador también del cómputo de la legítima. Todo viene condicionado por la forma de

69. FERRARI, *Ricerche sul Diritto ereditario* cit. p. 83; TAMASSIA, *La melioratio dei figli nell'antico Diritto ereditario germanico*, citado por ROMERO VIEITEZ, *La fórmula mejora de tercio y quinto* cit. p. 130 n. 28 y ROMERO VIEITEZ, *op. cit.* p. 42 ss.

70. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 63 ss.

sacar la cuota de libre disposición. Así como el cómputo de la cuarta debida a los herederos se hacía después de deducido el quinto libre, así también el cómputo de la mejora se haría después de deducida la cuota libre, y gravitaría sobre los cuatro quintos restantes.

Sería interesante esclarecer por qué se estableció la cuantía de la mejora en un décimo y en un tercio por Chindasvinto y Ervigio respectivamente. Desde antiguo, según el sistema recogido en CE. 321, el derecho de elegir —mejorar— venía a recaer en definitiva sobre un tercio de los *bona materna*; el tercio de la emancipación que el padre retenía hasta su muerte, y que debía dejar a todos los hijos por igual o dárselo al hijo que eligiere.

A primera vista, llama la atención que Chindasvinto estableciera para la mejora la cuota de un décimo (*Liber* 4,5,1) y un décimo también para la *donatio propter nuptias* (*Liber* 3,1,5) que denomina “dote”. Resulta tentador pensar que ambas cuantías se hubieran fijado en relación la una con la otra, tanto más cuanto que, como sabemos, la mejora gravita en torno a los *bona materna*, constituidos fundamentalmente por la *donatio*. Ahora bien; no se explicaría cómo después Ervigio elevó la mejora a la tercia pero no cambió fundamentalmente la cuantía de la *donatio*. Sin embargo, el paralelismo se repite en la época postgótica. Por una parte, al regularse en el Derecho municipal la cuantía de las arras en una pequeña cuota, aparentemente arbitraria, con el solo objeto de acomodarse a la doctrina *ne sine dote coniugium fiat* de la forma ervigiana de *Liber* 3,1,9 (= F. Juzgo 3,1,10 de Toled., Esc. 1 y Malp. 2) no tenía relevancia la mejora, y, correlativamente, se permitirían pequeñas donaciones en algunos textos locales y territoriales. Por otro lado, en la época postgótica, quizá partiendo de esta idea de relación entre arras y mejora, se interpretó en algunos lugares que se podía dar de arras el tercio de los bienes, y en otros lugares se siguió fielmente la cuantía establecida por *Liber* 3,1,5, dando lugar, según mi opinión, a la doble modalidad de arras a fuero de Castilla y arras a fuero de León⁷¹. Esta hipótesis, sin embargo, hace necesario suponer que se habría dejado de considerar la posible reducción, por emancipación, de los *ma-*

71. A. OTERO, *Liber iudiciorum* 3,1,5, en *AHDE*. 29(1959) 553.

terna detentados por el padre o que se especuló sobre la base de la donación de la mitad de los bienes presentes y futuros del marido, que Chindasvinto quería combatir con *Liber* 3,1,5, en cuyo caso se habría seguido un proceso de cálculo que hemos de considerar.

Chindasvinto, pues, pudo haber establecido la cuota de un décimo para la mejora partiendo de un cálculo de los *materna* como constituidos fundamentalmente por una "dote" mitad del patrimonio, cual la acreditada por algunas escrituras "dotales", que era en cierto modo el ideal o la conclusión de la política patrimonial familiar de contraprestación dote-*donatio* establecida por Chindasvinto en la ley *Cum de dotibus* (*Liber* 3,1,5). De esta manera, la cuota de Chindasvinto sería exactamente un décimo. Se consideraba que los *bona materna* eran la mitad del patrimonio familiar, bien por presunción basada en la proporcionalidad de las aportaciones matrimoniales que inspira a *Liber* 3,1,5, bien por operar con la idea de división por mitad, consecuencia de la presunción subsidiaria de comunidad, o bien, menos probablemente, basándose en la realidad práctica de donación a la esposa de la mitad del patrimonio del marido. De esta manera, deducido el quinto libre del marido, su derecho de elegir o mejorar a los hijos, calculado en su reducción por emancipación, es un tercio de los bienes maternos, es decir, un tercio de la mitad de los cuatro quintos de que ha podido disponer libremente la mujer en virtud de la facultad concedida por la ley *Quia mulieres* (*Liber* 4,5,2); esto es, un décimo. Con la cuota del décimo, por consiguiente, el padre mejora a los hijos con el tercio atribuido por CE 321 y *Liber* 4.2.13, a quienes estaban reservados los bienes maternos. Ahora bien, al hacer la evaluación global, computando el quinto libre sobre la totalidad del patrimonio en vez de hacerlo sobre la parte paterna, se había duplicado el volumen del quinto, mientras que de dicha evaluación, y al asignársele a la mejora su equivalente de un tercio de la mitad, es decir, un décimo de los cuatro quintos, se dejó la mejora en su antiguo volumen, con lo cual se rebajó aproximadamente en la mitad el volumen de la mejora en proporción al quinto. Con esto resultaba una desigualdad injustificada entre el régimen normal de *Liber* 4,2,13 y el especial de *Liber* 4,5,1.

Para remediarla y para compensar el aumento de la cuota libre, Ervigio elevaría la cuantía de la mejora a un tercio, con lo cual se restablecía también su cuota tradicional y, sobre todo, se compensaba exactamente la subida del quinto, pues se conseguía aumentarla en la misma o parecida proporción que la cuota libre.

Pero el proceso quizá pudo haber sido mucho más sencillo. No se puede descartar totalmente que Chindasvinto hubiera fijado la cuantía de la mejora en un décimo queriendo, un poco arbitrariamente, que fuera la mitad de la cuota de libre disposición. Ervigio, después, trataría de remediar la arbitrariedad y la desigualdad que hemos observado anteriormente, y la elevaría a un tercio, reintegrándola a la cuota tradicional de la mejora.

2. Ervigio, como es sabido, introdujo algunas modificaciones en el texto de la *Dum inlicita* de Chindasvinto⁷². En mi opinión, las modificaciones de Ervigio no pueden ser calificadas de innovaciones. Ervigio, simplemente, trataría de suplir las omisiones

72. *Liber 4.5.1*: *Dum inlicita* queque perpetrari cognoscimus, legem ponere secuturis oportune compellimur... *Hoc tamen, rationis intuitu prelucente, observandum adicimus, ut pater vel mater, avus vel avia de supradicta tertia parte rerum suarum, si in nomine filiorum suarum atque nepotum aliquid specialiter scriptis conferre decreverint, iuxta testationis eorum ordinem cuncta erunt observanda perenniter; qualiter testatio talium de eadem tertia portione, iuxta quod eam in singulis voluerint prelargire, plenam et inconcussibilem obtineat firmitatem. Nec licebit filiis ipsis atque nepotibus, qui de hac tertia portione aliquid meruerint a parentibus suis vel aviis percipere, quodcumque aliud iudicare, excepto si a parentibus vel aviis nulla ad futurum videatur pro conlatis rebus testationis condicio intercessisse. Sane si filios vel nepotes habentes ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint de facultate sua largiendi voluntatem habuerint, extra illam tertiam portionem, que superius dicta est, quinta iterum pars separabitur. De qua quinta parte iudicandi potestas illis indubitata manebit. Sed sive tertia rerum pars, que meliorandis impendi precipitur, sive quinta, que pro consolatione ecclesiarum vel libertorum seu quorumlibet impensione separari iubetur de propriis tantumdem rebus separabitur. Nam quod quisquis ille per auctoritatem percipere meruit principum, nullo modo in adnumeratione huius tertie vel quinte partis quolibet titulo admiscetur, sed iuxta legem aliam hoc a rege perciperint, habebunt licitum, quale voluerint de conlatis sibi rebus a principe ferre iudicium. Exheredare autem filios...* (sigue hasta el final la versión de Ervigio sin separarse de la de Chindasvinto).

y remediar las incorrecciones de Chindasvinto en la regulación de la mejora y de las otras facultades.

Pueden reducirse a cuatro las modificaciones introducidas por Ervigio en la regulación de la mejora. Lacoste⁷³ las ha considerado ampliamente. Por esto, nos limitaremos a un análisis de lo fundamental y a señalar nuestro punto de vista.

Ervigio modifica la cuota de la mejora, elevándola de un décimo a un tercio. Ya hemos visto más arriba, al examinar los orígenes de la cuantía, las posibles razones de esta modificación, que, en definitiva, no supone otra cosa que reintegrar la mejora a su cuota tradicional de un tercio, si bien su volumen vino a resultar aumentado—cosa que no sucedía con el décimo de Chindasvinto—, de la misma manera y en igual proporción que la cuota libre.

Se reconoce o confirma la facultad de descomponer o fraccionar la mejora, pudiendo ser atribuida a un solo hijo o distribuida, incluso desigualmente, entre varios, según la expresa voluntad del testador. Esta modificación ervigiana es, sin duda, la que tiene más aspecto de innovación y la que cuenta con menos datos documentales para justificar su existencia anterior. Todo parece indicar, sin embargo, que es una práctica anterior, omitida por Chindasvinto y recogida por Ervigio.

La legislación postclásica repitió con gran claridad que se podía elegir a un hijo para la atribución de ciertos bienes a ellos reservados. No deja lugar a dudas el claro empleo siempre del singular por las constituciones imperiales, pero no es tan clara la forma de expresión de *Interpr. Nov. 14 Teodosio II*, quizá significativa a este respecto⁷⁴. Por otra parte, se aprecia en los tex-

73. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 77-86.

74. *CTh. 3,8,1*: ... integrum ad filios, quos ex praecedenti coniugio habuerint, transmittant vel ad quemlibet ex filiis ..., in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum...

Interpretatio: ... de his rebus..., seu omnibus filiis seu in unum pro merito servitii si conferre voluerit, habebit liberam facultatem...

Nov. 14 Teodosio II: ... Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi quem voluerit licentiam non negamus...

Interpretatio: ... et ut dividere aequaliter inter filios facultates maternas aut per se aut per quos elegerint, habeant potestatem...

tos un proceso que pudo ser decisivo en la penetración de la pluralidad de mejorados. Puede observarse que la constitución *Feminae* (CTh. 3,8,1) y su *Interpr.* repetían que se podía elegir —mejorar— a un hijo *contemplatione meritorum* y *pro merito servitii* respectivamente. Ni las constituciones posteriores ni la *Interpretatio* vuelven a repetir la motivación del derecho de elegir. Iria desapareciendo la idea de *contemplatione meritorum* y con ella la causa del derecho de elegir, ausente ya en Nov. 14 Teodosio II. Y esta constitución, al mismo tiempo, facultó al padre viudo que no pasa a segundas nupcias para disponer y obligar libremente los bienes. Ambas cosas abrirían el camino para el fraccionamiento de los bienes objeto de la reserva y su atribución a uno o a varios hijos, según la libre voluntad que se concede al disponente.

El testador podía gravar con cargas la mejora de sus descendientes. Tampoco aquí innovó Ervigio, sino que se limitó a consignar una facultad del padre que se había omitido en la redacción de Chindasvinto. Este derecho es perfectamente acorde con la evolución del régimen de los *materna*, si bien en algún momento la interpretación vulgar lo ha podido oscurecer un tanto con su concepción usufructuaria.

Constantino, según hemos repetido, puso la base de la regulación de los *materna* al establecer en CTh. 8,18,1 que la herencia de la madre fuese adquirida siempre por el padre, pero sin el derecho de disposición. Con posterioridad, se extendió el régimen de Constantino a los legados y a las donaciones nupciales por leyes sucesivas, que no sólo ampliaron el ámbito de los *materna*, sino que en parte los adulteraron. La Nov. 14 de Teodosio II, por último, al regular el destino de las aportaciones de los cónyuges como constitutivas de dos masas integrantes del patrimonio familiar, extendió al marido el mismo régimen de reserva de bienes que la constitución *Feminae* había impuesto a la mujer en caso de segundas nupcias. El marido, pues, si contraía segundas nupcias, debía reservar a los hijos la propiedad de los bienes procedentes de la mujer. Pero Nov. 14.5 Teodosio II, paralelamente, estableció el

Nov. 6 Mayoriano: ... quo videbatur matribus fuisse permissum, ut ex quantitate sponsaliciae largitatis in unum filium, si vellent, portionem maximam conferendi habeant liberam facultatem...

derecho del viudo que no contrae segundas nupcias de disponer y obligar libremente los bienes procedentes de la mujer. Este derecho de gravar reconocido en Nov 14 Teodosio II, que puede apreciarse o, por lo menos, no puede negarse en CE. 321, se omitió en la redacción de la *Dum illicita* de Chindasvinto, y, al notarse su ausencia, fue añadido después en la redacción ervigiana.

Es también aclaratoria y supletoria la última de las modificaciones de Ervigio a la ley *Dum illicita*, y, sin embargo, ha sido calificada también de innovación. La reforma de Ervigio excluyó expresamente de los efectos de *Liber* 4,5,1, esto es, de la reserva, los bienes procedentes de donación real. Era una lógica consecuencia de su carácter especial, con un régimen distinto al de los *paterna* y *materna* regulados en la ley de Chindasvinto. Excluyéndolos del régimen de éstos, Ervigio remedió una imprecisión de la ley de Chindasvinto. Las donaciones reales tenían un régimen distinto al de los bienes familiares que recogió la ley *Dum illicita*. Ervigio no haría más que aclarar la imprecisión. *Liber* 4,5,1 trataba de fijar las reservas y las cuotas disponibles de las dos masas, paterna y materna, del patrimonio familiar, procedentes de las aportaciones de los cónyuges, sobre las que se atribuyen distintos derechos. Las donaciones regias no eran bienes familiares; tenían un régimen especial, y sobre ellas, ni siquiera sobre las hechas a los hijos, hay limitaciones o derechos de disfrute por parte del padre.

El régimen de las donaciones regias⁷⁵ procede de una constitución (CTh. 11,20,4)⁷⁶, que no pasó al Breviario, en la cual se establecía que eran perpetuamente firmes y que podía el donatario disponer libremente de ellas. Por razones de carácter político, quizá, CE. 305⁷⁷ confirmó de una manera general las hechas por los reyes, como ya harían Teodorico, Turismundo y Teodorico II, y

75. Vid. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. p. 240 ss.

76. CTh. 11,20,4: *Largitates tam nostrae clementiae quam retro principum ex eo tempore, quo in bene meritos de re publica conferentur, tenere perpetem firmitatem praecipimus, ut, quod unusquisque meruit et recte transmisit, nec ad heredem nec ad originem filiorum nepotumve sollicitudinem revocetur.*

77. CE. 305: *De his donationibus quae a regibus ad ingenuos conferuntur sive antea conlate sunt, hoc observandum esse iubemus quod gloriosae memoriae patris nostri vel decessorum nostrorum constituit mansuetudo; quia iniquum esset res donatas ... convelli.*

establecería una doctrina semejante a la generalizada después por Chindasvinto y perfilada por Ervigio en *Liber* 5,2,2⁷⁸. A esta doctrina, ya que no podía ser a la ley, se referiría la celeberrima *antiqua leovigildiana* (*Liber* 4,5,5) de los *leudes*⁷⁹.

78. *Liber* 5,2,2: De donationibus regis.—Donationes regie potestatis, que in quibuscumque personis conferuntur sive conlate sunt, in eorum iure persistent, in quorum nomine eas potestas contulerit regia; ea videlicet ratione, ut ita huiusmodi regalis munificentie conlatio adtributa in nomine eius, qui hoc promeruit, transfusa permaneat, ut, quicquid de hoc facere vel iudicare voluerit, potestatem in omnibus habeat. Quod si etiam his, qui hoc promeruit, intestatus discesserit, debitis secundum legem heredibus res ipsa successionis ordine pertinebit, et infringi conlate munificentie gratia nullo modo poterit: quia non oportet principum statuta convelli, que convellenda esse percipientis culpa non fecerit.

79. *Liber* 4,5,5: De his, que filii patre vivente vel matre videntur adquirere.—Filius, qui patre vel matre vivente aliquid adquisierit, sive de munificentia regis aut patronorum beneficiis promeruerit, et exinde aliquid cui-cumque vendere vel donare voluerit, iuxta eam condicionem, que in aliis nostris legibus continetur, in ipsius potestate consistat; nec sibi aliquid, dum filius vivit, exinde pater vel mater vindicare presumant. Quod si inter leudes quicumque, nec regis beneficiis aliquid fuerit consecutus, sed in expeditionibus constitutus de labore suo aliquid adquisierit, si communis illis victus cum patre est, tertia pars exinde ad patrem perveniat, duas autem filius, qui laborabit, obtineat.

No nos vamos a ocupar ahora de esta ley, a pesar de que es un momento importante de la historia de las donaciones regias, de la tertia paterna y de la emancipación, por lo cual es también importante para nuestro tema de mejora. (Vid., por citar sólo la más reciente literatura, C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *En torno a los orígenes del feudalismo* I [Mendoza 1942]; *Los leudes en la Lex Visigothorum*, en *Rev. Chilena de H^o del Derecho* 2[1961] 11-21; MERA, *Estudos de Direito visigótico* cit. p. 249 ss.; A. D'ORS, *Los leudes de L. V. Antiqua 4,5,5*, en *AHDE*, 24[1954] 638; *Dudas sobre leudes*, en *AHDE*, 30[1960] 644-647.) Su mayor interés para mí estriba en que veo en ella la ley, complementaria de CE. 321 y *Liber* 4,2,13, en la que se formulan los derechos de disposición del hijo en la legislación visigoda, equiparando los adquiridos por el hijo que no vive con el padre a las donaciones regias. El régimen de las donaciones regias serviría de base para la formulación de los derechos del hijo cuando se introduce la emancipación legal por matrimonio. Esta emancipación, sobre todo, y la de mayoría de edad habrían provocado una crisis de los peculios del *filiusfamilias*, desconocidos ya en el Derecho visigodo. *Liber iudiciorum* habla sólo de peculio del siervo, y San Isidoro dice que el *peculium* pertenece a los menores solamente. En estas circunstancias, *Liber* 4,5,5 tuvo que explicar el derecho del hijo emancipado sobre sus adquisiciones suponiéndolas semejantes a las donaciones

3. La ley *Dum inlicita*, después de la consideración inicial de se procedía torcidamente cuando se despojaba sin motivo de los bienes a los hijos y descendientes para darlos a extraños y después de derogar la *legis illius sententiae* que permitía tal libertad, dice: *igitur pater vel mater, avus vel avia*, si quisieren mejorar a alguno de los hijos o de los nietos, no les pueda dar más de la décima parte.

Debemos entender que pueden mejorar el padre y, en su caso, el abuelo. Nuestra ley *Dum inlicita* no podía limitarse a decir *pater-familias* como consecuencia de la limitación del carácter permanente de la *patria potestas*, por los efectos de la emancipación legal, y a causa del reconocimiento del derecho de representación. Parece claro que Chindasvinto quería respetar el sistema visigodo de sucesión de los descendientes, recogido en *Liber 4,2,2* procedente de CE. 336, y el derecho de representación, procedente de la tradición romana y ya claramente recogido en CE. 321, 322 y 327, que confirmó también en *Liber 4,2,18* y *4,5,4*⁸⁰. Este sistema era ajustadísimo al carácter de la mejora, concebida siempre como un derecho a elegir destinatario de los *bona materna* reservados a los hijos o a los nietos que hubiesen adquirido el carácter de reservatarios por sucesión.

regias. De hecho, la ley viene a decir que cualquier cosa que adquiriere el hijo, de la misma manera que si se tratase de donaciones del rey o del patrono, puede venderla o donarla a cualquiera que quisiere, es decir, puede disponer libremente, según el sistema especial de aquellos bienes contenido en otras leyes (*Liber 4,2,2*). Y tampoco la segunda parte de la ley 4,5,5 sería peculio castrense, sino privilegio de los *leudes*, en virtud del cual se computa el derecho del padre sobre las adquisiciones de los hijos en potestad —*victus cum patre*— por un tercio de la propiedad de los adquiridos por el hijo *leude in expeditionibus constitutus de labore suo*. El privilegio, por consiguiente, consistía en considerar “emancipados” por imperativo legal los “bienes” adquiridos *in expeditionibus* mediante el tercio premio de la emancipación. (Vid. supra p. 19 s.) De aquí, a contrario sensu, la norma general de que el padre hacía suyos todos los bienes adquiridos por el hijo que vivía en la casa, salvo las donaciones regias, las limitaciones expresas de *Liber 4,2,13* sobre los *materna* y los ganados por el hijo *leude in expeditionibus*.

80. *Liber 4,2,2*: Quod in hereditatis successione filii primi sunt.—In hereditate illius, qui moritur, si intestatus discesserit, filii primi sunt. Si filii desunt, nepotibus debetur hereditas. Si nec nepotes fuerint, pronepotes ad hereditatem vocantur. Si vero qui moritur nec filios nec nepotes seu patrem vel matrem relinquit, tunc avus aut avia hereditatem sibimet vindicabit.

CE. 321 extendía ya el régimen de reserva de los bienes maternos al supuesto de que correspondieran a los nietos, al heredar en representación de su padre premuerto: *eadem quoque de nepotibus forma servetur. Liber 4,5,1* no hacía más que contemplar este supuesto de su antecedente CE. 321. Incluso el supuesto de mejora por el abuelo a los nietos con los bienes procedentes de la *luctuosa hereditas* lo reguló Chindasvinto separadamente en *Liber 4,2,18* con un criterio semejante al de la *Dum inlicita*.

a) La madre normalmente no puede mejorar, sino que sólo puede hacerlo en un caso de excepción.

Según la ley *Dum inlicita*, podían mejorar el padre o bien la madre, el abuelo o bien la abuela: *pater vel mater, avus vel avia*. En el párrafo de la ley relativo a la mejora⁸¹ se emplea una conjunción disyuntiva —*pater vel mater*—, y lo mismo en los otros lugares en que se contraponen padre-madre, abuelo-abuela. En ningún caso se emplea una fórmula claramente reveladora de que la madre pueda mejorar de la misma manera que el padre. Más bien parece que la ley cita a la madre para prever algún supuesto excepcional en el cual la mujer puede mejorar.

Liber 4,5,1, además, aun cuando, según el epígrafe, se propone establecer *quod iudicium ferant parentes de facultatibus suis*, después de derogar el principio de la ley que permitía al padre transmitir sus bienes a extraños y a la mujer disponer libremente de su “dote”; sin embargo, no regula, en la parte dispositiva, las facultades de disposición de la mujer, ni siquiera sus derechos sobre la “dote”. Sólo en la parte referente a mejora se alude a la madre, si bien se hace en esta forma poco clara. Parece que la ley *Dum inlicita*, a pesar de lo que anuncia, no tenía intención de regular en su sede los derechos de disposición de la mujer. En realidad, no era necesario, pues estos derechos de disposición de la mujer ya se habían ido fijando en leyes anteriores. Faltaba sólo por recoger el sistema de la “dote”, y se fijó, el elaborado por la evolución de la *donatio*, en una ley colocada inmediatamente después de la *Dum inlicita*. Los derechos de disposición de la mujer se regulaban ya en las *antiquae* 4,2,14; 5,2,4 y 5,2,5. Chindasvinto, después, con

81. K. ZEUMER, *M. G. H. Leges Visigothorum* (Hannoverae et Lipsiae 1902) p. 94 l. 9-20.

la misma forma edital que tiene la legislación visigoda, la completó con dos leyes suyas: *Liber* 4,5,2 y 4,2,18. Esta última se basaba en una ley anterior, y la otra basada en la práctica de su época, si es que no pudo hacerlo en una ley anterior⁸².

La *antiqua* 5,2,4, de Leovigildo según parece, se ocupa del régimen de las donaciones *extra dotem* hechas a la mujer por el marido. La mujer, si tuviere hijos del matrimonio, debe reservar estos bienes a los hijos, pudiendo disponer de una quinta parte. Si no tuviere hijos, puede disponer libremente de ellos, mas no teniendo hijos y muriendo intestada deben ir a los parientes del marido.

Liber 5,2,5, procedente de CE. 319 e interpolada por Leovigildo, según parece, regula el régimen de las donaciones *post obitum* del marido a la mujer. Sobre estos bienes, la viuda que no contraiga unión ilícita tiene los mismos derechos que la ley *Si mulier a marito* (*Liber* 5,2,4) le concedía sobre las donaciones *extra dotem*. Pero si contrajere deshonor por *adulterium seu inhonesta coniunctio*, se le priva del quinto de libre disposición, si tiene hijos, y de la facultad de disponer de dichas donaciones, si no los tuviere, debiendo revertir los bienes a los hijos o a los herederos del marido respectivamente.

Dentro del *Liber iudiciorum* parece, pues, que la ley *Si mulier a marito* es el principio general de reserva para los hijos, con la facultad de disposición de un quinto o de libre disposición en caso de inexistencia de hijos, y la ley *Maritus si uxori* (*Liber* 5,2,5) es la excepción en caso de vida deshonesto, en el cual se le priva del quinto o de la libre disposición respectivamente⁸³.

Las *antiquae* 5,2,4 y 5,2,5 no conceden a la mujer un derecho de mejorar a alguno de sus hijos con los bienes procedentes del marido por donaciones *extra dotem*, ni hacen alusión alguna a la cuota de mejora. El régimen que establecen para estos bienes es, lógicamente, el elaborado por la legislación postclásica para lo recibido del marido *per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa donationis*, al cual se añadiría el requisito de vida honesta ya en el Derecho euriciano (CE. 319) y el quinto de libre disposición en tiempos de Leovigildo. Como se recordará,

82. Vid. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* cit. p. 332 s.

83. Vid. supra p. 42 ss.

la constitución *Feminae* (CTh. 3.8.2) había establecido la reserva de los *bona paterna*, y había concedido a la mujer el derecho de elegir a un hijo o repartir entre todos ellos los bienes procedentes del marido. *Interpr.* CTh. 3,8,2, recogiendo una práctica posterior, distinguió lo recibido del marido *per sponsaliciam largitatem vel nuptiarum solemnitate*, y atribuía el derecho de elegir destinatario solamente sobre lo recibido del marido *per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa donationes*, es decir, sobre los bienes de que tratan precisamente nuestras *antiquae*. Pero una constitución de Mayoriano (Nov. 6), en el año 458, suprimió a la madre el derecho de elegir a un hijo destinatario de estos bienes. Después de esta derogación escribiría el autor de *Interpr.* Nov. 14 Teodosio II, pues no alude ya al derecho de mejorar la mujer. Las *antiquae* 5,2,4 y 5,2,5, así como ya antes CE. 319, recogieron este régimen último de las Nov. de Mayoriano y Livio Severo, y por ello no aluden al derecho de elegir o mejorar.

Liber 4,2,14⁸⁴ procede de CE. 322, y contiene el mismo régimen de la cuota hereditaria de la mujer en la sucesión intestada. La viuda heredaba de su marido una cuota igual a la de los hijos, pero sólo en usufructo, y la pierde al contraer segundas nupcias.

Como se recordará⁸⁵, se había aplicado a la cuota hereditaria el mismo régimen que a lo recibido del marido en la sucesión testada. El régimen de *Liber* 4,2,14 es, pues, el mismo, en principio,

84. *Liber* 4,2,14: Mater, si in viduitate permanserit, equalem inter filios suos, id est qualem unusquisque ex filiis, usufructuariam de facultate mariti habeat portionem; quam usque ad tempus vite sue usufructuario iure possideat. Ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis conferre presumat. Quod si eam filii portionem ipsam matrem evertere seu per negligenciam sive per odium forte prespexerint, ad comitem civitatis aut ad iudicem referre non differant, ut matrem sua contestatione commoneant, ne res, quas usufructuarias accepit, evertat. Nam usumfructum, quem ipsa fuerat perceptura, dare cui voluerit, filio vel filie, non vetetur. Sed et quod de ipso usu sibi debito iuste conquirere potuerit, faciat quodcumque illi omnimodis iustissime placuerit. Verum si ex ea usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. Post obitum vero matris portio, quam mater acceperat, ad filios equaliter revertatur, quia non possunt de paternam hereditatem fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

85. Vid. supra p. 41 s.

que el de *Liber* 5,2,4 y 5,2,5, con la diferencia de la pérdida de la cuota hereditaria en caso de segundas nupcias y la reserva total de estos bienes para los hijos, sin el quinto de libre disposición, que se atribuyó después a la mujer, sobre lo procedente de la sucesión testada.

La madre, según *Liber* 4,2.14, no puede enajenar los bienes de la cuota hereditaria, y debe reservarlos a todos los hijos por igual, sin facultad de mejorar a uno de ellos. Tampoco la madre puede mejorar con estos bienes. Era la lógica consecuencia de la aplicación del último Derecho romano, que había derogado el derecho de la madre a mejorar con los bienes procedentes de legado o donación del marido, y cuyo régimen se aplicó a la cuota hereditaria de la viuda.

Siguiendo la misma clasificación de los bienes procedentes del marido establecida en CTh. 3,9,1 y recogida en *Interpr.* CTh. 3,8,2⁸⁶, se dedica una ley distinta de las anteriores, la *Quia mulieres* (*Liber* 4,5,2)⁸⁷ para la regulación de la *donatio*, a la que se denomina "dote". No ha llegado a nosotros una ley euriciana que, siguiendo esta distinción, regulara el régimen de la *donatio* al lado de CE. 322 y 319, dedicadas a los bienes procedentes del marido en la sucesión intestada y testada. De haber existido, podemos conjeturar que no diferiría mucho de *Liber* 4,5,2, a pesar de los tér-

86. Vid. supra p. 29 s.

87. *Liber* 4,5,2: De quota parte liceat mulieribus iudicare de dotibus suis.—Quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat de suis dotibus iudicare quod voluissent, quedam repperiuntur, spretis filiis vel nepotibus, easdem dotes illis conferre, cum quibus constiterit nequiter eas vixisse, adeo necesse est illos exinde percipere commodum, pro quibus creandis fuerat adsumtum coniugium. Denique constituentis decernimus, ut de dote sua mulier, habens filios aut nepotes, seu causa mercedis ecclesiis vel libertis conferre, sive cui-cumque voluerit, non amplius quam de quarta parte potestatem habeat. Nam tres partes legitimis filiis aut nepotibus, seu sit unus, sive forsitam plures, absque dubio relictura est. De tota interim dote tunc facere quod voluerit erit mulieri potestas, quando nullum legitimum filium filiamve, nepotem vel neptem suprestem reliquerit. Verumtamen femine, quas contingerit duobus viris aut amplius nubere atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit, dotem ab alio marito acceptam filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare; sed unusquisque filius filiave, nepos aut neptis ex ipsa linea procreati dotem, quam avus aut pater eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia secuturi sunt.

minos *quia mulieres, quibus dudum concessum fuerat* de esta ley y de los términos semejantes de *Liber 4,5,1*. El *dudum* parece que no puede significar sino hasta ahora⁸⁸. Mas la práctica acreditada por las Fórm. vis. 15,17 y 20⁸⁹ y la doctrina general establecida en *Liber 3,1,5* demuestran que ya en la época anterior a Chindasvinto, aun cuando la mujer tenía la propiedad de la “dote”, no podía disponer de ella en perjuicio de los descendientes, a quienes estaba reservada, al igual que los otros bienes procedentes del marido. El sistema “dotal” de las fórmulas es tan genuinamente romano como el de la legislación, y acorde con su tradicional carácter de cuota destinada a la mujer y después reservada a los hijos.

La ley *Cum de dotibus* (*Liber 3,1,5*), del mismo Chindasvinto, había establecido, en general, los derechos de la mujer sobre la “dote”. La mujer podía disponer libremente de ella, si no tuviere hijos del matrimonio, y, si muriese intestada, debía volver al marido o a los herederos del marido⁹⁰. La ley *Quia mulieres* (*Liber 4,5,2*), recogiendo este principio general, regula los derechos de disposición sobre la “dote”, especialmente en el supuesto de existencia de hijos, que no se contemplaba en la ley *Cum de dotibus*. Se establece concretamente que, teniendo hijos, la mujer no puede disponer de más de una cuarta parte de la “dote” *causa mercedis ecclesiis vel libertis sive cuicumque voluerit*, debiendo reservar las tres cuartas partes restantes para los hijos. Pero la ley no habla de posibilidad de mejorar a un hijo con una cuota de la “dote”.

Se reguló el régimen de la “dote” en una ley distinta de *Liber 5,2,4*, *Liber 5,2,5* y *Liber 4,2,14*. La cuantía de la cuota disponible en la *Quia mulieres* no es el quinto tradicional establecido en las *antiquae* 5,2,4 y 5,2,5 y en *Liber 4,5,1*, referente ésta al padre. El principio seguido es, pues, también diferente al de la ley *Dum inlicita*. Por otra parte, la cuota de tres cuartos reservada a los hijos sobre la “dote” debe ser distribuida entre los hijos en por-

88. MEREÁ, *O dote* cit. p. 37.

89. Vid. supra p. 11 s.

90. *Liber 3,1,5*: De quantitate rerum conscribende dotis.—... ita ut de his omnibus rebus in coniugio mulier adsunta, si non reliquerit filios, facere quod voluerit liberam se moverit habere licentiam; aut si intestata decesserit, ad maritum aut ad propinquos mariti heredes eadem donatio redeat.

ciones estrictamente iguales, tal y como se establecía concretamente en CE. 322 y *Liber* 4,2,14 respecto a la cuota hereditaria, sin posibilidad de mejorar a uno de los hijos. Este régimen, sin embargo, tiene su razón de ser.

La regulación separada de la “dote” procede de una práctica recogida en *Interpr.* CTh. 3,8,2. Al establecer la reserva de los *bona paterna* en favor de los hijos, se distinguía allí lo recibido *per sponsaliciam largitatem vel nuptiarum solemnitate* de los otros bienes procedentes del marido por testamento, legado o donación, y se atribuía el derecho de elegir destinatario —de mejorar— solamente sobre lo recibido del marido *per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa donationes*. Por consiguiente, ya desde el año 398 aproximadamente, fecha de la constitución de Arcadio y Honorio (CTh. 3,9,1) en que aparece esta división, se había excluido la *donatio propter nuptias* del derecho de mejorar a los hijos reservatarios, derecho que se limitó a los otros bienes procedentes del marido por sucesión testada. Después, la constitución de Mayoriano (Nov. 6), en el año 458, suprimió a la madre el derecho de elegir destinatario de estos últimos bienes, por lo cual el autor de *Interpr.* Nov. 14 Teodosio II ya aludiría sólo al derecho de elegir que correspondía al padre sobre los *bona materna*. Así se explica la regulación separada de la “dote”, la ausencia de una cuota de mejora sobre ella y también que se le hubiera dedicado una ley distinta y un régimen diferente al de la *Dum inlicita*.

La ley *Quia mulieres* (*Liber* 4,5,2) así como la *Cum de dotibus* (*Liber* 3,1,5) partieron de la misma concepción vulgar romano-visigoda de la “dote” que reflejan las Fórm. visigodas. La “dote” estaba destinada a la viuda, quien debía reservarla a los hijos. Y de esta concepción deriva la distinta cuota de libre disposición que se atribuye a la mujer. Quizá no cuajaron los *pacta de lucranda donatione* a causa de haberse consolidado antes la práctica de adquirir la mujer siempre una *quarta* de la *donatio* por considerarse que, como destinataria de ella, no podría ser privada de una cuota, especie de legítima. Para garantizarle esta cuota, de la que disponía libremente, se aplicó la *querela inofficiosae donationis* o la *Falcidia*. De esta aplicación, precisamente, resultaría la cuota de una

cuarta de la *donatio*, de la que era propietaria y disponía libremente, que se confirmó como cuota de libre disposición sobre la "dote" en *Liber 4,5,2*⁹¹.

El régimen de los *bona paterna* detentados por la mujer, a pesar de sus divisiones, es sensiblemente el mismo, salvo la existencia o no de una cuota de libre disposición y la distinta cuantía de esta cuota en unos u otros bienes. Pero este régimen de los *paterna* era distinto al de los *materna*, principalmente porque sobre los *bona materna* detentados por el marido no hay cuota alguna de libre disposición, sino solamente el derecho de mejorar con ellos a los hijos o nietos reservatarios. Se explica, pues, que se haya dedicado una ley distinta de *Liber 4,5,1*, la *Quia mulieres*, para regular el destino de la *donatio*, ahora llamada "dote", a pesar del preámbulo general de la *Dum inlicita*. Y significa también que *Liber 4,5,1* se refiere exclusivamente a los derechos de disposición del marido sobre sus bienes y sobre los *materna*, pero habla de *mater* para prever un supuesto en el que la madre puede mejorar, según *Liber 4,2,18*, otra ley de Chindasvinto.

La madre podía mejorar solamente en el supuesto de la ley *Patre defuncto* (*Liber 4,2,18*), relacionada con CE. 327. Aunque existen ciertas diferencias entre ambas, son coincidentes en los presupuestos fundamentales. *Liber 4,2,18* es un momento posterior de la evolución de CE. 327, en el cual ya se ha equiparado la sucesión de hijos e hijas, y se ha introducido el quinto de libre disposición y la cuota de mejora.

CE. 327 parece el antecedente de *Liber 4,2,18*. Todo inclina a suponer que trataba del supuesto de *luctuosa hereditas*, de la madre que sucede al hijo *patre defuncto*, mas solamente en el caso de morir el hijo *sine liberis*. Pero el capítulo euriciano aclara también la forma de suceder los descendientes del hijo muerto *patre defuncto* que excluyen a la madre⁹². Este último supuesto, por más que el

91. Vid. supra p. 38 s.

92. Si bien no es imprescindible en sede de mejora, se hace necesario aludir, aunque sea someramente, al difícil tema del contenido de CE. 327, de su origen y su relación con *Liber 4,2,18*. Sobre este particular vid. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* cit. p. 316 ss.; FICKER, *Untersuchungen zur Erbenfolge II* cit. p. 128 ss.; A. GARCÍA-GALLO, *Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda*, en *AHDE*. 13(1941) 200 ss.;

P. MÉRERA, *Para una crítica de conjunto da tese de García Gallo*, en *Estudos de Direito visigótico* cit. p. 209 ss.; G. BRAGA DA CRUZ, *A sucessão legitima no Código euriciano*, en *AIIDE*. 23(1953) 777 ss. y últimamente A. D'ORS, *El capítulo 327 del Código de Eurico*, en *Estudios visigóticos I* (Roma-Madrid 1956) p. 127 ss. y *El Código de Eurico* cit. p. 262 ss.

CE. 327 comienza aludiendo, en un resumen difícil de descifrar, al régimen establecido por una *prior lex*, y afirma que se propone aclarar mejor su doctrina. Se ha pretendido identificar la *prior lex* para suplir la laguna posterior de CE. 327 y averiguar la nueva ordenación que establecía. Pero también, creyendo ver en el capítulo euriciano un acto de derogación, se trató de identificar la *prior lex* con el afán de probar el alcance territorial del Código euriciano. Así, se pensó en que la *prior lex* fuera una ley del Código Teodosiano, pero la mayoría de los autores se inclinaron a atribuirle origen Teodoriciano pues se hace difícil pensar que Eurico derogara leyes del Código Teodosiano. Casi todos los autores, sin embargo, admiten que CE. 327 está en íntima conexión con CTh. 5,1,4, identificada también como *prior lex* por alguno de ellos.

El capítulo 327 del Código euriciano, si no me equivoco, no permite suponer que se propusiera derogar una ley anterior, sino que intenta simplemente aclarar una ley anterior controvertida y, quizá, poner al día la doctrina que contenía. Pensando que CE. 327 no supone una derogación, sino aclaración y puesta al día del sistema de sucesión de la madre que concurre con los hijos en la herencia del hijo muerto *patre defuncto*, no hay ningún inconveniente en que la ley anterior aludida sea teodosiana.

Hay una constitución de Teodosio y Valentiniano del año 426 (CTh. 5,1,8) cuya estructura y contenido son extraordinariamente parecidos a CE. 327, y debía de ser controvertida a juzgar por la notable divergencia de su *interpretatio*. Su parecido resulta mayor todavía desde que d'Ors leyó en CE. 327 *quae tamen sit post obitum vidua* en el lugar donde Zeumer (*Historia* cit. p. 323) supuso que el capítulo euriciano diría *quae tamen diebus vitae sua utatur*. Por otra parte, CTh. 5,1,8, evolucionado ya, pasó a CI. 6,56,5 —otra parte a CI. 6,55,11— en una forma que encaja extraordinariamente bien junto a CE. 327 y *Liber* 4,2,18. Por todo esto, parece que CTh. 5,1,8 bien pudiera ser la *prior lex* que CE. 327 trata de aclarar.

CE. 327

In priori lege fuerat constitutum, ut, si... filius cum matre... portione, ea ratione... ue defuncti tam... nis modo meliori ordinantes praecipimus, ut patre defuncto si filius ... omnem facultatem eius ... dibeat vindicare, quae tamen

CTh. 5,1,8

Mater, quae habens ius liberorum defuncto filio sine liberis filiave cum eius sorore succedit, pari sortis paternae teneatur exemplo, ut, si torum priorem secundo non mutarit amplexu, omnia filii morte delata pleno iure con-

CI. 6,56,5

Mater, quae defuncto filio filiave sine liberis ex testamento vel ab intestato succedit, si matrimonium secundum post mortem filii vel filiae non contraxerit, omnia filii morte delata pleno iure conquirit. Sin vero alterius elege-

diebus... Si vero qui moritur filios, nepotes et pronepotes reliquerit, ipsi omnes habeant facultates, ea conditione servata, ut nepos ex eo filio, qui patre superstite mortuus fuerit integran de avi bonis, quam fuerat pater eius, si vixisset, habiturus, percipiat portionem; nam nepotes ex ea filia, que ante patrem mortua est, de ea portione, quam mater fuerat habitura, tertiam portionem perdant.

quirat; si vero alterius elegerit coniugium mariti, extrinsecus quidem quaesita filio filiaeve simili firmitate possideat, rerum vero paternarum defuncti solo usufructu humanitatis contemplatione potiatur, proprietatem fratribus transmissura defuncti. Si vero filius qui moritur filiaeve filios derelinquit, omnimodo patri suo matrive ipso iure succedant. Quod sine dubio et de pronepotibus observandum esse censuimus.

rit coniugium mariti, extrinsecus quidem quaesita filio filiaeve simili firmitate possideat, rerum vero paternarum defuncti solo usu fructu humanitatis contemplatione potiatur, proprietatem sorori et fratribus transmissura defuncti.

CTh. 5,1,8 dispone que, muerto el hijo *sine liberis*—naturalmente *patre defuncto*—, la madre con *ius liberorum* debe sucederle *cum sorore pari sortis*, de forma que, si no contrae segundas nupcias, adquiere en plena propiedad, pero si pasa a nuevo matrimonio adquiere plenamente los bienes adquiridos por el hijo difunto y sólo el usufructo de los *paterna*, cuya propiedad debe ser transmitida a los hermanos del hijo. Mas si el hijo muerto *patre defuncto* tuviere hijos, deben suceder éstos y excluir a la madre.

CE. 327 no coincide exactamente con CTh. 5,1,8 en la primera parte. No alude a *ius liberorum* ni a concurrencia con hijas ni a una cuota, sino que establece que la madre *omnem facultatem eius dibeat vindicare*. En ambas alteraciones, sin embargo, coincide con CI 6,56,5. Se separa también de la ley teodosiana en la continuación, pues el capítulo euriciano explica, de acuerdo con el régimen de CTh. 5,1,4, la forma de suceder los *liberi*, cosa que no hacen CTh. 5,1,8 ni CI. 6,56,5. La puesta al día de Eurico consistiría precisamente en dar la herencia a la madre y excluir a los hermanos, además de explicar la forma de sucesión de los descendientes que, a su vez, excluían a la madre.

Falta en CE. 327 la parte dispositiva correspondiente al supuesto de incumplimiento de la condición de viudedad, imprescindible si es que, como parece, la exclusión de los hijos estaba en relación con la viudedad. El contenido de la parte final perdida podía ser, pues, el derecho de la madre en caso de contraer segundas nupcias; un régimen quizá parecido al de CI.6,56,5, incluso con la distinción de *bona paterna* y *extrinseca* del hijo, que dejaría de tener relevancia en *Liber* 4,2,18.

No se alude ya a *ius liberorum* en el texto euriciano por su caída y consiguiente unificación del régimen de la mujer. La explicación de la exclusión de los hijos es más difícil, pero probablemente sea la última consecuencia del proceso evolutivo de la legislación romana a partir del Senadoconsulto Tertuliano, en el cual debió de jugar un importante papel el cómputo de usu-

anterior dependa de él, es marginal en el capítulo ⁹³, aun cuando le dé un amplio desarrollo, de acuerdo con la doctrina de CTh. 5,1,4, porque sería también una materia que habría cambiado mucho por la última legislación, y sería controvertida.

Por consiguiente, muerto el hijo *patre defuncto* sin descendientes, CE. 327 establece que, excluyendo a los hermanos, la madre debe vindicar *omnem facultatem eius*, si permanece en viudedad. Es de suponer, por comparación con *Liber* 4,2,18 y CI. 6,56,5, que la ley, además de disponer para el supuesto de incumplimiento de la condición de viudedad, estableciera la forma de suceder a la madre, en estos bienes, los hermanos del hijo difunto excluidos o sus herederos por representación. Con toda seguridad, la exclusión de los hermanos por la madre habría de basarse en una reserva de los bienes de la *luctuosa hereditas* en favor de los excluidos o sus herederos, tal como aparece en *Liber* 4,2,18 ⁹⁴. En esta última, Chindasvinto no añadiría más que las facultades de disposición del quinto libre y de mejora sobre los bienes reservados.

De esta manera parece explicarse por qué el capítulo euriciano trata en sus párrafos 3 y 4 del supuesto de sucesión de los nietos —en defecto, claro está, de hijos del difunto—, mucho más difícil de justificar si el texto tratara de exclusión del *patruus* y sus descendientes. Estos, si no me equivoco, ya habrían sido excluidos antes de la *prior lex*. Pues bien; en la primera parte se contempla

fructo por propiedad, a tenor de D. 35,2,68 pr. Se acabaría dándole la totalidad de la *luctuosa hereditas* a la madre cuando se impuso la limitación de su derecho si contraía segundas nupcias y, finalmente, al imponerse la reserva para los hijos o nietos de todos los bienes procedentes del marido —visible en CI. 6,56,5—, compensada después con la quinta de libre disposición y la facultad de mejorar en *Liber* 4,2,18. En definitiva, el paso es brusco sólo en apariencia, pues el usufructo de la totalidad, que se le da, venía a ser equivalente a la propiedad de un tercio que originariamente tenía.

93. Lo confirma que se separó en CI. 6,55,11 y se dejó el supuesto de la *luctuosa hereditas* en CI. 6,56,5.

94. A esta reserva se llegaría, como hemos visto en la nota anterior, a través del cómputo del usufructo como equivalente a un tercio de la propiedad. Las distintas cuotas que jalonan la historia del derecho hereditario de la madre y de los agnados parecen ser siempre múltiplos de un tercio, es decir, valoración de su derecho a tenor de la escala de D. 35,2,68 pr. Vendría a ser, pues, como una valoración dinámica de la Falcidia.

la exclusión de los hermanos o sus hijos por la madre en el caso de inexistencia de descendientes del difunto^{94 b}. En la segunda parte se trata de la sucesión normal del hijo muerto *pater defuncto* por sus descendientes, que excluían a la madre y, por tanto, excluían la aplicación del primer supuesto de *luctuosa hereditas*. CE. 327 podía haberse limitado a una simple enunciación del principio, como su modelo CTh. 5.1.8, pero se aprovecharía la oportunidad que proporcionaba la enumeración de los descendientes para aclarar los extremos dudosos de su sucesión, especialmente el derecho de representación y las cuotas de los descendientes *ex filia*. Por otra parte, el orden de enumeración no es demasiado lógico, pero es el mismo de CTh. 5.1.8, que también reservaba para un último lugar el supuesto normal de sucesión de los hijos y nietos, expresándose en unos términos parecidos a CE. 327, aunque sin desarrollar los detalles concretos de esta sucesión.

*Liber 4,2,18*⁹⁵ versa fundamentalmente sobre la misma proble-

94 b. Por consiguiente, creo que, en vez de *In priore lege fuerat constitutum ut si patruus aut patruus filii cum matre*, como leyó d'Ors, CE. 327 debía de decir *In priore lege fuerat constitutum ut si fratres aut fratri filii cum matre...*

95. *Liber 4,2,18*: Qualiter hereditatem parvuli parentes adsequi possunt.— Pater defuncto, si filius filiave decem diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit, quidquid ei de facultate patris competere poterat, mater sibi debeat vindicare. Idemque matre defuncta non aliter defuncti filii portionem pater obtineat, nisi natum filium filiamvel decem diebus vixisse et fuisse baptizatus edceat; ita ut pater vel mater, quibus ista successio competit, si filios non reliquerint, integram et intemeratam eandem luctuosam hereditatem dividendam omnibus nepotibus derelinquat. Nec meliorandi quemcumque nepotum amplius quam decimam partem huius rei habeant potestatem. Nam si ecclesiis vel libertis seu cuilibet largiri de eadem facultatem voluerint, de quinta tantum partem secundum superiorem legem potestatem habebunt. Sin autem nec filii nec nepotes nec pronepotes suprestes extiterint, alii parentes, qui gradu proximiores fuerint, predictam facultatem procul dubio consequantur; ea conditione servata, ut nepotes ex filio vel filia, qui pater vel matre supreste mortui fuerint, integram de rebus avi vel avie, quam fuerant pater eorum aut mater, si vixissent habituri, percipiant portionem. Quod si filius, habens uxorem et filios, pater vivente recesserit, antequam ei pater suus omnem portionem, que ei contingebat, implesset, et ipse cum pater vivens filios, quos reliquerat, vivente avo mortui fuerint, tunc illa relicta hoc tantummodo recipiat, quod in maritum pater antea sequestravit, nec plus illa vidua a socru vel cognatis requirat. Si vero filius

mática de CE. 327. Diverge de éste, sin embargo, en que no considera en su seno la sucesión de los descendientes del hijo muerto *patre defuncto*, y desarrolla ampliamente, en donde CE. 327 consideraba esta sucesión, la forma de transmisión por la madre, a los herederos de los hermanos del muerto, de los bienes de la *luctuosa hereditas*, en los cuales aquélla los había excluido, y sus facultades de disposición sobre ellos.

Los supuestos principales de *Liber 4,2,18* son la exclusión de los hijos por la madre que concurre con ellos en la *luctuosa hereditas*⁹⁶ y, después, los nietos, hijos de los excluidos, que heredan, por representación, a través de sus abuelos, cuando no vivieren los hermanos excluidos, a quienes estaban reservados los bienes del hijo muerto *patre defuncto*.

Parte la ley *Patre defuncto* del supuesto de la *luctuosa hereditas*, como parecen indicar los términos iniciales, si bien el planteamiento resulta un poco oscurecido por la inclusión del requisito de diez días de vida y bautismo para adquirir la capacidad de suceder. También aquí, si el hijo muere habiendo sucedido a su padre difunto y si no *extinterit filii suprestes*, la madre debe vindicar para sí *quidquid ei de facultate patris competere poterat*⁹⁷. En el supuesto de *Liber 4,2,18* es claro que la madre

cum patre in commune vivens nihil ab eo portionis acceperit, tunc illa vidua tantummodo hos accipiat, quod ei tempore nuptiarum maritus eius donationis titulo noscitur contulisse. Si vero filius patris servans obedientiam res, que ei de materna successione competebant, patrem possidere permiserit, et postmodum eandem facultatem filio debitam, quam pater possidebat, idem filius uxori sue vel cuicumque concesserit, firma talis donatio in nomine uxoris vel cuicumque conscripta manebit; si tamen filii de eodem coniugio non fuerint. Nam si filii suprestes extinterint, ordo superioris legis incunctanter servandus est.

96. La exclusión de los hijos por los padres en la herencia de un hijo, consagrada por el Derecho visigodo, se hizo tradicional, y fue recogida en F. Real 3,6,1. Esta solución visigótica estaba en contradicción con la justiniana (Nov. 118,2) de admitir a los hermanos juntamente con los padres en la sucesión del hermano, adoptada por Part. 6,13,4. L. Toro 7 solucionó la antinomia optando por el criterio hispánico de F. Real.

97. Se habrá observado ya que suponemos se debe completar el primer párrafo de la ley justamente con el último (ZEUMER, *Leges visigothorum* p. 187 l. 23), con lo cual resulta mucho más claro el supuesto de la *luctuosa hereditas*. No es tan sorprendente, si se piensa que era la forma de enuncia-

concorre con sus hijos en la herencia del hijo que muere *patre defuncto*. Se determina que adquiera la madre, excluyendo a los otros hijos, hermanos del muerto, para que después los transmita a los nietos, *si filios non reliquerint*, que habían concurrido con ella. Si, como suponemos, Cl. 327 establecía ya esta reserva, la novedad de la ley *Patre defuncto* es conceder a la madre sobre los bienes de la *luctuosa hereditas* las mismas facultades de libre disposición y mejora que la ley *Dum inlicita* concedía al padre.

La explicación de *Liber 4,2,18* se hace así relativamente sencilla. El hijo muere *patre defuncto* sin descendientes pero con madre y hermanos. Se determina que, excluyendo a los hermanos, adquiera la madre la herencia para que después, si no quedaren los hijos excluidos, la transmita a los nietos, pudiendo mejorar a alguno de ellos en una décima parte y disponer de una quinta libre.

La ley *Patre defuncto*, al establecer la transmisión a los nietos de los bienes de la *luctuosa hereditas* y los derechos de disposición sobre ella, dice: *si filios non reliquerint*, haciéndola depender de esta condición. Esta expresión condicional se refiere, naturalmente, a hijos de la madre que adquiere *patre defuncto*. Es una prueba clara de que los nietos no heredan *patre vivente* ni, por tanto, pueden ser mejorados. Pero también es prueba de la exclusión de los hermanos por la madre en el caso de *luctuosa hereditas*. Nuestra ley no aclara cómo sucederían los hijos excluidos, sino que se li-

ción de los textos precedentes. El párrafo final parece que no puede referirse a la oración condicional inmediatamente anterior. Nuestro párrafo dispone que, si existieren hijos, *ordo superioris legis incunctanter servandus est*. La expresión *ordo superioris legis* inclina a pensar en *Liber 4,2,2*, que establece un orden de sucesión y está colocada anteriormente en el *Liber iudiciorum*. Bien pudiera ser, sin embargo, que deba enlazarse al sistema de transmisión a los nietos, y, por consiguiente, se refiera a *si filios non reliquerint* (ZEUMER, p. 186 l. 5), en donde tiene además un apoyo concreto. En este caso, la remisión sería a *Liber 4,5,1*, como en la otra alusión a una *superiorem legem* (ZEUMER, p. 186 l. 13), pero se haría necesario pensar en un cambio del orden primitivo del *Liber iudiciorum*. De esta última hipótesis resultaría clarísimo que el nieto no puede ser mejorado *patre vivente*, pero también se derivaría la imposibilidad, no sólo de ser mejorado, sino también de suceder por representación, pues el mencionado párrafo final anularía asimismo la cláusula en que se establecía el derecho de representación.

mita al supuesto de sucesión de la madre por los nietos en los bienes en que había excluido a los padres de estos nietos. Porque los *nepotes* de *Liber* 4,2,18 tienen que ser hijos de los hermanos del hijo muerto *patre defuncto*, a quienes excluyó la madre, pues si fueran del *de cuius* excluirían a la madre como descendientes, según *Liber* 4,2,2, y no se plantearía nuestro supuesto. No se puede pensar que Chindasvinto quisiera alterar los presupuestos fundamentales del Derecho sucesorio visigodo allí establecidos.

No hemos querido aludir a que la ley *Patre defuncto* habla de padre y madre, dando lugar a un régimen semejante al observado en el caso de muerte del hijo *matre defuncta*. Es un problema tangencial a efectos de mejora. Pudo haberlo hecho necesario el cambio operado por la introducción de la emancipación legal y de la correlativa legítima del ascendiente, que también debió de contribuir para la atribución a la madre de toda la *luctuosa hereditas*.

Se ha discutido si el derecho concedido a la madre en el supuesto de nuestra ley es usufructo o plena propiedad. El usufructo es tema comprometedor por la debilitación de su idea a lo largo de la época postclásica hasta la desaparición del concepto en el Derecho altomedieval. En CTh 5,1,8, el derecho de la madre era plena propiedad, que se convertía en propiedad sobre los adquiridos y sólo usufructo sobre los *paterna* en caso de contraer segundas nupcias. En *Liber* 4,2,18 no se hace distinción en este sentido, de lo cual parece que debe deducirse una unificación del régimen de unos y otros bienes en todos los supuestos. Esta unificación pudo haberse hecho, simplemente, sobre la idea de reserva. Sigue pareciéndome mejor pensar que se trata de adquisición de unos bienes reservados a los hijos que se excluyen o, en definitiva, a los nietos hijos de los excluidos. Es la misma reserva del sistema sucesorio visigodo normal. Y no tiene demasiada importancia, pues es congruente con el sistema, el destino de los bienes a los parientes del padre o madre en caso de no existir descendientes y morir el padre o la madre sin haber dispuesto de ellos, puesto que no parece imponerse una reversión⁹⁸.

En definitiva, la ley *Patre defuncto* parece una consecuencia última de la relación *paterna-materna*. Se aplicó aquí a los *paterna*

98. BRAGA DA CRUZ, *A sucessão legítima no Código euriciano* cit. p. 787.

el régimen de los *materna* como en una especie de reciprocidad. De esta manera, la mujer podría mejorar en este supuesto porque era el único en el que detenta *bona paterna* en conjunto y no en una cuota como en *Liber* 4,2,14. Fue mucho más tarde cuando se le atribuyó a la madre el derecho a mejorar con carácter general.

b) Según la ley *Dum inlicita*, podían ser mejorados los hijos y los nietos. La ley emplea siempre el giro *filiii vel nepotes*, sin explicaciones detalladas, y ha dado lugar a que se plantee la cuestión de si el nieto puede ser mejorado solamente en defecto de su padre y por representación de él o si es posible mejorar al nieto *patre vivente*⁹⁹.

Del examen de la *Dum inlicita* parece deducirse con bastante claridad que los nietos no podían ser mejorados *patre vivente*. *Liber* 4,5,1 emplea la fórmula *filiii vel nepotes*, respetando el sistema sucesorio de los descendientes establecido en *Liber* 4,2,2, para prevenir el derecho de representación confirmado por el mismo Chindasvinto en *Liber* 4,5,4 y 4,2,18. Las fórmulas *filiii vel nepotes*, *filiii aut nepotes* y *filiii sive nepotes*, empleadas por la ley, tienen siempre carácter disyuntivo; nunca se emplea una conjunción claramente copulativa. No ofrece duda, por consiguiente, que Chindasvinto quería respetar el sistema visigodo de sucesión de los descendientes y el derecho de representación.

Por otra parte, no se aprecia ninguna razón por la cual Chindasvinto hubiera querido alterar en el caso concreto de la mejora el sistema sucesorio visigodo, respetado en todas sus leyes. Este sistema era, por lo demás, ajustadísimo al carácter de la mejora, pues ésta había sido concebida como un derecho a elegir destinatario de los *bona materna* reservados a los hijos y, en su defecto, a los nietos que hubiesen adquirido el carácter de reservatarios en virtud de sucesión. CE. 321, antecedente de *Liber* 4,5,1, lo expresaba claramente. El padre adquiría los *bona materna*, sin derecho de disposición, para, a su muerte, dejarlos a los hijos. Y al final, CE. 321,6 extendía la regla para el supuesto de que los *bona materna* correspondieran a los nietos al heredar por representación de su padre premuerto: *cadem quoque de nepotibus for-*

99. Puede verse un estudio independiente y general de este tema en mi trabajo *La mejora del nieto*, en *AHDE*. 31(1961).

ma servetur. Liber 4,5,1, como sabemos, vino a ser después una regla sobre el destino de las masas paterna y materna cuando no se conocían sus cuantías, que acabaría por convertirse en general al acentuarse la confusión de las masas del patrimonio familiar como consecuencia del predominio de la comunidad.

A pesar de ser suficientemente elocuente la forma disyuntiva de la ley *Dum inlicita*, sobre todo en relación con su antecedente CE. 321, tenemos además el testimonio especialmente claro de otra ley del mismo Chindasvinto, que nos revela su concepción de la mejora del nieto en armonía con el sistema visigodo. La ley *Patre defuncto*, como se recordará, establece que debía reservarse a los nietos la herencia adquirida por la abuela en caso de *luctuosa hereditas*. Estos nietos podían ser mejorados, pero sólo en el supuesto de no existir hijos —*si filios non reliquerint*— padres de estos nietos.

La expresión condicional *si filios non reliquerint* de la ley *Patre defuncto* se refiere a hijos de la madre que adquiere del hijo muerto, y que son excluidos por ella. Es una prueba de que los nietos no heredan ni pueden ser mejorados *patre vivente*, esto es, si viven los hijos excluidos, que son sus padres. Porque los *nepotes* de *Liber 4,2,18*, que pueden ser mejorados *si filios non reliquerint*, tienen que ser hijos de los hermanos del hijo muerto *patre defuncto*, a quienes excluyó la madre, pues si fueran hijos del muerto excluirían a la madre como descendientes.

Lacoste llegó también a la conclusión de que las leyes de Chindasvinto no permitían la mejora del nieto *patre vivente*, pero supuso que dicha mejora se introdujo en la práctica favorecida por una de las modificaciones de Ervigio a la ley *Dum inlicita*. A juicio de Lacoste, el derecho de gravar la mejora con cargas y condiciones constituyó una innovación que daría lugar al origen de la mejora directa en favor de los nietos¹⁰⁰.

El derecho de gravar la mejora, como se recordará¹⁰¹, no es una innovación ervigiana ni, como tendremos ocasión de observar, dio origen a la mejora del nieto. Desde antiguo se permitía gravar los bienes constitutivos de la mejora. Este derecho de

100. LACOSTE. *La mejora* cit. p. 77-85 y 159 ss.

101. Vid. *supra* p. 53.

gravar, formulado ya por Nov. 14 Teodosio II, se omitió en la redacción de Chindasvinto, y fue añadido después en la redacción ervigiana de la ley *Dum inlicita*.

No hay ningún dato en la época visigoda ni en la postgótica que nos permita afirmar que este derecho de gravar fuera el camino para introducir la mejora del nieto. El argumento fue utilizado en nuestros días para deducir la posibilidad de mejorar al nieto en el Código civil vigente. Lacoste transplantó la argumentación de los civilistas al Derecho visigodo, creyendo ver en ambas situaciones un paralelismo del que se podía inducir un proceso análogo, pero no aportó prueba alguna para justificar su especulación.

La mejora del nieto, como la de la mujer, es una innovación de las Leyes de Toro, cuyo origen arranca de prácticas nacidas al calor de las circunstancias de la época postgótica.

IV

1. La desaparición del poder público visigodo es uno de los acontecimientos más importantes para la historia del Derecho español medieval, incluso para el Derecho privado. La desaparición del poder público con su tutela condujo al repliegue a las comunidades inferiores, principalmente hacia la vecinal y familiar. La familia buscó en la cohesión y en la solidaridad la fuerza que había de sustituir a la desaparecida tutela política. La familia se hizo más primitiva por fuerza de los acontecimientos, y adoptó una estructura semejante a la de la familia arcaica, mucho más apta para aquel momento de crisis de poder público. Así se explica la consagración de la comunidad patrimonial familiar, aunque ya tuviera el camino preparado por la evolución del Derecho patrimonial familiar visigodo hacia la comunidad. No hubo, pues, necesidad de choques bruscos en este caso. Sin violencia, también, el Derecho visigodo se adaptó a estas situaciones o bien, si era inaplicable, se crearon nuevas formas acordes con el nuevo género de vida social.

El *Liber iudiciorum* siguió rigiendo con carácter general en la época postgótica al lado del Derecho especial complementario na-

cido para regular las nuevas situaciones. Pero dejarían de aplicarse algunas de sus instituciones y principios que eran inadecuadas para las nuevas circunstancias¹⁰². Muchas instituciones del *Liber*, aun siguiendo éste vigente, dejaron de utilizarse. Una de ellas es la mejora¹⁰³. La mejora dejaría de aplicarse, precisamente, por incompatibilidad con el predominio de la comunidad patrimonial familiar.

Al consagrarse la comunidad patrimonial familiar¹⁰⁴, desaparece la relevancia del padre y, como consecuencia, desapareció la *patria potestas*¹⁰⁵. El hijo no adquiere para el padre, sino para la comunidad. Por esta razón, al morir el padre o la madre —es indiferente—, finaliza la comunidad y se procede a la partición de la masa patrimonial y, en caso necesario, se sigue la tutela del hijo, precisamente porque el padre no adquiere, y no porque finalizara la patria potestad a la muerte de uno de los cónyuges. En estas circunstancias, no hay posibilidad de existencia de *bona materna* detentados por el padre, base de la mejora. La mejora, por consiguiente, desaparece por la desaparición del derecho del padre a adquirir lo ganado por los hijos, al corresponder ahora este derecho a la comunidad familiar.

Como consecuencia de la situación descrita y en consonancia con ella, los fueros municipales establecen la igualdad de los hijos en la sucesión. *Nemo possit relinquere uni filio magis quam aliis, sed post mortem parentum coaequantur, et dividant*, dice F. Daroca (Muñoz p. 542): *Que non dé a un fijo más que a otro, ex-*

102. A. OTERO, *El código López Ferreiro del Liber iudiciorum*, en *AHDE*. 29(1959).

103. LACOSTE. (*La mejora* cit. p. 86-123) dedica una larga exposición a la historia de la mejora en la época posterior a la invasión musulmana, intentando demostrar a cualquier precio su persistencia. "La mejora habría conservado toda su fuerza y vigor, sin caer en desuso, por todas partes donde los principios del *Liber iudiciorum* habían subsistido, aunque no fuera más que en estado consuetudinario, y salvo la derogación expresa contenida en cierto número de fueros" (p. 122), cuyo Derecho sucesorio se inspiraría en principios musulmanes y feudales.

104. Vid. L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval* (Salamanca 1956).

105. A. OTERO, *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en *AHDE*. 26(1956) 15-24.

clama F. Fuentes 108¹⁰⁶; *Los fijos equal mentre deuen heredar... et el padre et la madre non puedan dar más al un fijo que al otro*, repite todavía F. Soria 330. Esta igualdad en la sucesión se garantizaba con el deber de colación, enunciado concretamente por la mayoría de los textos, como F. Cuenca 225¹⁰⁷, y por F. Soria 330 y L. Fueros 125 en una forma especialmente interesante para la mejora, según veremos.

Nada tienen que ver con la mejora las ventajas o mejoría de los textos locales y territoriales. Algunos autores, sin embargo, las consideraron una prueba de la inexistencia de nuestro instituto. Las ventajas son un derecho del cónyuge supérstite a excluir de partición determinados bienes personales, que terminó por hacerse heredable por los hijos¹⁰⁸. Si acaso, reflejan la existencia de una comunidad en el Derecho medieval. Pero son compatibles con la mejora, y junto a ella han vivido hasta la actualidad en algunos lugares.

Más, a pesar de todo, los fueros municipales aportan datos interesantes para apreciar que el ambiente se fue preparando paulsadamente antes del resurgimiento legal de la mejora en F. Soria 303 y F. Real 3,5,10.

El fortalecimiento de la monarquía, apreciable ya a finales del siglo XI, lleva aparejada una mayor aplicación del *Liber iudiciorum*, que era el Derecho común y el Derecho del reino. La

106. F. Fuentes 108: Que non de a un fijo más que a otro.—Padre o madre seyendo sanos o enfermos non ayan poder de dar más a un fijo que al otro si a los otros fijos non ploguiere. F. Cuenca 230 (10.27): Quod parentes nulli heredum pre aliis dare queant.—Propter predictas rationes mandamus, quod neque pater, neque mater aliquid possint dare alieni filiorum suorum, neque sani, neque infirme; set omnes equaliter accipiant, tam in mobili quam in radice.

107. F. Cuenca 225 (10.22): De donis que pater et mater filiis suis dederint in die nuptiarum.—Cum parentes filiis, aut filiabus suis nupcias fecerint, quicquid eis dederint, ratum habeatur, si ceteri fratres de tot reintegrari potuerint. Quia cum ad partitionem uenerint pariter debent habere ea que parentum decessorum fuerint. Si in die partitionis alii fratres, qui nondum acceperant, non habuerint unde possint reintegrari, tradant ad partitionem quantum de subera sui parentis pre aliis habuerant, ut ita parificari possint, tamen prius omnibus debitis solutis, sicut dictum est.

108. A. OTERO. *Aventajas o mejoría*, en *AHDE*. 30(1960) 499.

Reconquista se hizo empresa de la monarquía. Esto supone que la toma y el reparto de la tierra se hace por la monarquía con arreglo a su Derecho. La organización y el Derecho aplicable en los territorios reconquistados eran, pues, los del rey, el *Liber iudiciorum*, cuya preponderancia se hace cada vez mayor desde la reconquista del Reino de Toledo. Y cuando el fortalecimiento de la monarquía llega a un punto culminante y se piensa ya en la centralización, se echaría mano del Derecho romano renacido y se favorecería su recepción porque agrandaba las prerrogativas reales y era más adecuado para desarrollar las tendencias sentidas en un momento anterior.

La restauración y fortalecimiento del poder público, por otra parte, haría desaparecer o cambiar aquellas circunstancias, derivadas de su crisis, que habían hecho inaplicable el Código visigodo. Se limitaba, por consiguiente, la posibilidad de aplicación de las normas del Derecho especial complementario del *Liber*, nacido para regular las situaciones provocadas por la crisis del poder público al desaparecer la monarquía visigoda. El Derecho del *Liber* renacido fue suplantando al Derecho especial al desaparecer las circunstancias que habían hecho surgir a éste. El Derecho romano justiniano, después, se recibió como Derecho común y sustituyó a nuestro primer Derecho común visigodo con distinta intensidad y consecuencias según la diversa manera de operarse la Recepción en los varios reinos peninsulares. El Derecho foral estriba precisamente en la persistencia del sistema postgótico de Derecho común visigodo, fundamentalmente del Derecho especial complementario, junto al nuevo Derecho común justiniano.

Concretamente; cuando fueron retrocediendo las circunstancias que habían hecho florecer la comunidad patrimonial familiar, se observa un desarrollo evolutivo que facilitó la recepción de la *patria potestas* justiniana. El movimiento se aprecia en los fueros municipales, principalmente en la vuelta a la confirmación de los desaparecidos peculios. Dada la estructura patrimonial familiar de la época forera, es lógico que los fueros municipales no consagrasen ni aludieran siquiera a los peculios, cuyo concepto, por lo demás, había desaparecido ya en el Derecho visigodo¹⁰⁹. La reapar-

109. Vid. n. 79.

rición de los peculios en F. Soria 347, F. Real 3,4,7 y F. Cuenca, Privilegio de Sancho IV 88-97, por influjo del Derecho justiniano, anuncia la presencia de la patria potestad y restaura ya el ambiente de la mejora.

En donde no se operó esta evolución no tuvo lugar el resurgimiento de la mejora. Esta es la razón de no haber resurgido la mejora en los territorios llamados hoy de Derecho foral. En Navarra y Aragón perduró el sistema medieval de comunidad familiar, incompatible con la mejora. Es muy significativo que en Aragón, además, no se restauró la patria potestad, según acredita el conocido apotegma de las Observancias: *De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem* (Obs. Aragón 2,2,2). No sería la misma la situación de Cataluña. Allí, la mejora, quizá por la mayor intensidad de la aplicación del *Liber iudiciorum*, seguiría viviendo en ciertos lugares, según parece acreditar algún texto¹¹⁰, mas la recepción total del Derecho justiniano impidió la persistencia y el resurgimiento del instituto de Derecho vulgar, de la misma manera que lo hubiera impedido en Castilla el predominio del Derecho sucesorio de Partidas.

Llega un momento en que F. Soria 303 y F. Real 3.5,10 establecen la facultad de mejorar. Pero estos preceptos parecen el reconocimiento de una práctica anterior de mejorar, renacida al calor de las circunstancias que hemos visto. Algún dato de las fuentes permite apreciar que, violando los principios de igualdad sucesoria, se comenzó a mejorar antes de la restauración legal de la mejora a través del cauce proporcionado por la facultad de *mandar* al nieto viviendo su padre. Aunque fuera indirectamente, en el resurgimiento de la mejora jugó un importante papel la *manda* al nieto, viviendo su padre, para eludir el deber de colación que garantizaba la igualdad sucesoria.

Muchos fueros, aun estableciendo la igualdad de los hijos en la sucesión, permitían al abuelo mandar una cantidad o una heredad al nieto que no fuera heredero, es decir, viviendo su padre. Así lo establecen, entre otros, F. Daroca, F. Viguera y Val de

110. Constitutions y altres drets de Catalunya 3,6,5. G. M.^a DE BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña* (Barcelona 1918) p. 252.

Funes 76, F. Novenera 53¹¹¹ y F. Fuentes de la Alcarria. F. Fuentes 109 es quizá el más claro¹¹².

Se puede mandar a los nietos, dice F. Fuentes 109, si no heredaren; luego vive el padre, y, por consiguiente, se trata de manda al nieto *patre vivente*. Pero si heredaren, entonces, al ser herederos, rige el párrafo anterior, F. Fuentes 108¹¹³, que establece, como todos los otros fueros, la igualdad en la sucesión. F. Fuentes 109 refleja el principio general seguido por los fueros municipales, y es de gran importancia para interpretar la debatida locución *fijos o nietos o dende ayuso que hayan de heredar* de F. Real 3,5,10, pues el F. Real mantiene el mismo criterio de los fueros municipales.

Según se aprecia en los textos, se puede mandar a los nietos lo que constituye el volumen de las mandas en cada ordenamiento local, aproximadamente lo mismo que se podía mandar a la mujer¹¹⁴; casi siempre una cantidad apreciable. F. Daroca permite sólo mueble hasta un valor de seis moravetinos; F. Viguera, con un criterio que recuerda al de L. Fueros, autoriza una sola cosa de tierra o ganado, pero no la mejor; F. Novenera permite su típica unidad de manda: kafiz de tierra, aranzada de viña y corvada de casa; y F. Fuentes pone el límite de treinta mencales, que parece el de la "menor cuantía" procesal.

Comenzó a mejorarse a los hijos, antes del resurgimiento legal de la mejora, mediante la utilización fraudulenta de la manda al

111. F. Daroca (Muñoz p. 542): Nemo possit relinquere uni filio magis quam aliis, sed post mortem parentum coaequantur, et dividant. Abus posit relinquere suo nepoti, si voluerit, de móbili sex morabetinos pro sua anima. Maritus et uxor, si non habuerint filios, passint se ad invicem recipere in medietatem si voluerint. Hoc autem fiat in collatione sua die sabatto post vespervas, vel die domenica post missam. F. Viguera 76: Agüelo dar a njeto.—Si l'agüelo diere a su njeto tierra, non la mejor, o ganado, tome dent una cosa, e si'l metiere su auuelo en partición, parta con los ctros egualment en suert. F. Novenera 53: De leyssa de auuelo a nieto.— Auuelo puede dar a un nieto I kafiz sempnadura de tierra et un arienço de uinna et una coruada de casa.

112. F. Fuentes 109: Por mandamiento de auuelo o de auuela.—Todo auuelo o auuela pueda mandar fasta XXX mencales a nieto o a nieta si no heredaren et si heredaren no les pueda mandar nada.

113. Vid. n. 106.

114. Vid. A. OTERO, *Mandas entre cónyuges*, en *AHDE*. 28(1958).

nieto; es decir, mediante la fórmula indirecta de mandar al nieto. Nos lo demuestra cumplidamente el Libro de los Fueros de Castilla y, sobre todo, el F. Soria.

F. Soria 330¹¹⁵ y L. Fueros 125¹¹⁶, al tratar de la colación, aluden a las donaciones o mandas al nieto, y llaman la atención sobre aquellas que se hacen *patre vivente*, a las cuales califican de *engannosas y encubiertas*. El engaño y encubrimiento que descubren estos textos era el fraude al deber de colación. El nieto, viviendo su padre, no era heredero y, por tanto, no tenía deber de colación. Así, pues, donándole o legándole a él se encubría la mejora del hijo, su padre, y se defraudaba el *derecho de los hijos* —que— *egual mientre deuen heredar los bienes del padre et de la madre*. El texto de F. Soria 330 es sumamente elocuente: *Los auuelos, entendiendo esto, danlo al nieto o a los nietos seyendo el padre biuo, a*

115. *F. Soria 330*: Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fijos... Esto mismo ssea de lo que el auuelo o el auuela o amos en uno dieren a alguno de sus nietos en casamiento o en otra manera, el padre o la madre, de qual parte los ouiere los auuelos, seyendo muerto, que sea tenjdo de lo adozir a partiçión con los otros hermanos et con sus tios, saluo sil fuere dado por soldada de seruicio quel fizo, como dicho es, et non en otra manera. Et por que de derecho los fijos egual mientre deuen heredar los bienes del padre et de la madre, et el padre et la madre non puedan dar más al un fijo que al otro, si non por mejorja en aquella quantía que dicho es. Los auuelos, entendiendo esto, danlo al nieto o a los nietos seyendo el padre biuo, a fuerça que finquen con ello et que lo non tornen a partiçión si les fuere demandado; et por que esto tal es fecho engannosa mientre, si les dado fuere, non vala.

116. *L. Fueros 125*: Título de la heredad o ropa que padre o madre dan a fijo en casamiento.—Esto es por fuero: que sy padre o madre dan a fijo heredad o ropa en casamiento o coçedras o sauannas otra tal ropa... et viene a tiempo que muere el padre o la madre e demandan los otros fijos, que adugan la heredad a partiçión o la ropa... Et sy non ouyere de que, que aduga la heredad o la ropa a partiçión qual fuere usada... Ca non puede dar padre nin madre más aun fijo que a otro más de çinco sueldos. Mas puede dar a nietos o a nietas un dado qual quisiere, sacadas las mejores casas. Et sy non ouyere más de unas casas, puede dar la meadad o el terçio o el quarto. Et la heredad que el padre da a fijo e da lo a otro omne por encubierta, sy fuere tiempo que los otros hermanos quieran demandar esta heredad, non la deuen demandar a aquel que la compró, nin el que la compró non se deue salvar por ella; mas aquel su hermano cuya dise que es la compra, a aquél la deue demandar...

fuerça que finquen con ello et que lo non tornen apartición si les fuere demandado; et por que esto tal es fecho engannosa mientre, si les dado fuere non vala.

El cauce abierto por la manda al nieto se aprovechó para restablecer la práctica de la mejora del hijo. Después, los textos, ante una realidad contra la que era inútil luchar, optaron por autorizar la mejora visigoda, que había ido resurgiendo al modificarse las circunstancias que la habían hecho desaparecer y al compás del predominio del F. Juzgo. La mejora se consagra ya en algunos fueros: en F. Soria 303 y F. Real 3,5,10, y más tarde se añadirá al F. Cuenca mediante el privilegio de Sancho IV.

2. F. Soria, aun cuando mantiene los principios generales sucesorios de los otros fueros municipales, faculta para mejorar a alguno de los hijos. El principio general de igualdad de los hijos en la sucesión, recordado en F. Soria 330¹¹⁷ para combatir las mandas fraudulentas, se formula en F. Soria 316¹¹⁸. Este texto añade, además, lo que corresponde heredar al hijo en el caso de ser mejorado en virtud de la facultad concedida por F. Soria 303, por lo cual resulta interesante para conocer el modo de computarse la cuota de mejora y de los bienes reservados, los que *fincaren*.

El redactor de F. Soria, con su habitual precisión técnica, consiguió una regulación de la mejora más clara que la de su modelo F. Juzgo y que la de F. Real, probablemente la más clara de la historia de nuestro instituto. Pero, como consecuencia de haberla resucitado en un ambiente de comunidad patrimonial familiar, provocó la primera gran transformación sufrida por la mejora.

F. Soria 303¹¹⁹ es el primer texto que formula la mejora una

117. Vid. n. 115.

118. *F. Soria 316*: Los fijos de bendición que fueren de un padre et de una madre, egual mjentre hereden los bienes del padre ode la madre, primera mjentre pagadas las debdas et las mandas. Pero si el padre o la madre quisier meiorar a alguno o algunos de sus fijos, segund se contiene en el capitulo de las mandas, quel uala; et sin la mejoría quel fiziere, que herede con sus hermanos en los bienes que fincaren, egual mjentre.

119. *F. Soria 303*: Njnguno que ouiere fijos o njetos odent ayuso que ayan derecho de heredar, non pueda dar nj mandar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes. Pero si quisiere meiorar a alguno c algunos de sus fijos, pueda los meiorar en la una quarta parte de sus bienes los que

vez resurgida en la práctica después de un largo período de inaplicación. Naturalmente, siguió recogida en el *Liber iudiciorum*, cuyos textos contribuirían también a su resurgimiento a medida que cambiaron las circunstancias que la habían hecho desaparecer. El redactor de F. Soria utilizaría precisamente una versión romanecada del *Liber* para hacer su regulación. F. Soria 303 procede de F. Juzgo 4,5,1, según parece poner de relieve la repetición del desafortunado *sin* con que F. Juzgo tradujo el *extram [illam terciam portionem]*¹²⁰ de la versión ervigiana. F. Juzgo 4,5,1, sería el modelo utilizado para la redacción de F. Soria 303 aunque no lo parezca a primera vista por la brevedad de este último, que, a pesar de todo, contiene la parte dispositiva de aquél referente a facultades de disposición. No era necesario un precepto más amplio, pues se recogió lo referente a desheredación en F. Soria 364-366¹²¹. Pero el redactor de F. Soria invirtió el orden de exposición, consecuente quizá con el orden de proceder en la práctica, y describe primero la facultad de libre disposición del quinto, con la cual termina también el texto, y después la facultad de mejorar. De esta manera evitó la posible confusión derivada de exponer la facultad de disposición del quinto después de la de mejorar. Resultó indudablemente el texto más claro sobre la manera de computarse el quinto libre y la cuota de mejora, más claro todavía que L. Estilo 214, sobre todo si se pone en relación con F. Soria 316.

Todo el que tenga hijos o nietos con derecho a heredar no puede disponer libremente de más de la quinta parte de sus bienes, que puede dar *por su alma o en otra parte do quisiere*. No cabe duda que se trata de la quinta parte de todos los bienes después

fincaren, si non la quinta sobredicha que pueda dar por su alma o en otra parte do quisiere e non a ellos.

120. ZEUMER, p. 197 l. 4.

121. A tenor de estos textos, la desheredación, como en *Liber* 4,5,1, ha de hacerse exclusivamente por una serie de causas que se enumeran y que deben ser probadas y señaladas en la *manda* o ante testigos. Estas causas de desheredación son más numerosas que en *Liber iudiciorum*; algunas de ellas tienen sabor de la época, como no sacar al padre de cautiverio, y otras incluso conservan la impronta de su procedencia de un ambiente de autotutela, como es la de no *demandar* la muerte del causante.

de deducidas las deudas; *primera mjentre pagadas las debdas*, dice F. Soria 316.

Además de la quinta, F. Soria 303 faculta para mejorar a alguno de los hijos con la cuarta parte de los bienes que quedaren después de deducido el quinto, es decir, con un cuarto de los cuatro quintos: *pueda los mejorar en la una quarta parte de sus bienes los que fincaren, sin la quinta sobredicha*. Después, al prevalecer F. Real 3,5,10¹²², como era menos claro, se hizo necesario explicar la manera de computarse la mejora en F. Briviesca 3,5,9¹²³ y en L. Estiio 214¹²⁴, en donde ya se dice que *de todo lo al que*

122. F. Real 3,5,10: Como ninguno puede mandar a estraños mas de la quinta parte de su hacienda.—Ningun home que hubiere fijos, o nietos, o dende ayuso, que hayan de heredar, no pueda mandar, ni dar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar a alguno de los fijos, o de los nietos, puedalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puedan dar por su alma, o en otra parte do quisiere, e non a ellos.

123. F. Briviesca 3,5,9: Ningun home que hoviere fijos o nietos o dende ayuso que hayan *derecho* de heredar non pueda mandar nin dar, a su muerte, mas de la quinta parte de sus bienes, *asi muebles como raices*, pero si quisiere mejorar a alguno de sus fijos o de sus nietos, puedalo mejrcrar en la tercia parte de sus bienes sin la quinta *parte* sobredicha. *Et esta quinta parte puedanla dar por su alma, o do el quisiere mas non a los fijos nin a los nietos que obieren lo suyo de heredar o de partir. Porque ante que los fijos o los nietos partan, deben facer traer a monton o recibir en cuenta de la su parte todo quanto paresciere que levo cada uno de ellos en casamiento, del padre o de la madre, cuyos ovieren de partir, et seyendo el patrimonio de esta manera ayuntado o asmado, deben sacar de todo lo que fincare, primeramente todas las despensas del mortuorio de aquel finado, et desi las debdas que parescieren. Et despues la quinta parte que fuere mandada. Et despues de todo esto la tercia parte en que mejorar a algunos de sus fijos o de sus nietos, o la valia de ella. Et lo al que fincare todo esto sacado segunt dicho es, partanlo entre si los fijos o los nietos, tambien las mugeres como los varones, segunt que manda la ley del titulo de las herencias. Et si despues que ovieren partido, otra debda alguna paresciere, pareense a ella los herederos cada uno por la su parte et non en mas.*

124. L. Estiio 214: Que primero se ha de sacar la quinta parte para el alma, que el tercio.—Sobre la ley que comienza: Ningun home que hoviere fijos, que es en el Fuero de las leyes, en el titulo de las mandas en el capitulo pero si quisiere mejorar a alguno de sus fijos, o de sus nietos, puedelo mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta parte sobredicha. Y es a saber sobre esta quinta parte, y sobre esta tercia parte, quando no

finca —después de sacado el quinto— *mejorar a alguno de sus hijos y mandarle ha el tercio.*

El redactor de F. Soria se separó de F. Juzgo y estableció una cuota de mejora distinta, la única cuota distinta del tercio visigodo, que había prevalecido desde la reforma ervigiana y que prevaleció al volver a establecer F. Real 3,5,10 la cuota de un tercio. Sin embargo, no deja de ser interesante averiguar por qué el redactor de F. Soria cambió la cuota tradicional del tercio por la de un cuarto. Recogió la cuota de un quinto de libre disposición, que se computaba sobre todos los bienes después de deducidas las deudas, y establecería un cuarto de cuota de mejora para que fuera una cantidad igual a la del quinto. La mejora, según F. Soria 303, era *una quarta parte de sus bienes, los que fincaren sin la quinta; es decir, un cuarto de los cuatro quintos, y, por tanto, un quinto de la totalidad también.* Así, pues, se podía disponer de dos quintos para mejora y cuota libre, y se debían reservar tres quintos, que *fincaban*, para repartir *equal mjentre* entre todos los hijos, según claramente explica F. Soria 316. F. Soria recoge una cuantía igual a la que sigue predominando hoy en Galicia. No sería extraño, pues, que se tratara de la cuantía de la práctica renacida.

Comienza a vislumbrarse también la razón de ser del sorprendente *e non a ellos* de F. Soria 303 y F. Real 3,5,10. Ambos textos dicen que se puede mejorar con una cuota —un cuarto y un tercio respectivamente— de la cantidad remanente después de haberse deducido la quinta, la cual quinta se podrá *dar por su alma o en otra parte do quisiere e non a ellos*. El redactor de F. Soria pretendía con esto garantizar el principio general de igualdad de los hijos en la sucesión, evitando que se defraudara mediante el cauce de la manda de confianza al hijo¹²⁵, autorizada expresamente en

hay otro Fuero, ni costumbre que sea contra Ley que sacan primero por razon del alma, y quinto de quanto hobiere, y mandarlo ha a quien quisiere; y de todo lo al que finca mejorar a alguno de sus hijos, y mandarle ha el tercio, y asi se usa esta ley.

125. Denomino así a lo que designa con el nombre de persona interpuesta J. MALDONADO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español* (Madrid 1944).

F. Viejo 5,3,6¹²⁶ y todavía en L. Estilo 214¹²⁷, pero ya combatida por algunos fueros municipales, que incluso indican la causa de la prohibición de legar la cuota del alma al hijo.

Todo parece indicar que la quinta tendió a ser una cuota para el alma, así en el Derecho visigodo como en el de la época posterior. No creo que los textos de F. Soria, F. Real y L. Estilo permitan afirmar que el quinto recupera en ellos el carácter de disponible para los no legitimarios que tenían en el *Liber iudiciorum*¹²⁸. Ningún texto mejor que F. Viejo 5,3,6 y, sobre todo, L. Estilo 214 para dar la impresión de que la quinta era para el alma. Esto es lo que afirma la ley del Estilo en el título y también en la explicación del texto. *Sacan primero por razón del alma, y quinto de quanto hobiere, y mandarlo ha a quien quisiere* quiere decir, como el epígrafe, que la quinta que se destina para el alma se puede mandar a quien se quiera para que la destine a aquel fin. Se puede legar directamente o por medio de una manda de confianza. Esta es la interpretación de estos textos, según aclara F. Salamanca 31¹²⁹ al decir: *Elo que mandare en elglesias o en ospitales o oquisiere, nolo mande a fiyo ni apariente por los otros deseredar*. Continuamos, a mi modo de ver, en la línea de *Liber* 4,5,1. Allí se indicaba el destino habitual del quinto a *ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint*, pero la liberalidad de los libertos debía de tener la finalidad de cuidado del alma, derivada de la tradición romana de cuidado de la sepultura. La desaparición de los libertos, especialmente en los ambientes urbanos que reflejan los fueros municipi-

126. F. Viejo 5,3,6: Si el padre, o la madre dan a suo fiyo, o a sua fiya alguna ereditat en casamiento, o sin casamiento, ...: esto se entiende que lo puede facer el padre, o la madre, seyendo sanos, e non despues que fueren alechigados de enfermedad, nin a la ora de la muerte non pueden dar a un fiyo mas que a otro ninguna cosa, saluo el quinto de todos sus bienes, que puede dejar por su alma a quien quisier.

127. Vid. n. 124.

128. Esto afirma ROMERO VIEITEZ (*La fórmula mejora de tercio y quinto* cit. p. 67) frente a LACOSTE (*La mejora* cit. p. 219), el cual suponía que se había convertido plenamente en quinto para el alma en L. Estilo 214.

129. F. Salamanca 31: Qui mandar su auer.—Todo omne quesu auer mandar en su salute por su anima, quanto mandare, todo sea estable. Elo que mandare en elglesias o en ospitales o oquisiere, nolo mande a fiyo ni apariente por los otros deseredar. ...

pales, llevaría a la práctica de hacer liberalidades a los descendientes con el mismo fin de cuidado del alma.

La manda de confianza se utilizaría, en ocasiones, no con su verdadero fin de cuidado del alma, sino con la finalidad de *dar mas al un fijo que al otro*, violando el principio general de igualdad de los hijos en la sucesión. Por esto, F. Salamanca 31 y F. Ledesma 7 prohíben o, más bien, insinúan que no se mande al hijo o al pariente la cuota del alma para *deseredar* a los otros hijos, iniciando así una reacción contra esta práctica dirigida a dar más a un hijo que a los otros o a desheredarlos, como dice F. Salamanca, reacción que culmina en el *e non a ellos* de F. Soria 303 y F. Real 3.5.10.

Debemos insistir en afirmar que la quinta tendió, pero sólo tendió, a convertirse en cuota para el alma, mas nunca lo fue enteramente ni lo intentó el Derecho medieval¹³⁰. La prohibición del *e non a ellos* de F. Soria 303 y F. Real 3.5,10 se refiere a los *fijos o njetos odende ayuso que ayan derecho de heredar*. No se puede mandar del quinto a aquellos que hubieren de heredar para evitar el fraude al derecho de los otros herederos, según explica claramente F. Briviesca 3,5,9¹³¹. Pero se puede mandar del quinto a otras personas que no sean ellos. No todo el quinto debía destinarse para el alma. Del quinto se pueden hacer donaciones o mandas a otras personas que no fueren herederos. L. Estilo 214 lo silencia, y sólo se preocupa de poner de relieve que se puede destinar el quinto para el alma por medio de una manda de confianza. Sin embargo, los mismos fueros que prohíben mandar el quinto a los hijos o nietos que hubieren de heredar permiten donar o mandar del quinto a otras personas, sin que sea para el alma. Así, F. Soria 456¹³² permite legar del quinto *lo que quisiere al fijo que recibio*, y F. Soria 330¹³³, como casi todos los fueros, permite donar o mandar al nieto que no hubiere de heredar. Asimismo, F. Real

130. Vid. J. MALDONADO, *Herencias en favor del alma* cit. p. 122 *passim*.

131. Vid. n. 123.

132. F. Soria 456: ... Et si despues que lo ouire rreçebido por ffijo, ouiere fijos legitims o otros que ayan derecho de heredar, tal rreçebimjento non uala, mas sus fijos hereden lo suyo; et de su quinto de al fijo que reçibio lo que quisiere.

133. Vid. n. 115.

4,22,1¹³⁴ permite legar del quinto al recibido por hijo cuando hubiere hijos legítimos, y lo mismo sucede con el hijo de barragana, según F. Real 3,6,5¹³⁵. Y al quinto debían reducirse, en caso de superveniencia de hijos, las donaciones que a tenor de F. Real 3,12,3¹³⁶, el marido podía hacer a la mujer después de pasado un año del matrimonio.

La modificación de Ervigio a la ley *Dum illicita* había excluido de los efectos de dicha ley, y por consiguiente de la reserva y de las limitaciones del derecho de disposición, los bienes procedentes de donación real¹³⁷. Continuando en vigor el régimen especial de las donaciones regias, distinto del de los bienes familiares, F. Real 3,12,8¹³⁸ establece, como la legislación postclásica, que son perpetuamente firmes. Inmediatamente después, siguiendo a F. Juzgo 5,2,2 y 3¹³⁹, preceptúa que podrá el destinatario disponer libremente de ellas y que el cónyuge no puede demandar parte alguna de las donaciones hechas por el rey expresamente al otro. L. Estilo 234¹⁴⁰ trata asimismo de las donaciones del rey, consi-

134. F. Real 4,22,1: ... e si despues que lo hobiere recebido hobiere fijos legitimos, tal recebimiento no vala: mas los fijos legitimos hereden lo suyo, e de su quinto de al fijo que recibiere lo que quisiere.

135. F. Real 3,6,5: Todo home que no hobiere fijos de bendicion, e quisiere rescebir a alguno por fijo, e heredarle en sus bienes, puedalo hacer: e si por aventura despues hobiere fijos de bendicion, hereden ellos, e no aquel que recibio por fijo: y esto mismo sea por el fijo de la barragana que fue rescebido por fijo, e por heredero.

136. OTERO, *Mandas entre cónyuges* cit. p. 405.

137. Vid. supra p. 54.

138. F. Real 3,12,8: Las cosas que el Rey diere a alguno, no gelas puede el toller, ni otro ningun:, sin culpa: e aquel a quien las diere, faga dellas su voluntad, asi como de las otras sus cosas: e si muriere sin manda hayanlo sus herederos, e no pueda su muger demandar parte dellas: y otrosi, el marido no pueda demandar parte en las cosas que diere el Rey a su muger.

139. La ley de F. Real 3,12,8 es de las que debieron de tomarse directamente de F. Juzgo, pues no tiene correspondencia en F. Soria. Es natural, porque se trata de donaciones que se rigen por el Derecho regio y no por el Derecho municipal recogido en los fueros municipales.

140. L. Estilo 234: Otrosi, es saber, ... mas la donacion que hace el Rey, puedela aquel a quien la hace, esa cosa que le dio el Rey, dar en mejoría, o por Dios, o por su alma, o hacer, o ordenar della como quisiere, demas de la tercia parte, y de la quinta que puede dar, o ordenar por Fuero.

derando su especial régimen como privilegio de la Corte del rey. En su virtud, se puede disponer de esos bienes libremente y también darlos en mejora o por el alma.

L. Estilo 213¹⁴¹ plantea por vez primera, si no me equivoco, la cuestión de la denominada mejora en cosa determinada. Se comprende perfectamente que así sea. En el Derecho visigodo no se plantearía el problema de la *mejora en una cosa apartadamente*, puesto que, precisamente, la mejora tenía por objeto unos bienes concretos, los bienes maternos. La duda acerca de la posibilidad de mejora en cosa concreta se pudo originar desde que se comenzó a difuminar y a desaparecer la distinción de las masas paterna y materna del patrimonio familiar y como consecuencia también de la necesidad consiguiente del sistema de cálculo de la mejora como una cuota de la totalidad de los bienes, propugnada en *Liber 4,5,1*. Pero la duda vendría disipada y solucionada por la aclaración de Ervigio a la ley *Dum inlicita*, en virtud de la cual se confirmó la facultad de descomponer la mejora y de ser atribuida según la expresa voluntad del causante¹⁴².

La confusión total de los bienes familiares se acabaría de consumir con el predominio de la comunidad, ambiente en el que resurgió la mejora, y en el cual no podía menos de ser vista sino como una cuota de la totalidad del patrimonio. A esto hay que añadir los efectos de la importación de la idea de legítima, fruto de la Recepción justiniana. Los textos de F. Soria y F. Real, así como todos los de su época, no hacen referencia a la legítima, que sería desconocida para el Derecho altomedieval. Los juristas comenzarían por entonces las especulaciones, hechas con conceptos

Y esto es porque es donado de Rey, que es así privilegio en la Corte del Rey el su donadio que el hace.

141. L. Estilo 213: El padre puede mandar a uno de sus hijos de mejora el tercio de quanto ha, según el Fuero de las Leyes, y algunos dicen, que este tercio que debe ser tomado de todos los bienes: mas no en una cosa apartadamente, y esto no es así: ca bien puede darle este tercio de mejora en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son Casas, o Torres, o otra cosa que no se pudiese partir sin menoscabo de la cosa.

142. *Si in nomine filiorum suorum atque nepotum aliquid specialiter scriptis conferre decreverint, iuxta testationis eorum ordinem cuncta erunt observanda perenniter*, dice la adición de Ervigio a *Liber 4,5,1*. Vid supra p. 52.

justinianeos, en torno al carácter de la mejora, y particularmente si se trataba de una legítima. Se pensaba, con cierta lógica, que por deberse la legítima a los hijos en todas y cada una de las partes de la herencia, si la mejora es legítima, se seguiría que no puede pagarse en cosa concreta. Pero no se paraba atención a lo anacrónico del proceder, pues se especulaba con el concepto de legítima en torno a una institución que vivía en un ordenamiento que operaba exclusivamente con la idea de reservas y no conocía la legítima. La utilización del concepto extraño condicionaba la solución y conducía a una desacertada. Sin embargo, la solución de L. Estilo 213, al permitir la mejora en cosa concreta, fue acertada.

La facultad de disposición del quinto podía ejercerse por actos *inter vivos* y *mortis causa*; esto es, se puede donar o bien mandar la quinta parte de los bienes. Así lo disponen F. Soria 303 y F. Real 3.5.10. F. Real 3,12,7¹⁴³, además, permite separadamente la donación del quinto. L. Toro 28 hubo de explicar, pues dudaba Palacios Rubios quizá porque se interpretaba en la práctica que la primera de dichas leyes de F. Real permitía la manda y la del título doceavo autorizaba la donación, y vino a poner en claro que eran dos formas distintas de disponer de la cuota del quinto.

Respecto a la facultad de disposición de la cuota de mejora no tenemos tanta claridad, pero hay datos suficientes para afirmar que también podía destinarse mediante donación y manda.

Los textos visigodos relativos a mejora no decían concretamente que la mejora pudiera hacerse por donación *inter vivos*; se expresan siempre, sobre todo las adiciones de Ervigio, en unos términos que parecen indicar que normalmente se haría por disposición *mortis causa*. Pero como se recordará¹⁴⁴, de la interpretación de CE. 321 en relación con CE. 322 parecía deducirse la posibilidad de donación *inter vivos* de los bienes objeto del de-

143. *F. Real 3,12,7*: Donacion que fuere fecha por miedo, o por fuerza, no vala. Otrosi, mandamos, que si alguno ficiere donacion de todo lo que hobiere, maguer que no haya fijos, no vala: e si fijos hobiere, o nietos, o dende ayuso, no pueda dar mas de su quinto: e si por aventura mas diere, la donación no vala en aquello que es de mas, e vala en aquello que puede dar.

144. Vid. *supra* p. 41.

recho de elegir. Y esta posibilidad de mejorar por donación parece confirmarla la ley *Quidquid indiscreta* (*Liber 4,5,3*) de Chindasvinto¹⁴⁵. Lo mismo ocurría en el derecho de la época postgótica. Si bien podía interpretarse que *dar y mandar* de los párrafos iniciales de F. Soria 303 y F. Real 3,5,10 se refieren tanto al quinto como a la mejora, tenemos además el testimonio marginal y espontáneo, y por ello quizá más valioso, de F. Soria 330¹⁴⁶. Allí, al exceptuar del deber de colación lo que el padre *diere por mejora*, tenemos una prueba de que en la práctica se mejoraba también por donación *inter vivos* y no solamente por mandas o donaciones *mortis causa*.

3. a) F. Real 3,5,10, F. Briviesca 3,5,9 y L. Estilo 214 facultan para mejorar al hijo o al nieto, de lo cual se deduce, naturalmente, que podía mejorar el padre y también el abuelo. Todos los textos concuerdan en que el padre puede mejorar al hijo. Sin embargo, F. Soria 303, 316 y 330, que se refieren a mejora, aluden solamente a hijos, y no mencionan la facultad de mejorar al nieto. Es particularmente significativo que F. Soria 330, al establecer la obligación de colacionar la donación hecha al nieto cuyo padre ha muerto, señala la excepción de lo dado por *soldada de servicio*, pero no exceptúa, como hace en el supuesto inicial de donación al hijo, lo dado *por mejora en aquella guisa que manda el fuero* (F. Soria 303). Bien pudiera ser que, contra el criterio general de permitir la mejora del nieto *que ouiere derecho de heredar*¹⁴⁷, el redactor de F. Soria, en su afán de combatir la manda fraudulenta¹⁴⁸, hubiera intentado negar cualquier mejora de nieto.

145. *Liber 4,5,3*: Quidquid indiscreta parentum... eodem tantum ordine reservato, ut post parentum obitum, dum filiis patuerit adeunda successio, excepto id quod parentes filiis iuxta leges fortasse donaverint...

146. *F. Soria 330*: Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fijos en casamiento o en otra manera, saluo si gelo diere por mejora en aquella guisa que manda el fuero, o si gelo diere por soldada de servicio quel fizo segund que la darie a otro omneestranno por aquello quel siruiesse, sea tenjdo el fijo de lo adozir apartiçion con los otros hermanos depues dela muerte del padre o dela madre que gelo dio. Et si amos gelo dieren de consuuno et...

147. Vid. supra p. 71 ss.

148. Vid. supra p. 79 ss.

Y posiblemente le llevó también a tal decisión el convenimiento de que la mejora del nieto era innecesaria una vez restaurada la mejora. Lo que parece claro es que su criterio, si era no autorizar la mejora del nieto reservatario, no prevalecería, y su derivado F. Real mencionó a hijos y nietos, corrigiendo la omisión de estos últimos en los textos de F. Soria alusivos a nuestro instituto.

Ninguno de los textos anteriormente citados que alúen a nieto permiten, sin embargo, mejorar al nieto viviendo su padre. Es natural, porque siguen en la tradición visigoda y, sobre todo, porque una vez restablecida la mejora no tenía razón de ser la mejora del nieto *patre vivente*, que, como se recordará, se hacía con la finalidad de lograr la desigualdad de uno de los hijos en la sucesión. Por esto, F. Real 3,5,10 insiste en decir *fijos o nietos o dende ayuso que hayan de heredar*, pues de esta manera, aparte de mantenerse en el criterio tradicional de atribuir la mejora solamente al descendiente reservatario, se perseguía cortar la práctica de mejorar al nieto o, simplemente, la duda que se había podido derivar de la manda fraudulenta al nieto. Pero no hay lugar a dudas en la interpretación de F. Real 3,5,10. A su tenor, es claro que sólo los que fueran herederos forzosos —directos o por representación— podían ser mejorados.

Así lo entendieron los comentaristas del F. Real, y no dan indicios de vacilación en este punto. Arias de Balboa¹⁴⁹ no plantea problema alguno sobre la interpretación de *que hayan de heredar*, y sólo duda si el padre puede mejorar *en este tercio mas do a un fijo o nieto*. Díaz de Montalvo, en forma categórica, afirma que por hijos o nietos que hayan de heredar se entienden los *liberi qui legitima ad minus privari non possunt de iure*¹⁵⁰. No había dificultad en la interpretación del texto de F. Real 3,5,10 respecto a quiénes podían ser mejorados. El comentario de Palacios Rubios a L. Toro 18, en sus párrafos II y VI, demuestra que era opinión general de los doctores no ser posible la mejora del nieto que no fuera heredero forzoso. Bien es verdad que dice *nonnulli gravis*

149. ARIAS DE BALBOA, *Glosa al Fuero Real de Castilla* (ed. J. CERDA) en *AHDE*. 21-22(1951-52) 930-932.

150. A. DÍAZ DE MONTALVO, *El Fuero Real de España II* (Madrid 1781) p. 66.

auctoritatis doctores dicebant debere intelligi patre defuncto non autem vivente, pero no es menos cierto que no cita ninguna opinión opuesta ¹⁵¹. Y tampoco parece haber sido problema la interpretación de la ley de F. Real, en el punto que ahora nos interesa, después de la promulgación de las Leyes de Toro. Basta pasar revista al comentario de Gómez ¹⁵² e incluso al tan posterior de Llamas Molina ¹⁵³ para convencerse.

b) Discrepan los textos del período que nos ocupamos en la manera de enunciar las personas que pueden ser mejoradas, de forma que puede plantearse el problema de si puede ser mejorado un solo hijo o es posible mejorar a varios, fraccionando la cuota de mejora. F. Soria 303 y 316 dicen expresamente que puede mejorarse *a alguno o algunos de sus fijos*. F. Real 3,5,10 deja lugar a dudas con su expresión *mejorar a alguno de los fijos o de los nietos*. L. Estilo 213, al interpretar F. Real 3,5,10, dice que *puede mandar a uno de sus hijos de mejoría el tercio*; y a uno concreto se refiere también L. Estilo 200 ¹⁵⁴.

La reforma de Ervigio a *Liber* 4,5,1, como se recordará ¹⁵⁵, había reconocido o, simplemente, confirmado la facultad de fraccionar la mejora, pudiendo ser atribuida a un solo hijo o distribuida entre varios. F. Soria, por consiguiente, interpretó bien el alcance de la ley visigoda, pero no se puede decir que F. Real 3,5,10, al utilizar una expresión más ambigua que la de F. Soria 303, lo haya interpretado en sentido distinto o que recogiera la manera de entenderse en la práctica, y, en consecuencia, que debemos interpretar que únicamente permitía mejorar a un solo hijo. F. Brivisca 3,5,9 explicó el texto de F. Real entendiendo que se puede mejorar a algunos de los hijos; pero, a pesar de todo, la desafortunada

151. J. LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS, *Glossemata legum Tauri*, en *Opera varia* (Antuerpiae 1616) p. 581-583.

152. A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum* (Madrid 1786) p. 167-169.

153. S. LLAMAS MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro I* (Madrid 1853) p. 336 ss.

154. *L. Estilo 200*: Si alguno ficiere su Testamento, e tal Fuero fuese en el Lugar que el padre podiese mandar la tercera parte de mejoría, a uno de sus fijos, e gela mandase esta tercia...

155. Vid. supra p. 52 s.

tunada redacción de la ley del Fuero dio lugar a dudas¹⁵⁶, y estas dudas conducirían a la errónea interpretación de L. Estilo, remediada por las Leyes de Toro.

c) F. Real 3,5,10 formula la facultad de mejorar diciendo *nin-gún home*, como hace también F. Briviesca 3,5,9, y no se refiere más que a *home*. La misma fórmula emplea L. Estilo 214. L. Estilo 200 y 213 hablan de padre, y sólo a él se refieren. F. Soria, sin embargo, a pesar de que en § 303 emplea una forma impersonal como F. Real 3.5.10, en § 330 y¹, mucho más claramente, en § 316 alude a padre y madre, permitiendo mejorar al padre o a la madre. La alusión a ambos cónyuges podría explicarse como simple influencia y repetición de la fórmula de F. Juzgo, que siempre los cita juntamente, o bien como consecuencia de la interpretación del redactor de que el Código visigodo permitía mejorar al padre y a la madre. Los textos posteriores a F. Soria, como hemos visto, no mencionan a la madre, lo cual parece una reacción contra el fuero castellano en este punto. Bien pudiera ser que el redactor de F. Soria recogiera una práctica, contraria al Derecho visigodo¹⁵⁷, de mejorar la madre normalmente, que pudo haberse iniciado al calor de las circunstancias del régimen de comunidad patrimonial familiar. La equiparación de padre y madre que se tiende a operar en el régimen de comunidad patrimonial familiar, la detentación de bienes familiares por la madre en la comunidad continuada, la práctica de testamento mancomunado y la delegación de la facultad de testar y de mejorar, que confirman las prohibiciones de L. Toro 31, serían situaciones propicias para conducir a la posibilidad de mejorar la madre, pues incluso en algunos de estos supuestos aparecería ya mejorando. F. Real trataría de desconocer esta situación e incluso, no aludiendo a la madre, pretendería oponerse a ella, pero acabaría por prevalecer en L. Toro quizá para evitar los problemas de los iurisperitos y los pleitos a que daría lugar.

4. Como se habrá podido apreciar, a estas alturas la mejora ya ha perdido su carácter originario de facultad de elegir destina-

156. Cfr. ARIAS DE BALBOA, *Glosa al Fuero Real* cit. p. 930-932; LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS, *Glosemata legum Tauri* cit. p. 582.

157. Vid. supra p. 57 ss.

tario entre los hijos de una determinada clase de bienes a ellos reservados, y adquiere un carácter nuevo, más próximo al que designa el inexacto calificativo de cuota desigualadora. Pero esto era consecuencia inevitable del cambio operado en el régimen patrimonial familiar y del sistema sucesorio en que resurgió la mejora. Por un lado, había desaparecido la distinción de *bona paterna* y *bona materna*, en sede de la cual y sólo en sede de la cual tenía razón de ser la mejora: una facultad de elegir que nacería como compensación de las limitaciones del derecho del padre sobre las adquisiciones de los hijos, al imponerse la reserva de los *bona materna*. La distinción de masas del patrimonio familiar estaba condenada a desaparecer con el predominio de la comunidad, y la había precipitado Chindasvinto con la regla general de la *Dum inlicita*, basada en una presunción de las cuantías sobre la totalidad del patrimonio. Por otra parte, al resurgir la mejora predominaba la comunidad patrimonial familiar, que determinaba el principio de igualdad de los hijos en la sucesión. Los Derechos locales siguen manteniendo este principio sucesorio y, al lado de él, a veces en los mismos textos que lo formulan, se introdujo la facultad de mejorar. En este ambiente de igualdad sucesoria, la mejora aparecería como una excepción al principio general de igualdad, y, por consiguiente, podía ser vista como una facultad de desigualar. Pero sólo en una situación sucesoria como la descrita puede decirse de la mejora que es facultad de desigualar. No creo que pueda calificarse de cuota desigualadora a la mejora desde la recepción de la legítima, porque en esta situación la igualdad se quiere sólo en la legítima.

También, al perderse la distinción *paterna-materna* y seguirse el principio de igualdad de los hijos en la sucesión, se dio pie para calificar a la mejora de legítima. En el Derecho visigodo es clarísimo que la mejora no era legítima. Tampoco lo puede ser en el Derecho postgótico, puesto que ni siquiera conoce la legítima. El Derecho altomedieval obligaba a reservar cuatro quintos a los hijos. Procediendo anacrónicamente, cuando se recibió la idea de legítima, se consideró aquella parte de la herencia como legítima a ellos debida, viendo una legítima en lo que era una reserva simplemente. Por consiguiente, cualquier cuota que se detrajese de los cuatro quintos se consideraba como una parte de la legítima; y de

aquí que se siguiera necesariamente considerar la mejora como una parte de la legítima. A pesar de todo esto, sólo hubiera podido ser calificada de legítima aquella parte en la que el mejorado hereda igualmente con sus hermanos, según la descripción de F. Soria 319; es decir, cuatro quintos menos un cuarto—tres quintos— en F. Soria y cuatro quintos menos un tercio—ocho quinceavas partes— en F. Real.

V

Las Leyes de Toro suponen un nuevo y trascendental momento en la historia de la mejora. La evolución que recogen y suponen también las L. Toro viene determinada, al parecer, por la irrupción de categorías jurídicas del sistema justiniano en los institutos del sistema tradicional. Los fueros municipales breves contenían un Derecho especial complementario del Derecho común visigodo, el *Liber iudiciorum*. Los fueros extensos, por el contrario, eran ya la formulación de un sistema completo, logrado con la utilización de los principios del Derecho romano justiniano, el nuevo Derecho común. Por esto hicieron innecesario el antiguo Derecho común visigodo, romano también, pero procedente de una evolución vulgarista¹⁵⁸. La mejora, al ser recogida en estos textos romanizados, ya estaba expuesta a la influencia de los principios justinianos, y, a medida que el romanismo ganaba terreno, quedó en manos de los juristas, a merced de sus interpretaciones. Se comenzaría a interpretar la mejora y los problemas a que daba lugar con categorías procedentes del Derecho justiniano, convertido en un peculiar Derecho común español por su especial recepción en las Partidas, y los comentaristas procederían a explicarla con categorías justinianas, planteando *quaestiones* con conceptos procedentes de un Derecho academicista y clasicista en un instituto de Derecho vulgar. Esto dio lugar a una hipertrofia de la mejora y de los problemas con ella relacionados, y produjo una nueva transformación de su carácter originario. Los redactores de L. Toro heredaron esta situación, y hubieron de enfrentarse con ella. Se les puede observar una tendencia a optar por las soluciones del Dere-

158. Vid. A. OTERO, *El código López Ferreiro* cit. p. 570 ss.

cho tradicional, como intentaron hacer en la generalidad de las materias tratadas, pero no pudieron menos de dejar, en muchos casos, la impronta de su formación romanística y de los principios del Derecho justiniano. Su falta de sensibilidad y formación histórica no les permitió ver que los conceptos y la problemática justinianas, como procedentes de un Derecho academicista y clasicista, no eran aplicables al Derecho tradicional, de raigambre vulgarista. Y, al aplicarlos, se produjo fatalmente la deformación consecuencia de la utilización de conceptos anacrónicos¹⁵⁹.

No puede prescindirse aquí de la etapa evolutiva de la mejora que constituyen las L. Toro. Pudiera sostenerse esto basándose en la estrecha vinculación a ellas de la doctrina contenida en el Código civil vigente, la cual arranca de allí y sigue fundamentalmente en su línea. Pero existen algunas diferencias notables entre la regulación de ambos cuerpos legales. En ciertos casos, el Código civil adoptó soluciones distintas a las recogidas en L. Toro. Alguna vez, los artículos del Código parecen responder a una interpretación radical de los preceptos de Toro, consecuencia de aquella inmensa masa de interpretaciones de que han sido objeto; interpretaciones impulsadas por un feroz bartolismo y conducidas y solucionadas, naturalmente, con principios y más principios justinianos. No es oportuno, pues, un comentario más de las L. Toro; ahí están, y los damos por conocidos de todos. Lo que procede es un análisis histórico desde la línea de la evolución que hemos ido contemplando, desde la cual y sólo desde la cual se explican las soluciones de L. Toro. Y en cada caso insinuaremos una comparación con el Código civil vigente con la idea, nada más, de dejar tendido el puente que une al Código actual con el pasado del que depende.

1. No incluyeron las L. Toro una disposición en la cual expusieran una caracterización general y abstracta de la mejora, aunque sólo fuese a la manera del artículo 654 del Proyecto de 1851 o del artículo 823 del Código civil. Describen los aspectos más

159. LACOSTE (*La mejora* cit. p. 151 ss.), con unas ideas que no podemos compartir acerca del carácter general de las Leyes de Toro, supone, por el contrario, que dichas leyes no cambiaron en nada la fisonomía tradicional de la mejora, salvo una o dos adiciones discutibles.

salientes o más debatidos. De las quince leyes dedicadas a regular las formas, las condiciones y la fuerza de la mejora se desprende la manera de concebir la mejora aquellos legisladores. Si ellos no han hecho una caracterización, será anacrónico hacerla nosotros. Creemos oportuno no hacer la traducción de su concepto para evitar la traición de atribuirles algún pensamiento nuestro.

El Proyecto de Código civil de 1851 define la mejora en su artículo 654¹⁶⁰. La mejora es aquí hasta el duplo o la doble porción de la legítima que el padre o ascendiente puede disponer en favor de cualquiera de los hijos o descendientes.

Respecto a L. Toro ha variado no sólo la cuantía, sino también el carácter de la mejora. García Goyena quería que fuese otro quinto igual al que podía disponerse a favor de extraños, pero fue rechazada su idea y se aprobó esta doble porción¹⁶¹.

La concepción de la mejora del Proyecto de 1851 supone la aceptación legal de la doctrina que la concebía como legítima. Esto no se afirma directamente en el articulado, pero se manifiesta continuamente. Aparte de que García Goyena lo sostiene, al decirnos como la Comisión resolvió conservar la hispánica "facultad de mejorar a los hijos y descendientes en cierta parte de la legítima", tenemos además, entre otras muchas confirmaciones, la tan gráfica de su comentario al artículo 643. Por haberse establecido en él que "la legítima no admite gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie", se derogó en el Proyecto la L. Toro 27, que las permitía sobre la mejora.

El Código civil dedica su artículo 823¹⁶² a definir nuestro instituto. Se separó del artículo 664 del Proyecto en la cuantía y en la redacción. Todo parece indicar que, separándose de L. Toro 18, quería seguir en la verdadera tradición de no permitir mejorar sino

160. *Proy. art. 654*: Pueden además los padres y ascendientes disponer en favor de cualquiera de sus hijos y descendientes, hasta el duplo o de una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno de los primeros. Esta doble porción se llama mejora.

161. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II cit. p. 102 y 346.

162. *C. c. art. 823*: El padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítima. Esta porción se llama mejora.

a los herederos forzosos. El Tribunal Supremo lo entendió de otra manera ¹⁶³.

Desaparece definitivamente la mejora de quinto, introducida por L. Toro, e incluso la vieja cuota libre del quinto que ahora, quizá para aproximarse al Derecho foral, se convierte en un tercio de libre disposición. La mejora es ahora una de las dos terceras partes destinadas a legítima que el padre puede disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes. Si se interpretara hijos o descendientes que hubieren de heredar, como creo se debería hacer, sería menos incongruente calificar de legítima a la mejora, y no haría falta echar mano de la socorrida y vulgar distinción de legítima larga y legítima corta ni de otras muchas sutilezas que se han hecho necesarias.

2. En L. Toro 17 ¹⁶⁴, que abre la serie de las que tratan de mejora, tenemos la primera prueba de la utilización de conceptos justinianeos en nuestro tradicional instituto. La ley es tenida generalmente por un precepto que trata de la revocabilidad de la mejora. F. Soria y F. Real no emplean el término revocación —hablan todavía de *toller* y *desfacere*—, ni abordan el problema de la posibilidad de *desfacere* la mejora. Sin embargo, la ley quiere terminar con las complicaciones originadas por el planteamiento de *questiones* con el término revocación importado por las Partidas.

163. Vid. p. 106.

164. *L. Toro 17*: Quando el padre, o la madre mejcrare a alguno de sus hijos o descendientes legitimos en el tercio de sus bienes en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por otro algun contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría o no, fasta la hora de su muerte la pueda revocar quando quisiere: salvo si hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de la cosa o cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien la hiciere, o a quien su poder oviere, o le oviere entregado ante Escribano la escriptura dello: e el dicho contrato se oviere hecho por causa cnerosa con otro tercero asi como por via de casamiento, o por otra cosa semejante, que en estos casos, mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar sin reservarse el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar, o por alguna causa que segun las leyes de nuestros reynos las donaciones perfectas, v con derecho fechas se pueden revocar.

Los comentaristas que siguen a A. Gómez, como Posadilla ¹⁶⁵, comienzan hablando de la legítima —a la que no se refiere la ley, y que sólo aparece citada en L. Toro 26 de las de mejora— para explicar mejor el contenido del texto, suponiendo que en aquel momento la legítima de los hijos son todos los bienes de los padres a excepción del quinto. Pero, como se recordará ¹⁶⁶, antes de las L. Toro sólo hubiera podido ser calificada de legítima aquella parte en la que el mejorado hereda igualmente con sus hermanos, según el tenor de F. Soria 319; es decir, tres quintos, u ocho quinceavos según el F. Real. Y la situación sigue siendo la misma en las L. Toro. Debe observarse que L. Toro 26 separa legítima, por un lado, y tercio y quinto, por el otro, de lo cual hay que deducir que el criterio de L. Toro será que la mejora no es legítima y que ésta se reduce a ocho quinceavos. El argumento de que el tercio es legítima porque sólo se puede dejar a los descendientes legítimos ¹⁶⁷ no vale, porque, según L. Toro, se puede dejar a los que no son legitimarios, cual es el caso del nieto viviendo su padre.

L. Toro 17 parte del supuesto de que el padre o la madre pueden mejorar a alguno de sus hijos o descendientes por testamento, o en otra postrimera voluntad, o por contrato entre vivos. La ley no hace innovación alguna en este punto aunque Lacoste haya afirmado lo contrario ¹⁶⁸. La atribución de la mejora podía hacerse por actos *inter vivos* en el Derecho visigodo y en el de la época posterior. El tercio de mejora podía *darse* o *mandarse*, según los textos anteriores a L. Toro demuestran cumplidamente ¹⁶⁹. La misma L. Toro 17 parece darlo por supuesto, y no da a entender que se hubiera innovado ni que se dudara siquiera en este punto.

En esta situación, y quizá por pensar con categorías justinianeas, dudariase si se podría revocar la mejora, especialmente la hecha por actos *inter vivos*. Comenzaron las *quaestiones* y surgieron las distinciones. Se distinguió, naturalmente, si la mejora era hecha por testamento o por acto *inter vivos*, si se había entregado

165. J. ALVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las leyes de Toro* (Madrid 1833).

166. Vid supra n. 93.

167. POSADILLA, *Comentarios* cit. p. 130.

168. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 154 y 251 ss.

169. Vid. supra p. 88.

o no la posesión y si se trataba de hijos que estaban en la potestad o que no estaban.

Sin duda, uno de los problemas más pintorescos que plantean los comentaristas de L. Toro es el preguntarse, en sede de mejora, si una disposición es correctoria del Derecho común, que no conoce tal instituto. Todos convienen en que L. Toro 17 es correctoria de aquel Derecho al permitir la mejora del hijo en la potestad por acto entre vivos. Es cierto que el Derecho romano consideraba nula la donación que el padre hiciese al hijo sometido a la patria potestad, y ni siquiera se consolidaba por la muerte del padre, a no ser que hubiera mediado entrega; mas la ley no alude a entrega por esta razón, como se verá. Pero el carácter de las donaciones medievales distaba de ser igual al de las justinianas. Dejando a un lado el problema de la crisis de la *patria potestas*, que llega a desaparecer en la Alta Edad Media, debemos recordar que, desde la época postclásica, hemos asistido a un paulatino afirmarse de una personalidad patrimonial del hijo de familia y también a una consolidación de la emancipación legal. Especialmente interesante es la facultad de adquisición y libertad de disposición de los hijos, *patre vel matre vivente*, que se enuncia en la discutida *antiqua 4,5,5*¹⁷⁰. Todo ello, en el ambiente de insensibilidad para la *potestas* del período medieval, no sorprende que, conjugado con las especiales características de las donaciones en esta época, produjera el resultado de donaciones de padres a hijos. Se debe recordar el carácter de las *donationes post obitum*¹⁷¹. Normalmente, las mejoras por actos *inter vivos* hechas al hijo que vivía con los padres revestirían la forma de *donationes post obitum*; es decir, donaciones entre vivos, y por tanto irrevocables por la *traditio cartae*, pero que surtían efectos al cumplirse la condición o término de la muerte del causante. Así se explica que la mejora por actos entre vivos no fuera problema para los juristas antes de la recepción justiniana y que F. Soria y F. Real, sobre todo aquél, no planteen la cuestión de hijos bajo la *potestad parental*. Pero el carácter de las *donationes post obitum* pasaría desapercibido a los

170. Vid. n. 79.

171. Vid. J. A. RUBIO, *Donationes post obitum y donationes reservato usufructo en la alta Edad Media en León y Castilla*, en *AHDE*. 9(1932).

juristas romanizados, y esto dio pie para que se plantearan problemas.

No es demasiado clara L. Toro 17 al hablar de la madre. Podría pensarse si la ley autoriza a mejorar a la madre constante matrimonio o sólo en defecto del marido, sobre todo teniendo en cuenta la situación del Derecho visigodo, que solamente autorizaba a la madre la mejora en el supuesto de la *luctuosa hereditas*. A la vista del tenor general de L. Toro 18 y de que los comentaristas no dan síntomas de vacilación, habrá que concluir que la mujer podría mejorar también viviendo su marido. Pero se dudaría, a juzgar por las cavilaciones de los comentaristas, si la mujer casada podía mejorar por contrato o donación sin el consentimiento del marido, ya que para disponer o contratar necesitaba la autorización o licencia de él. El problema es nuevo, aunque se hubiera planteado con anterioridad a L. Toro por la facultad de mejorar que parece conceder a la mujer F. Soria. Antes, en el Derecho visigodo, no se plantearía, pues, como se recordará, la madre mejoraba sólo *patre defuncto*. No parece muy claro que a la ley le haya preocupado el supuesto. De cualquier forma que sea, se resolvió autorizar a la mujer para mejorar a sus hijos o descendientes legítimos por testamento o por cualquier otra *postrimera voluntad* o bien por otro algún contrato entre vivos, estuvieran o no aquéllos bajo el poder del padre.

L. Toro 17, a pesar de tanto planteamiento romanista, resolvió la cuestión de la revocabilidad de la mejora con criterios del Derecho tradicional, concretamente con los de F. Real, según iremos viendo. A nuestro juicio, se debe entender que la ley estableció que, sin distinción de hijos en potestad o emancipados y de mejora de padre o de madre, la mejora se pudiera revocar en los casos en que, *según las leyes de nuestros reynos*, fuera revocable el acto —*inter vivos o mortis causa*— por el cual se establecía y, además, cuando el mejorante se reservase expresamente la facultad de revocarla. A pesar de la poco afortunada formulación de la ley, paréceme esta explicación mucho más correcta y conforme a la realidad que la interpretación habitual de los tratadistas, los cuales afirman, siguiendo a la letra el precepto, que L. Toro 17 establece el principio general de revocabilidad de la mejora con las excepciones que especifica.

La mejora no es en sí misma revocable ni irrevocable. Sería irrevocable cuando el acto por el que se constituye tuviera tal carácter, y sería revocable cuando el acto constitutivo lo fuera por alguna causa por la cual los actos perfectos e irrevocables se pudieran revocar. Partiendo de esta idea, L. Toro 17 estableció que, a tenor de los preceptos de F. Real ¹⁷², toda mejora realizada por testamento o donación *mortis causa* podía ser revocada, puesto que podía serlo el dicho testamento o donación. Y, siguiendo también los preceptos de F. Real ¹⁷³, dispuso que las mejoras hechas por donación *inter vivos* perfecta —esto es, hecha con entrega de la cosa o si se hubiera entregado la escritura ante escribano— no se podían revocar, a no ser por las causas por las cuales las leyes de nuestros reinos —F. Real 3,12,1 ¹⁷⁴— permitían *toller las cosas a aquel a quien las dio* o, si se prefiere con los términos de L. Toro 17, *revocar las donaciones perfectas y con derecho fechas*. Se añadió además, lógicamente, la irrevocabilidad de la mejora por contrato oneroso con tercero, citando el ejemplo del contrato de casamiento.

García Goyena no recogió directamente los principios de L. Toro 17 en el Proyecto de 1851, si bien puede decirse que aparecen reflejados en el artículo 658, referente a la promesa de mejorar y de no mejorar.

El Código civil vigente recogió en el artículo 827 ¹⁷⁵ los principios de L. Toro 17 en la forma que les había dado la doctrina, esto es, elevada a principio general la revocabilidad de la mejora.

Código civil 827 establece que la mejora, aunque se haya realizado con entrega de bienes, es revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero. La diferencia respecto a L. Toro 17, como se puede apreciar, es grande. Ya no se trata de que la mejora sea o no revocable por razón del acto constitutivo. El Código civil es-

172. F. Real 3,5,1; 3,5,2 y 3,12,6, coincidentes con F. Soria 305 y 298 respectivamente.

173. F. Real 3,12,2; 3,12,3; 3,12,6 y 3,12,10.

174. F. Real 3,12,1 (= F. Soria 308).

175. C. c. art. 827: La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero.

tablece el principio general de la revocabilidad, con la vieja excepción de los contratos onerosos con tercero, convertida ahora en dos, al señalarse las capitulaciones matrimoniales, no a modo de ejemplo, sino como otra forma al lado de aquéllos.

Las diferencias del Código con L. Toro estriban fundamentalmente en el distinto carácter de las donaciones. En el Derecho medieval, las donaciones se perfeccionaban por la entrega de la cosa o por la entrega de la escritura, y de esta manera se hacían irrevocables, a no ser por las causas generales de ingratitud. En el Derecho vigente, según el artículo 623, la donación se perfecciona por el consentimiento, desde que el donante conoce la aceptación del donatario. Por esto parece superfluo el inciso del artículo 827: "aunque se haya verificado con entrega de la cosa"; éste tiene el aspecto de una nota residual del período anterior.

Al haberse establecido el principio general de revocabilidad de la mejora, es lógico que el artículo 827 no haya incluido como causa de revocación el haberse reservado el mejorante el poder de revocar y las causas generales de revocación de las donaciones.

La formulación del principio de revocabilidad de la mejora se hizo sobre la base de la tradicional de L. Toro, a pesar de que se habían operado cambios en el carácter de las donaciones. Quizá no se produzcan problemas prácticos por ello, sobre todo recurriendo a los artículos 620-622 en relación con el artículo 825. Pero, como consecuencia del apego a la formulación tradicional en circunstancias distintas, queda la impresión de una incongruencia en la posibilidad de que una mejora hecha por donación simple, aceptada por el mejorado, se pueda revocar a tenor de lo dispuesto en el artículo 827, siendo así que la donación sería perfecta e irrevocable según el artículo 623.

3. Palacios Rubios¹⁷⁶, en el párrafo primero de su comentario, dice de L. Toro 18¹⁷⁷ que es declaratoria de F. Real 3,5,10

176. LÓPEZ DE PALACIOS RUVIOS, *Glosemata legum Tauri* cit. p. 581.

177. *L. Toro 18*: El padre o la madre, o qualquier dellos puedan si quieren hacer el tercio de la mejoría que podían hacer a sus hijos o nietos, conforme a la ley del fuero a qualquier de sus nietos, o descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padres de los dichos nietos, o descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento.

en dos puntos *de quibus hactenus semper fuit dubium apud iuris peritos*: el primero, conceder a la madre, aun constante matrimonio, la facultad de mejorar en el tercio de sus bienes a cualquiera de sus hijos, nietos o descendientes legítimos, y el segundo, poder el marido o la mujer mejorar a los nietos, aun viviendo el padre de dichos nietos. Trataremos de ellos por separado.

Ya hemos visto que L. Toro 17 facultaba a la madre para mejorar, pero hemos de insistir nuevamente en la cuestión de la mejora de la madre, y no sólo por la afirmación de Palacios Rubios.

L. Toro 18 dice claramente que el padre o la madre o cualquiera de ellos puede mejorar conforme a la ley del Fuero (F. Real 3,5,10). La ley no da pie para pensar que se planteara problema acerca de la posibilidad de mejorar la madre. Recogería, sin más, la facultad de mejorar que se daba en la práctica, a pesar de que F. Real 3,5,10 no aludía a la madre, considerando incluso que así se suplía una omisión de la ley del Fuero. El único problema que consideraría, y en el que Palacios Rubios afirma que es aclaratoria del Derecho anterior, sería el de la validez de la mejora hecha por la madre constante matrimonio. Pero esto es una prueba de que para las L. Toro la madre está en pie de igualdad con el marido; es decir, puede mejorar de la misma manera que el padre. La única dificultad se vería en la mejora constante matrimonio, que soluciona L. Toro 17, dando la misma firmeza a la mejora de la madre que a la mejora paterna.

En el Derecho visigodo, como se recordará¹⁷⁸, todo parecía indicar que la madre, privada por Mayoriano del derecho de elegir destinatario de los bienes procedentes del marido, sólo podía mejorar, por excepción, con los bienes procedentes de la *luctuosa hereditas*, según establecía *Liber* 4,2,18.

En realidad, L. Toro 18 no innovó en este punto, puesto que quizá la mujer ya mejoraba cual el marido desde el momento del resurgimiento de la mejora en la época medieval, como consecuencia de las especiales circunstancias de la comunidad familiar¹⁷⁹. La práctica de mejorar la madre aparece con relativa claridad en F. Soria. Las dudas de los *iuris peritos* que resuelve L. Toro 18

178. Vid. supra p. 62 ss.

179. Vid. supra, p. 92.

no serían acerca de la posibilidad de mejorar. Dudarían si la mujer podía mejorar por contrato o donación sin el consentimiento del marido, según hemos visto ya al tratar de L. Toro 17. No obstante, las leyes de Toro son el primer texto legal que autoriza la mejora de la madre y la equipara a la del padre. En este sentido, puede decirse que confirman la gran innovación de la mejora de la madre en cualquier caso, pues en el Derecho visigodo sólo podía mejorar en el supuesto de la *luctuosa hereditas*.

El Proyecto de 1851 y el Código civil vigente equiparan a padre y madre, manteniendo y perpetuando la innovación confirmada por L. Toro. Ni los comentaristas de L. Toro ni los juristas actuales han planteado problema alguno. La facultad de mejorar la madre se tiene por naturalísima, a pesar de que es reciente y puede dar lugar a discusiones injertada en un régimen de comunidad de gananciales. Pero ahora queremos solamente llamar la atención sobre la facultad de mejorar el cónyuge superviviente que pasa a segundas nupcias en los bienes, reservables, procedentes del difunto por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo. La establece el artículo 972 del Código civil, derivado del artículo 805 del Proyecto de García Goyena. A pesar de que dicho artículo 972 dispone que la mejora se hará conforme a lo establecido en el artículo 823, y, por lo tanto, será de un tercio de dichos bienes y no de la totalidad de ellos, a nosotros nos parece la forma de mejora más genuina, más acorde, a grandes rasgos, con la mejora originaria. Sin duda, un paralelismo puramente casual con el estado originario del Derecho postclásico, pero por eso mismo extraordinariamente simpático y, quizá, significativo.

El Derecho visigodo, como se recordará, no permitía la mejora del nieto *patre vivente*¹⁸⁰. Tampoco era posible antes de L. Toro. La doctrina de F. Real a este respecto era clara y claramente interpretada¹⁸¹.

L. Toro 18, que introduce la gran innovación de permitir la mejora del nieto aun viviendo su padre, viene motivada, según Palacios Rubios, por las dudas de los *iuris peritos*, no por disparidad de opiniones de los doctores. El dato, según creo, arroja mucha luz

180. Vid. supra p. 71 ss.

181. Vid. supra p. 89 s.

sobre el porqué del extraño final de L. Toro 18: *sin que en ello les sea puesto impedimento*. No se trataba de que hubiera disparidad de interpretaciones de F. Real 3,5,10. Tampoco se trataba, como supuso Lacoste¹⁸², de que existiera una práctica de mejorar al nieto *patre vivente*, contraria a la doctrina sentada en F. Real 3,5,10, que —según él— se negaría en los tribunales y que acabó permitiéndose en L. Toro 18 para evitar litigios. El impedimento de los tribunales y los problemas de los abogados, que L. Toro 18 trataba de evitar, estaban en relación con la manda fraudulenta al nieto a que alude F. Soria 330¹⁸³.

La facultad de mandar al nieto que no hubiera de heredar siguió siendo el único cauce para mejorar al hijo en aquellos lugares cuyo fuero no permitía la mejora, y subsistió también en los fueros que habían restaurado la mejora. Se puede imaginar las complicaciones y litigios a que daría lugar la prueba del *enganno* de tales mandas, hechas con el verdadero fin de mejorar al hijo o, si se prefiere, con el fin de dar más a un hijo que a los otros. Sería el afán de evitar esta complicación en el foro lo que determinó L. Toro 18. Se permitió mejorar directamente al nieto no reservatario, modificándose así el criterio de F. Real, para poner fin a los pleitos a que daba lugar la manda al nieto de la época anterior al resurgimiento de la mejora.

La mejora del nieto sólo se permitió desde las L. Toro. Los legisladores de Toro la consintieron para evitar litigios. No observaron que la mejora del nieto no es práctica corriente, sino excepcional y consecuencia de un sistema que no permitía la mejora, en el cual se había utilizado para lograr indirectamente la mejora del hijo.

Los comentaristas de L. Toro han propuesto varias cuestiones en torno a la ley 18. Fueron, en verdad, mucho más ágiles para inventar dudas que para resolverlas. Quizá la más significativa y jugosa es si se puede mejorar al hijo o nieto único. Sea la mejora facultad de elegir destinatario de determinados bienes o de parte de ellos, como en el Derecho visigodo, o bien sea facultad de des-

182. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 164.

183. Vid. supra p. 77 ss.

igualar a los herederos legítimos es claro que no cabe elegir ni desigualar en el caso de hijo o nieto único y, por consiguiente, no cabe mejorar. La causa de la duda —quizá lo único interesante— estaba en la posibilidad de gravar la mejora que concedía L. Toro 27. Se pretendería gravar una parte de la herencia del hijo único, pues de lo contrario se hacía desigual la condición de los padres de hijo único. Pero la convicción de que la mejora era legítima impedía admitir que se pudiese gravar en este caso en que por no haber elección ni comparación no habría lugar al nacimiento de la mejora. El rigor de esta infundada convicción impedía superar el problema creado precisamente por ella. Hoy es claro que la solución podía estar en la distinción de tercio de mejora y mejora¹⁸⁴; obligada distinción porque estaba claramente expuesta en L. Toro 26, al distinguir separadamente tercio, quinto y legítima.

Cuando el padre tiene un solo hijo y varios nietos se puede mejorar a cualquiera de éstos, no porque la mejora sea legítima de los hijos respecto de los extraños y no respecto de los nietos, sino porque lo permite L. Toro 18. No hay otra razón, y menos aún si se piensa que la mejora es legítima.

García Goyena pretendió derogar el principio de L. Toro 18, no permitiendo que la mejora pudiera ser atribuida sino a los hijos o descendientes herederos forzosos. Pero su idea, que sería consecuente con el carácter que tenía la mejora del nieto, según hemos visto, no mereció la aprobación. Se conservó la facultad de mejorar a los nietos o descendientes aun viviendo sus padres por unas razones llamadas de equidad: para que un abuelo pudiera proveer a la suerte de sus nietos hijos de un padre disipador¹⁸⁵.

El Código civil no reprodujo literalmente el artículo 654 del Proyecto de 1851, como hizo en otros casos¹⁸⁶. Al no seguir fielmente el artículo del Proyecto en que se autorizaba la mejora del nieto *patre vivente*, debía interpretarse que la intención era no permitirla. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1903, acogiendo una complicada argumentación en

184. Vid. GARCÍA GRANERO, *Estudio dogmático sobre la mejora* cit.

185. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* II (Madrid 1852) p. 102-104.

186. Vid. n. 160 y 162.

torno a los artículos 782 y 824, que parecían posibilitar indirectamente la mejora del nieto, e impulsado por la tradición histórica que fomentaba la Ley de Bases, sentó la doctrina de posibilidad de la mejora de los descendientes que no son herederos forzosos. Esta doctrina no está en la letra del Código civil, pero creyó verse en el espíritu de sus redactores¹⁸⁷. Después de la polémica en el momento de la sentencia del Supremo poco se ha insistido en la cuestión. Y sería necesario, porque si prevalece la mejora del nieto *patre vivente*, a mi modo de ver, habrá que cambiar la teoría de mejora del Código civil —sobre todo el art. 823—, que considera la mejora legítima.

4. L. Toro 19¹⁸⁸ faculta para mejorar *en cierta cosa o parte de la hacienda* con tal que no exceda de la cuota correspondiente de todos los bienes; es decir, confirma la posibilidad de mejorar en cosa determinada. Por otro lado, al regular el supuesto, habla de mejora de tercio y quinto, empleando por primera vez la expresión mejora de quinto. Nuestra L. Toro 19, sin embargo, no parece haber innovado nada, ni siquiera la mejora de quinto, sino que debió de limitarse a confirmar la práctica de la época con su terminología. Los juristas romanizados ya se anticiparían a encauzar, justificándola, una tendencia sentida desde hacía tiempo.

La quinta, como se recordará, aunque parece haber tendido a convertirse en cuota para el alma, no lo fue enteramente en los ordenamientos medievales. Los fueros municipales, al permitir mandar a iglesias u hospitales o a donde se quisiese, como F. Salamanca 31, continúan en la línea de *Liber* 4,5,1. Pero, puesto que las liberalidades a los descendientes con el fin de cuidado del alma se emplearían para dar a algún hijo más que a los otros, vulnerando la igualdad en la sucesión, se inició una reacción contra esta

187. Vid. OTERO, *La mejora del nieto* cit. p. 389-391.

188. *L. Toro 19*: El padre y la madre y abuelos en vida o al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, o parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo aya el hijo, o hijos, o nietos que ellos mejoraren: con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare, o valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna.

práctica que culminó en la prohibición de legar a los herederos la quinta —*e non a ellos*—, que establece F. Real 3,5,10¹⁸⁹.

F. Real 3,5,10, sin embargo, no debió de poder contener la práctica de donar el quinto *a ellos*. L. Toro parece que la consagran con toda naturalidad, y ni siquiera Palacios Rubios parece darse cuenta de la contradicción que hace del precepto de F. Real al permitir la mejora de quinto a los herederos, aun con este nombre de mejora, que sería ya el popular.

A pesar de la prohibición de F. Real 3,5,10, la atribución del quinto a los hijos y nietos que habían de heredar se generalizaría en la práctica, y fue encontrando la justificación de una serie de circunstancias.

No existe ningún dato decisivo, pero sí una serie de indicios que hacen suponer existente la mejora de quinto con anterioridad a las L. Toro. Hay algunos datos que confirman incluso que era costumbre antes del siglo xv acumular en algún hijo el tercio y quinto —cuarto y quinto en otros lugares— de los bienes¹⁹⁰.

Contra la prohibición de atribuir el quinto a los herederos, expresada en el *e non a ellos*, y siguiendo en el afán de dar más a algún hijo, se recurriría a denominar mejora a la atribución del quinto, porque así se estaba formalmente dentro del precepto de F. Real 3,5,10, puesto que éste no permitía dar más a un hijo que a los otros a no ser en mejoría. Es verdad que la mejora de F. Real era un tercio, pero en definitiva se alteraba sólo la cuota, conservando la misma igualdad en la sucesión, que se quería ahora en el remanente de la herencia después de sacar el tercio de mejora y el quinto, según indican claramente L. Estilo 214, F. Briviesca 3,5,9 y F. Soria 316.

Nada extraño resulta que los padres intentaran acumular tercio y quinto para realizar la mayor acumulación en un heredero, según las tendencias de la época, favorables al mayorazgo. Los juristas romanizados verían lógica la acumulación del tercio y quinto en los herederos e incluso debieron de contribuir a consolidarla con su opinión, pues era acorde con el sistema romano de legítima. Con la mejora de tercio y quinto se disponía de siete quinceavas partes

189. Vid. supra p. 84 ss.

190. ROMERO VIEITEZ, *La fórmula mejora de tercio y quinto* cit. p. 69 ss.

del patrimonio y quedaban para los otros hijos ocho quinceavas partes. Quedaba siempre a salvo la mitad del patrimonio, el máximo de legítima justinianea y de Partidas del supuesto de ser más de cinco hijos.

Tampoco innovó nada L. Toro 19 respecto a la denominada mejora en cosa determinada, pues, al permitirla, sigue en la línea de la época anterior. L. Estilo 213 había permitido la mejora en cosa determinada, solucionando así el problema que se había planteado por vez primera a causa de las circunstancias del momento de confirmación por los textos de la restaurada mejora. Debe recordarse lo dicho a propósito de L. Estilo 213¹⁹¹. Ante la confusión sembrada por los juristas romanizados con sus ideas de legítima y por haberse perdido de vista el criterio de libertad en la atribución, aclarado por Ervigio, hubo necesidad de aclarar. La acertada doctrina de L. Estilo 213 fue recibida por L. Toro 19. Es tan clara que no se comprende la cantidad de cavilaciones a que dio lugar.

Dispone L. Toro 19, además, que la facultad de señalar el tercio y quinto en cosa cierta no se puede cometer a otra persona alguna. Tampoco esta disposición se salvó de la manía de interpretar, a pesar de que es clara. Pero no podía faltar la distinción, y aquí se hizo, naturalmente, la de comisión general y especial. Algunos autores opinaron que la ley prohibía la comisión general, pero no la especial. La ley no distingue entre una y otra, y, así como L. Toro 31 distingue para permitir la especial, debería pensarse que aquí no se quiso permitir, porque incluso es algo superflua.

El Proyecto de Código de 1851 reproduce el contenido de L. Toro 19 en el artículo 661¹⁹². El comentario de García Goyena es un claro reproche a los comentaristas de L. Toro, al mismo tiempo que una orientación acerca de la forma de interpretar la

191. Vid. supra p. 87 s.

192. *Proy. art. 661*: El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda de la medida legal de aquélla; pero no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado. Lo determinado en este artículo comprende también la mejora del quinto hecha a favor de un extraño, y deja a salvo la facultad concedida en el artículo 900.

mejora en cosa cierta y la prohibición de cometer su señalamiento a otra persona ¹⁹³.

El artículo 663 del Proyecto de 1851 ¹⁹⁴ establecía que, no obstante lo dispuesto en el artículo 661, podía pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pudiese el viudo que no contraiga nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y, por consiguiente, mejorar en cosa concreta a alguno de sus herederos. La innovación, según afirma el mismo García Goyena, procede de recoger la costumbre seguida en las capitulaciones matrimoniales de las provincias de fueros, esperando que se generalizaran los buenos resultados que allí daba ¹⁹⁵.

El artículo 829 del Código civil ¹⁹⁶ recogió la facultad de mejorar en cosa determinada, pero se separó en la redacción del Proyecto de 1851, pues así como aquél, siguiendo a L. Toro 19, establecía simplemente que esta mejora no podía exceder de la cuota correspondiente, nuestro Código establece que si excediere del tercio de mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los otros herederos. La postura del Código es quizá muy constructiva y acorde con la adoptada en otros supuestos, pero debe destacarse que significa una notable desviación de los criterios tradicionales.

5. L. Toro 20 ¹⁹⁷ es una disposición, en parte complementaria,

193. GARCÍA GOYENA, *Concordancias II* cit. p. 107.

194. *Proy. art. 663*: Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto.

195. GARCÍA GOYENA, *Concordancias II* cit. p. 108.

196. *C. c. art. 829*: La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

197. *L. Toro 20*: Los hijos o nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio ni del quinto de mejora que el testador oviere hecho a alguno de sus hijos o nietos, o quando mejorare

que regula la forma de hacer efectiva la mejora de tercio y quinto. Señala la ley que la mejora de tercio y quinto a los hijos o nietos y la mejora de quinto a extraños debe hacerse con los mismos bienes señalados por el causante, cuando se trata de mejora de cosas concretas, y con una parte de la hacienda en los demás casos, sin que puedan los herederos pretender pagar en dinero el valor de los dichos tercio y quinto, salvo, en el caso de mejora en parte de la hacienda, que los bienes no se puedan fácilmente dividir.

La ley aclara la duda de si podía pagarse en dinero el valor del tercio y del quinto de mejoría. La solución negativa se imponía en el caso de mejora en cosa determinada. De otra forma, según opinan la generalidad de los autores, se pensó que la mejora, siendo una cuota parte de los bienes y no una cantidad cierta, es igual al legado de cuota, y debe seguir su régimen. Pero se siguió la opinión de Próculo y Nerva contra la de Pomponio, y no se permitió al heredero la elección de pagar en los mismos bienes o su estimación¹⁹⁸. Hoy, respecto a la mejora de tercio, se diría que, por ser una parte de la legítima, se debe a los hijos o descendientes en todas y cada una de las partes de la herencia. Quizá esta idea jugó su papel en aquel momento; se puede vislumbrar en algún tratadista posterior¹⁹⁹. Se percibe el alejamiento del carácter originario de la mejora. La mejora recaía sobre una determinada masa del patrimonio. Al desaparecer las masas familiares, se perdió de vista el centro de la cuestión, y hubo necesidad de echar mano de la comparación con los legados.

El artículo 664 del Proyecto de 1851²⁰⁰ recoge la solución de

en el quinto a otra persona alguna, sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio y quinto, o quando no le señalo en la parte de la hacienda que el testador dexare: sean obligados l:s herederos a se lo dar. salvo si la hacienda del testador fuere de tal qualidad que no se pueda convenientemente dividir: que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado o mejorados el valor del dicho tercio y quinto en dineros.

198. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II cit. p. 108.

199. B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* III (Madrid 1881) p. 560.

200. *Proy. art. 664*: Cuando no fue señalada la mejora en cosa cierta, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose en lo que puedan tener aplicación los artículos 908 y 909.

L. Toro 20. Tanto éste como su derivado el artículo 832 del Código civil²⁰¹ remiten a otros artículos, con lo cual se formula la excepción del caso de bienes indivisibles o que desmerecen con la división.

6. Establece L. Toro 21²⁰² que el hijo o descendiente mejorado en cosa cierta o en cierta parte de los bienes puede, si quiere, repudiar la herencia y aceptar la mejora, en cuyo caso responde de las deudas conocidas y de las que después aparecieren a prorrata de su mejora como si fuesen herederos. Así, pues, facultad de repudiar la herencia y aceptar la mejora, por un lado, y manera de responder de las deudas el mejorado, por el otro.

La facultad reconocida al hijo o descendiente mejorado por esta ley de Toro es antigua, tan antigua como la mejora del padre. Su origen remoto, sin duda, es la Nov. 14 de Teodosio II²⁰³. Esta constitución del año 439, que regula el destino de todas las aportaciones a los cónyuges como constitutivas de dos masas integrantes del patrimonio familiar y que introduce la facultad del padre de preferir —mejorar— a algún hijo para transmitirle la masa de los *materna*, introdujo también la facultad del hijo, que no quiere adir la herencia del padre o madre supérstite, de recibir solamente los bienes paternos o maternos, considerados como dos masas independientes de la herencia. En virtud de esto, por consiguiente, el hijo elegido como destinatario de los *bona materna* —mejorado—

201. *C. c. art. 832*: Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1061 y 1062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes.

202. *L. Toro 21*: Mandamos que el hijo o otro qualquier descendiente legítimo mejorado en tercio o quinto de los bienes de su padre o madre o abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre y madre, o abuelos, y aceptar la dicha mejora, con tanto que sean primero pagadas las deudas del defuncto, y sacadas por rata de la dicha mejora las que al tiempo de la partida pareciesen, y por las otras que despues pareciesen, sean obligados los tales mejorados a las pagar por rata de la dicha mejeria, como si fuesen herederos en la dicha mejora de tercio y quinto, lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejora sea en cosa cierta, o en cierta parte de sus bienes.

203. Vid. supra p. 34.

podía aceptar estos bienes y no adir la herencia paterna. Esta práctica debió de perdurar a lo largo de la época visigoda, aun a pesar de que en el Derecho visigodo acabaría por difuminarse la distinción de masas integrantes del patrimonio familiar en el camino hacia la comunidad. Quizá se olvidó durante el período de desaparición de la mejora en la época postgótica, pero, aunque así no fuera, lo más probable es que se hubiera perdido de vista la causa de dicha facultad por lo remotas que resultaban las masas familiares que la habían determinado. Todo lo más que pudo haber quedado fue un ligero rescoldo de la práctica, difícil esto de concebir, tanto más cuanto que el *Liber iudiciorum* no contenía noticia de ella y que no podemos pensar en un renacimiento del Breviario, en donde se encontraba consignada. Lo más probable es pensar que, al comenzar las especulaciones de los romanistas en torno a la mejora y basar la atribución de ésta a título de legado, se le dio vida de nuevo por ello, y se justificó ahora la facultad de renunciar a la herencia y recibir la mejora en una titularidad distinta en el hijo mejorado: de heredero y de legatario, respectivamente. Pudo hacerse sin violencia alguna, pues se seguía la doctrina de Part. 6,9,2, que era acorde con el tenor de Ord. Alcalá 19. Es la doctrina que recoge L. Toro 21 y de la que parte para regular la cuestión de su objetivo fundamental, es decir, la manera de responder de las deudas el mejorado que repudia la herencia y acepta la mejora.

Si no me equivoco, L. Toro 21 viene motivada por la razón de que, en la práctica derivada de la aplicación del F. Real, el mejorado que repudiaba la herencia y aceptaba la mejora podía no hacer frente a las deudas que aparecieran después de la partición. No creo que las dudas de los intérpretes procedieran de interpretaciones diversas sobre la responsabilidad del legatario, sino más bien que su responsabilidad por deudas era insuficiente y provocaba litigios. Es sumamente significativa a este respecto la manera de expresarse L. Toro 21. Nuestra ley establece la obligación de los mejorados a pagar las deudas *como si fuesen herederos en la dicha mejora de tercio y quinto*. Así, pues, para los legisladores de Toro el mejorado es legatario, pero a los efectos de responsabilidad por deudas se procede como si fuesen herederos.

Secedería que los mejorados que renunciaban a la herencia se

sustraerían a la responsabilidad por deudas invocando su condición de legatarios o, más bien, su condición de no herederos, y lo fundamentarían en la manera de proceder de aquel tiempo que nos ha conservado algún texto. La clave del motivo de L. Toro 21 nos la puede dar precisamente F. Briviesca 3,5,9²⁰⁴, reproducción y aclaración de F. Real 3,5,10. Después de reproducir el contenido de F. Real 3,5,10, añadió el fuero burgalés un largo párrafo en el cual se detalla la forma de computar las deudas, la quinta y la mejora. Es el sistema tradicional, que perdura desde la época visigoda²⁰⁵ y que se recogía en L. Estilo²⁰⁶. En F. Briviesca se hace en forma más detallada y se especifica además la manera de hacerse efectivas las deudas. Se dice que, después de traer los bienes a colación, se deben sacar *primieramente todas las despensas del mortuorio y desi todas las debdas que parescieren*. Sigue el texto explicando que a continuación debía sacarse la quinta que fuere mandada y, después de todo esto, la tercia en que se mejorase, para dividir lo que quedare, finalmente, entre todos los hijos por igual. *Y si después que ovieren partido, otra debda alguna paresciere, párense a ella los herederos cada uno por la su parte et non en más*. termina diciendo nuestro texto.

Respecto a las deudas conocidas, no parece que hubiera problema, pues se detraían, como era tradicional, antes de hacerse el cómputo del quinto, mejora y —digamos con términos de hoy— legítima. Por lo que se refiere a las deudas que pudieran aparecer después de la partición, se establecía, según parece, que respondieran los herederos con su parte y hasta la cuantía de ella.

Con este sistema, se plantearían problemas al interpretar el alcance de herederos, sobre todo en el caso de que el mejorado renunciara a la cuota en que heredaba igual que sus hermanos y aceptara sólo la mejora. Es posible que, en este caso, el mejorado, titulándose legatario, pretendiera eludir el pago de las deudas posteriores, invocando que éstas correspondían a los herederos. Estas y otras parecidas complicaciones determinarían L. Toro 21 y 30. Una y otra suplieron y se separaron de la práctica tradicional reflejada en F. Briviesca 3,5,9.

204. Vid. n. 123.

205. Vid. supra p. 45 s.

206. Vid. supra p. 84 ss.

L. Toro 30²⁰⁷ innovó que la cera, misas y gastos de enterramiento se sacaran, no del cuerpo de la herencia, como se venía haciendo, sino del quinto. Y L. Toro 21, aunque comienza afirmando que sean primero pagadas las deudas del causante, parece separarse después del criterio tradicional al señalar que deben ser pagadas a prorrata de la mejora. Pues bien, para terminar las complicaciones forenses, con un proceder nada clásico, aun cuando se parte de la idea de que el mejorado es legatario, se separa del sistema romano de responsabilidad de aquél y determina que el mejorado está obligado a pagar a prorrata las deudas conocidas y las que aparecieren después de la partición como si fuese heredero en la mejora y, por consiguiente, según parece, en la forma de éstos. Así se suplió una laguna y se trató de impedir litigios.

García Goyena dice que el artículo 665²⁰⁸ de su Proyecto de Código contiene lo preceptuado en L. Toro 21, con la simple omisión, por innecesaria, de lo referente a deberse pagar las deudas del difunto antes de sacarse la mejora²⁰⁹. Sin embargo, dicho artículo supone una desviación de la ley de Toro.

L. Toro 21 autorizaba al mejorado para repudiar la herencia y aceptar la mejora, mientras que el artículo 665 del Proyecto faculta al hijo o descendiente mejorado para renunciar a la herencia y admitir la mejora que le fue hecha entre vivos, pero no a la hecha en testamento. La diferencia es grande. Según el Proyecto de 1851, se limitaba a la mejora hecha por acto *inter vivos* la facultad de renunciar a la herencia y aceptar la mejora, lo cual en definitiva supone facultad de renunciar sólo a la sucesión en su totalidad.

No se comprende por qué García Goyena silenció su desviación. Sin embargo, son claras las razones que lo movieron. En el artículo 839 de su Proyecto había establecido que “el heredero testamentario que repudia la herencia pierde su derecho a los legados”, se-

207. L. Toro 30: La cera, y misas, y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.

208. *Proy. art. 665*: El hijo o descendiente legítimo mejorado puede renunciar a la herencia y admitir la mejora que le fue hecha entre vivos, pero no la hecha en testamento.

209. GARCÍA GOYENA, *Concordancias II* cit. p. 108.

parándose de la doctrina general del Derecho romano por parecerle poco justa y decorosa, puesto que el heredero que desaira al testador en la parte principal del testamento se hace indigno de la liberalidad subalterna ²¹⁰.

El Código civil no siguió el criterio del Proyecto de 1851. El artículo 890 dispuso que “el heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla”. De esta manera, pudo el artículo 833 ²¹¹ establecer la vieja facultad de renunciar la herencia y admitir la mejora, sin añadir nada acerca de la responsabilidad por deudas, pues era innecesario repetirlo aquí.

7. L. Toro 22 ²¹² se refiere a la validez y fuerza de las promesas de mejorar y de no mejorar, relacionadas, en cierta medida, con los pactos sucesorios —por algún lazo habían de salir los tan discutidos pactos—, pero consecuencia también de algunos actos empleados para hacer las mejoras. Establece que si los padres o ascendientes prometen por contrato entre vivos de no mejorar a alguno de sus hijos o descendientes y lo consignaron en escritura pública no pueden hacer la mejora; es decir, que la promesa de no mejorar hecha en escritura pública es válida. Asimismo, si prometen mejorar por capitulaciones matrimoniales o por otro contrato oneroso están obligados a mejorar: esto es, que la promesa de mejorar hecha por contrato oneroso es válida.

Conocida es la poca simpatía del Derecho romano para los pactos sucesorios, mas con todo no pudieron ser totalmente desterra-

210. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II cit. p. 224.

211. *C. c. art. 833*: El hijo o descendiente legítimo mejorado podrá renunciar a la herencia y admitir la mejora.

212. *L. Toro 22*: Si el padre o la madre, o alguno de los ascendientes prometio por contrato entre vivos, de no mejorar a alguno de sus hijos o descendientes, y paso sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejora de tercio ni de quinto, y si la hiciere que no vala: y asimismo mandamos que si prometio el padre o la madre, o algunos ascendientes de mejorar alguno de sus hijos o descendientes en el dicho tercio y quinto por via de casamiento, o por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados a lo cumplir y hacer, y sino lo hicieren, que pasados los dias de su vida la dicha mejora o mejoras de tercio y quinto sean habidas por hechas.

dos del ambiente medieval. Algunos de estos pactos eran peor digeridos que otros, por lo cual no debe sorprender la diferencia de L. Toro 22 en el tratamiento de la promesa de no mejorar y de mejorar. La ley recogió el criterio predominante en la época. Aceptó con cierta facilidad la promesa de no mejorar, siempre más admitida, con la garantía de la escritura pública, y fue más restrictiva con la promesa de mejorar, que se hubo de admitir, no por aceptación del pacto de mejorar, sino por imperativo de L. Toro 17, pues la promesa hecha por capitulaciones equivale a mejora, y es irrevocable según lo establecido en aquella ley. A mi modo de ver, por consiguiente, se permitió el *pacto de non meliorando*, y no es que se permitiera el *pacto de meliorando*, sino que, simplemente, se conservó la fuerza de la promesa de mejorar sólo cuando era hecha por contrato oneroso, pues era firme en virtud de lo dispuesto en L. Toro 17.

Con cierto fundamento insinuó Falcón que las doctrinas romanas sobre pactos sucesorios y contratos entre padres e hijos no tienen aplicación al hispánico instituto de la mejora²¹³. Es posible que, dado el carácter de facultad de elegir destinatario de una de las masas familiares independientes de la herencia que tenía la mejora en el Derecho vulgar romano-visigodo, a ningún jurista de la época le hubiese parecido idóneo pensar que fuese pacto sobre sucesión el ejercicio entre vivos de esta facultad. L. Toro parece que quisieron confirmar lo que se aceptaba en la práctica. Pero es muy difícil ya poder distinguir si la ley fue provocada por las cuestiones romanizantes de los juristas, y hasta qué punto influyeron las doctrinas romanas en la solución adoptada.

Por lo expuesto se comprenderá cuán interesante nos resulta la formulación de las promesas de mejorar y de no mejorar en el artículo 658 del Proyecto de 1851²¹⁴. La doctrina recogida coincide con la de L. Toro 22, y no haría más que añadir, siguiendo el pa-

213. M. FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral* II (Salamanca 1878) p. 271.

214. *Proy. art. 658*: La promesa de mejorar, hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificación prescrita en el artículo anterior, y aceptada por aquel a quien se hace, equivale a mejora. Si la promesa fuese de no mejorar, y se hiciese en escritura pública, será nula toda mejora que se hiciese en contravención de ella.

recer de algunos comentaristas, la escritura pública en las dos formas de promesa. La redacción del precepto tiene el acierto de aludir a contrato oneroso en general sin descender al ejemplo de capitulaciones matrimoniales, aunque éste fuera el tipo más corriente mente empleado. Ahora bien, el final de este primer párrafo, relativo a la promesa de mejorar, al decir que la promesa hecha por causa onerosa en escritura pública equivale a mejora, quizá puede ser casual, pero nos inclinamos a suponer que es síntoma de coincidencia con los legisladores de Toro en la causa de la aceptación de la promesa de mejorar.

García Goyena no recogió en su Proyecto la prohibición de la Pragmática de Madrid de 1534 (Nov. Recop. 18,3,6) de dar o prometer por vía de dote ni de casamiento de hija tercio ni quinto de los bienes. En adelante, ya no se podría plantear la cuestión de si por dicha Pragmática se entendía también prohibida en los mismos casos la promesa de no mejorar a los otros hijos²¹⁵.

Los redactores del Código civil se separaron un tanto de la doctrina establecida en L. Toro 22, que seguía todavía el Proyecto de 1851. El artículo 826 del Código²¹⁶ no reprodujo fielmente el artículo 658 del Proyecto. Todo parece indicar, no que pretendieran condensar en una fórmula grave y rápida la doctrina de L. Toro ni que la hubieran comprendido mal, como supone Lacoste²¹⁷, sino que quisieron imponer un criterio más restrictivo acerca de la promesa de mejorar y no mejorar. Sin distinguir entre una y otra, establecieron que la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, es válida.

El Código civil fue más consecuente quizá que el Proyecto de 1851. Uno y otro prohibieron los pactos sucesorios en los artículos 1.261 y 994, respectivamente. Ambos parten del principio de que la mejora es legítima, cosa que no habían hecho L. Toro, con lo cual no cabe duda de que, a su tenor, las promesas de mejorar y de no mejorar son pactos sucesorios. El Proyecto de 1851, a pesar de no haber afirmado la irrevocabilidad de algunos tipos de

215. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II cit. p. 105.

216. C. c. art. 826: La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto.

217. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 258.

mejora, como hizo el artículo 827 del Código civil, los admite con la misma amplitud que L. Toro 22. El Código civil, por el contrario, intentaría negar la validez de las promesas de mejorar y no mejorar para ser consecuente con su prohibición de los pactos sucesorios, pero negándola absolutamente contradecía el favor a las capitulaciones matrimoniales, inspirador de la excepción del artículo 831, tanto más cuanto que la promesa en las capitulaciones equivalía a mejora a tenor del artículo 827, que también se contradecía en parte, puesto que establece la irrevocabilidad de la mejora hecha por capitulaciones. Para ser consecuente con estos puntos, el artículo 826 consideró válida, por excepción, la promesa de mejorar o no mejorar —sin distinguir— hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales y por favor a ellas. No hubo error de interpretación de L. Toro 22. Es que se quería dar validez solamente a la promesa hecha por capitulaciones, pero no a la hecha en cualquier contrato oneroso.

8. L. Toro 23²¹⁸ coincide con lo establecido por L. Toro 19 acerca de la mejora en cosa determinada. Esta ley 23 viene a ser una generalización del criterio allí sustentado sobre el momento de hacerse el cómputo de la mejora. A tenor de él, tanto si la mejora es en cosa determinada cuanto si lo es en alguna cuota de los bienes ha de computarse según el valor de los bienes al tiempo de la muerte del mejorante y no en el momento en que se hizo el contrato entre vivos o el testamento en que se establece la mejora.

Ni el Proyecto de 1851 ni el Código vigente dedican un artículo a la forma de computarse la mejora en la sección correspondiente a ésta. Es sabido que el Código civil considera a la mejora legítima, e incluso el artículo 823 la define como una de las dos terceras partes destinadas a legítima. Por esta razón no es necesario un tal artículo, pues basta con lo establecido en el artículo 818, derivado del artículo 648 del Proyecto de 1851, en el cual se establece

218. *L. Toro 23*: Quando el padre o la madre, por contrato entre vivos o en otra postrimera voluntad hiciere a alguno de sus hijos o descendientes alguna mejoría de tercio de sus bienes, que la tal mejoría aya consideración a lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte; y no al tiempo que se hizo la dicha mejoría.

que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del testador.

9. Dispone L. Toro 24²¹⁹ que cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de preterición o desheredación, no por eso deje de valer la mejora que en él se hubiere establecido, como si el testamento no se rompiese.

Aunque no debe preocuparnos demasiado si la ley 21 es acorde o no con el Derecho común, para apreciar la causa y el alcance de esta ley es quizá preciso advertir que coincide con la auténtica *Ex causa*²²⁰. Por ello hay que suponer con Llamas que la preterición aludida por la ley es la misma a que se refiere la auténtica siguiendo a Nov. J. 115; es decir, la realizada por la madre, que equivale a desheredación²²¹. Part. 6,7,10 y 6,8,1 siguen esta doctrina, que L. Toro 24 aplicó también al supuesto de existencia de mejora, consecuente con su presupuesto de reputar a la mejora legado. Es lo más probable que los legisladores de Toro hayan querido aplicar los principios del Derecho común para regular la suerte de las mejoras en caso de preterición y desheredación. Pero conviene advertir que una solución semejante se establecía, váyase a saber si por influencia justiniana, mas explicable también como resultado de la evolución vulgar, en Ord. Alcalá 19²²², que es a quien realmente podía contradecir L. Toro 24.

El motivo de nuestra ley no sería, por consiguiente, ni la duda sobre el criterio a seguir ni la duda de si la mejora de tercio y quinto era institución o legado, pues en general se suponía legado. Se podría dudar, todo lo más, si la regla era aplicable a la mejora de cuota, de la cual se pensaba que bajo ciertos aspectos participa.

219. *L. Toro 24*: Quando el testamento se rompiere o anullare por causa de preterición o exheredación, en el qual oviere mejcra del tercio o quinto, no por eso se rompa ni menos dexa de valer el dicho tercio y quinto, como si el dicho testamento no se rompiere.

220. *Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones caetera namque firma permanent.*

221. LLAMAS MOLINA, *Comentario I* cit. p. 439.

222. *Ord. Alcalá 19*: ... e sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat; et el testamento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; ...

del carácter de legítima. Esta discusión, que ya plantea Montalvo en su comentario a F. Real 3,5,10, pudo hacer que se estimara oportuna esta ley aunque repetía una vieja doctrina²²³.

La prescripción de L. Toro 24 se limita exclusivamente a los casos de preterición y de desheredación, por lo cual huelga decir que en todos los demás casos de invalidación del testamento —por incapacidad, etc.— las mejoras siguen su suerte.

La doctrina de L. Toro 24 acerca de la suerte de las mejoras cuando el testamento se anulare por preterición o desheredación se recogió en dos artículos distintos, cada uno en su sede respectiva, en el Proyecto de 1851: artículos 644 y 669²²⁴. Dichos artículos pretendieron dar más claridad y fijeza a la disposición de Toro, anulando la probabilidad de aquellas distinciones entre preterición y desheredación hechas con base en el Derecho romano.

Los artículos 814 y 851 del Código civil²²⁵ siguen con bastante fidelidad a sus modelos del Proyecto de 1851; casi literalmente, si se exceptúa la omisión de los póstumos en el artículo 814 y el mayor detalle del artículo 851. Así, pues, en la actualidad, la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta anula la institución de heredero, pero deja con valor las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas; mas si los preteridos mueren

223. GUTIÉRREZ, *Códigos* III cit. p. 578.

224. *Proy. art. 644*: La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después, aun muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto. *Proy. art. 669*: La desheredación hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima.

225. *C. c. art. 814*: La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. ... Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtir efecto.—*C. c. artículo 851*: La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.

antes que el testador, la institución surtirá efecto. Y la desheredación hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales o que no sea probada anula la institución de heredero, pero deja con valor los legados y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima.

10. Dispone L. Toro 25²²⁶ que el tercio y quinto de mejora no se saquen de las dotes y donaciones *propter nuptias* ni de las otras donaciones que los hijos o descendientes traen a colación.

No nos vamos a detener en el comentario de esta ley, que se refiere a un aspecto un tanto marginal. Lo que dispone es claro, y ha sido enturbiado por las complicaciones de los comentaristas. Su solución es consecuencia del carácter que tenían las dotes y donaciones en la época.

Se hizo necesaria la ley para aclarar una disparidad de criterios derivada de la aplicación de otras disposiciones de Toro. L. Toro 29 obligaba a los hijos a traer a colación las donaciones que hubieren recibido de los padres a quienes fuesen a heredar. Por otro lado, L. Toro 23 determinaba que el cómputo de la mejora debía hacerse según el valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador. Así las cosas, dudábase si las dotes, las donaciones *propter nuptias* y las otras donaciones que se debían colacionar volvían al patrimonio del padre, como sostendrían algunos juristas, y, por ello, si debían contribuir al pago de la mejora. Esta sería la duda. L. Toro 25 la solucionó en el sentido que sabemos, partiendo del supuesto de que los bienes constitutivos de las donaciones salen del patrimonio del causante, y no estando en su poder al tiempo de su muerte, la mejora no puede sacarse de ellos.

García Goyena se separó del criterio de L. Toro 25, y la derogó. Su innovación consistió en hacer una sola masa con los bienes dejados por el padre al morir y con los que donó en vida, conjunto éste que decidirá la cuantía de la legítima de los hijos y, por consiguiente, de las mejoras²²⁷.

226. L. Toro 25: El tercio y quinto de mejora fecho por el testador no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos o descendientes traxeren a partición.

227. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II cit p. 341.

Al no ser reproducido en el Código civil el precepto de Toro, ha de entenderse que se deberá aplicar hoy, por analogía, lo que dispone respecto a colación de dotes, donaciones *propter nuptias* y otras donaciones colacionables, que se inspira en un criterio distinto al de las leyes de 1505²²⁸.

11. L. Toro 26²²⁹ dispone que si el padre o la madre hicieren donación a alguno de sus hijos por testamento, *donatio mortis causa* o por cualquier acto entre vivos, aunque no diga que lo mejora, debe entenderse que lo mejora en aquella parte del tercio y quinto de sus bienes. De esta ley arranca la doctrina de la que se había de denominar mejora tácita.

La causa de la disposición, según la ley, es que no se pueda mejorar más que en el valor del tercio y quinto. Posadilla hace una explicación muy sencilla, con el mérito de no utilizar conceptos que no emplea la ley, pues no habla de mejoras tácitas. Según él, las mejoras se habían de computar a tenor del volumen de los bienes al tiempo de la muerte del testador, y no se debían sacar de las dotes y donaciones hechas en vida del testador, porque éstas—que eran colacionables, añadido yo—ya no eran bienes del difunto. Así, pues, sin esta ley supone Posadilla que las donaciones hechas por contrato entre vivos no se computarían en el tercio y quinto. Pero L. Toro 26, queriendo que fuese legítima de los hijos todo el caudal, a excepción del tercio y quinto, para evitar el fraude a esta igualdad—hecho por medio de donaciones, no colacionables, vuelvo a añadir—, dispuso que cualquiera de estas donaciones se entendiera mejora y que se computaran en el tercio y

228. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil* VI-2 (Madrid 1910) p. 1230.

229. L. Toro 26: Si el padre o la madre, en testamento o en otra cualquier última voluntad, o por otro algún contrato entre vivos, ficieren alguna donación a alguno de sus hijos o descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entiéndase que le mejoran en el tercio y quinto de sus bienes; y que la tal donación se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que a él ni a otro no pueda mejorar más de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto: y si de mayor valor fuere, mandamos que valga fasta en la cantidad del dicho tercio y quinto, y legítima de que debían aver de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en más.

quinto en lo que cupieran²³⁰, y que si fueren de más volumen no valieran sino en la cuantía del tercio, quinto y legítima. De esta manera, la causa de este precepto viene a ser la garantía de que no se disponga más que del tercio y quinto. Una presunción de mejora para garantizar la igualdad de los hijos en lo que ahora se quería, que es, según el texto, en la legítima. Si es así, L. Toro 26 nos refleja algunos cambios importantes respecto al Derecho medieval, a pesar de que su planteamiento tenga cierto sabor de aquella época. Antes, los fueros municipales establecían la igualdad de los hijos en la sucesión de los cuatro quintos de la herencia. Ahora, la igualdad, aunque ya resulta un principio periclitado, como tal principio naturalmente, se quiere en las ocho quinceavas partes —lo que queda después de sacar el tercio y quinto de que se puede disponer—, y a esto se le llama legítima. También podemos pensar que, con anterioridad, la igualdad en los cuatro quintos se trataba de lograr con la garantía del *e non a ellos*. Al haberse permitido acumular el tercio y el quinto a los herederos por obra de la mejora de tercio y de la nueva de quinto, aquella prohibición dejó de servir como garantía, y se recurrió a presumir que se mejoraba en tercio y quinto para garantizar la igualdad.

Pero la ley también era necesaria por otras razones. Se comprenden mejor si se interpreta en relación con L. Toro 25 y 29, como es necesario hacer por su afinidad. L. Toro 25 ordenaba que el tercio y quinto de mejoría no se sacase de las dotes y *donationes propter nuptias* ni de las otras donaciones que se debían traer a colación. Estas habían salido del patrimonio del causante y debían dársele al donatario, computándolas en su parte de legítima. Esta disposición no parece, como supuso Lacoste, una excepción a lo preceptuado en L. Toro 26, que sería la regla general: computar las donaciones en el tercio y quinto²³¹. L. Toro 26 se refiere y regula la manera de computarse las otras donaciones no aludiás en la ley anterior; éstas tenían un régimen peculiar desde siempre, y las de nuestra ley no eran por naturaleza colacionables. Ya las Partidas establecían dos fórmulas. Part. 5,4,3 disponía que no valiera la donación del padre al hijo, pues si tu-

230. POSADILLA, *Comentarios* cit. p. 161 s.

231. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 187 s.

viese otros hermanos *tenudo seria de aducirla e meterla a partición con ellos o rescibirla en su parte*. Esto debía entenderse si a causa de la donación resultaba gran desigualdad entre los hijos o éstos debieran colacionar las recibidas por causa de matrimonio, según Part. 6,15,4, para que se guarde igualdad entre los hijos y para evitar que por la donación a uno no pudiesen tener los otros su legítima²³². Claro está que las Partidas no reconocían la mejora. Y lo que hicieron L. Toro 25 y 26 fue resolver la cuestión sobre la base de la distinción de donaciones simples y donaciones *ob causam*.

L. Toro 26 contiene, en realidad, el régimen de las donaciones simples, que se determina ahora se computen en la mejora. Las donaciones simples se reputan mejoras, y se consideran mejora de la parte correspondiente de tercio y quinto aunque el donante no diga que mejora. Sobre esta base se ha construido la doctrina de la llamada mejora tácita. Denominan mejoras tácitas a las donaciones que, por sus circunstancias, indican voluntad de mejorar.

L. Toro 25 contiene el régimen de las donaciones *ob causam*, en las cuales hay que incluir las donaciones matrimoniales. Se consideran estas donaciones actos necesarios realizados sin espontaneidad, y se presumen anticipos de legítima. Se han de traer a colación para calcular la herencia, pero han de darse al hijo donatario, y no pueden darse, por consiguiente, en pago de mejora. El rigor de L. Toro 25 es grande, hasta el punto de que la dote o donación nupcial no puede servir para computar la misma mejora del donatario, según se desprende de L. Toro 29²³³, a no ser por exceso de la misma.

García Goyena intentaba derogar L. Toro 25,26 y 29. Es muy probable que surgieran abusos de la aplicación de la doctrina de

232. GUTIÉRREZ. *Códigos* III cit. p. 582 s.

233. L. Toro 29: Quando algun hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos a traer a colación y partición la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote o donaciones fueren inofficiosas, ... y para se decir la tal dote inofficiosa, se mire a lo que excede de su legítima, y tercio y quinto de mejora: ...

las mejoras tácitas, fabricaba sobre ellas. Era también una consecuencia de lo que había establecido en el artículo 882 del Proyecto de 1851, en virtud del cual las donaciones debían traerse a colación a no ser en caso de dispensa expresa. Así, pues, para simplificar, y por partir del supuesto de que la legítima es una deuda natural y lo dado por el padre deudor debe considerarse un anticipo de legítima, el artículo 657 del Proyecto²³⁴ establecía que ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputaría mejora si el donante no había declarado formalmente su voluntad de mejorar. Pero, a pesar de todo, no se rechazaron todas las formas de mejora tácita, pues el artículo 659 dispuso que se reputara mejora lo dejado en testamento aunque no lo hubiera expresado el testador, aceptando así este tipo de mejora tácita.

Los redactores del Código civil optaron por no permitir ningún tipo de mejora tácita, y para formular la negativa de la mejora tácita por actos entre vivos reprodujeron literalmente en el artículo 825²³⁵ el primer párrafo del artículo 657 del Proyecto de 1851.

El giro hijos o descendientes que sean herederos forzosos no debe interpretarse en el sentido de que se admita la mejora tácita en favor de los descendientes que no sean herederos forzosos, como ha hecho Lacoste²³⁶. El artículo 825 reprodujo su modelo sin caer en la cuenta de que procedía de la redacción originaria del Proyecto, que intentaba prohibir la mejora de los que no fueran herederos forzosos. El párrafo en cuestión pasó desapercibido a los miembros de la comisión, y quedó sin modificar. Así se explica. De otra manera, sería incongruente que hubieran depuesto el cri-

234. *Proy. art. 657*: Ninguna donacion, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar. Además, para ser válida la declaracion, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o de ambas.

235. *C. c. art. 285*: Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.

236. LACOSTE, *La mejora* cit. p. 267 ss.

terio contrario a la mejora tácita en este supuesto de descendientes no herederos forzosos ²³⁷.

En el artículo 828 del Código civil ²³⁸ se sigue el mismo criterio negativo frente a la mejora tácita de origen testamentario, contradiciendo fundamentalmente el contenido del artículo 659 del Proyecto. De la misma forma, la manda o legado al hijo o descendiente no se reputará mejora sino cuando el testador lo haya declarado expresamente. Sin embargo, y ello no parece que quiera significar una excepción a la regla sentada, el legado se computará en la mejora en la parte que no quepa en la cuota libre. Se trata de un orden de computar y no de un caso excepcional de mejora tácita.

12. L. Toro 27 ²³⁹ faculta a los padres para poner sobre las mejoras de tercio y quinto —en éstas no había problema— el gravamen que quisieren así de restitución como de fideicomiso, y hacer en ellas vínculos, sumisiones y sustituciones, siempre y cuando lo hagan entre los descendientes legítimos, a falta de éstos, entre los ilegítimos con derecho a heredar, a falta de éstos, entre sus parientes y, a falta de parientes, entre extraños.

El origen de la importante facultad de gravar la mejora es remoto. La había establecido la reforma de Ervigio a la ley *Dum inlicita* de una manera general, sin precisar las cargas de que podía

237. Vid. OTERO, *La mejora del nicto* cit. p. 390.

238. C. c. art. 828: La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre.

239. L. Toro 27: Mandamos que quando el padre o la madre mejoraren a alguno de sus hijos o descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento, o en otra cualquier ultima voluntad, o por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, así de restitucion, como de fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vinculos, submisiones, y substituciones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legitimos, y a falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar, y a falta de los dichos descendientes, que lo suso puedan hacer entre sus ascendientes, y a falta de los suso dichos puedan hacer las dichas submisiones entre sus parientes, y a falta de parientes entre los extraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condición en dicho tercio. ...

ser objeto. Pero Ervigio no había innovado, sino que se había limitado a consignar una facultad del padre omitida en la redacción de Chindasvinto. Como se recordará²⁴⁰, la Nov. 14 de Teodosio II, al regular el destino de las aportaciones de los cónyuges como constitutivas de dos masas del patrimonio familiar, extendió al marido el mismo régimen de reserva que a la mujer en caso de segundas nupcias. El marido debía reservar a los hijos la propiedad de los bienes procedentes de la mujer, con el derecho de preferir a uno para transmitirlos o repartirlos entre todos por igual. Pero, al mismo tiempo, la Novela estableció el derecho del viudo que no contrae segundas nupcias, de obligar libremente los bienes procedentes de la mujer, que constituían el objeto de la mejora. Este derecho se generalizaría, y fue el que añadió Ervigio a la redacción de Chindasvinto de *Liber* 4,5,1. F. Juzgo 4,5,1 recogía claramente esta facultad de obligar los bienes constitutivos de la mejora. Mas, a pesar de que estaba claramente consignada allí, cuesta creer que se hubiera ejercido la facultad de atribuir la mejora según la libre voluntad del testador desde los primeros momentos del resurgimiento de la mejora hacia el siglo XII. Puede que así haya sido. De todas formas, el auge de los vínculos y mayorazgos debió de contribuir a que los juristas volvieran al F. Juzgo en busca de justificación, sobre todo si se produjo, al menos en un primer momento, resistencia frente a la gran acumulación en uno de los hijos, que chocaba grandemente con la igualdad del período anterior.

L. Toro 27, por consiguiente, no innovó nada; se limitaría a introducir algún tipo de gravamen de la época. Tampoco es incongruente al permitir gravar las mejoras, puesto que las L. Toro no parten del principio de que la mejora sea legítima.

García Goyena, consecuente con su presupuesto de que la mejora es una parte de la legítima, dispuso en el artículo 655 de su Proyecto²⁴¹ que en la mejora se observara lo establecido en el artículo 643²⁴² sobre la legítima en general. En virtud de esto, que-

240. Vid. supra p. 31 ss y 53 ss.

241. *Proy. art. 655*: En la mejora del duplo se observará lo dispuesto en el artículo 643 sobre la legítima en general.

242. *Proy. art. 643*: La legítima no admite gravamen ni sustitución de ninguna especie.

daría derogado el precepto de L. Toro 27, y la mejora no podría admitir gravamen ni condición ni sustitución de ninguna especie.

Ya no estuvo tan afortunado García Goyena al afirmar que esta postura hubiera sido en todos los tiempos rigurosamente lógica por conforme a la índole de la legítima²⁴³. En todos los tiempos, no. García Goyena no había caído en la cuenta de que la mejora se concebía como legítima desde el momento posterior a L. Toro y que antes, desde sus orígenes, no lo había sido nunca.

Los redactores del Código civil no quisieron oír la lógica advertencia del Proyecto de 1851, al que debían seguir. Prefirieron optar por la otra inspiración que le señalaba la Ley de Bases. Pretendieron seguir la tradición, conservando la facultad de gravar transmitida por L. Toro 27, si bien limitaron la amplitud de aquélla. El artículo 824²⁴⁴ se redacta en un sentido negativo, y viene a establecer que no podían imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes. Limita a estos últimos el beneficio de los gravámenes que se pueden imponer a la mejora, pero los admite. Respecto a L. Toro 27, elimina a los parientes y a los extraños.

Otra vez hemos de repetir que sería preciso cambiar el concepto de mejora de nuestro Código. Frente al afán de congruencia interna de las codificaciones modernas, sorprenden más algunas incongruencias. En verdad no se comprende cómo los redactores del Código civil, después de haber sostenido en el artículo 808 que la mejora es una parte de la legítima, y después de haberla caracterizado como legítima en el artículo 823, permiten en el artículo 824 imponer gravámenes sobre la mejora, siendo así que en el artículo 813, de manera correcta, prohíben imponer gravámenes sobre la legítima. No se nos diga que es por vía de excepción o porque la mejora es legítima frente a los extraños pero no frente a los descendientes, únicos en favor de quienes se admiten. Todo esto es muy ingenioso, muy sutil, pero difícil de digerir para quien conozca la realidad histórica de la mejora, única naturaleza jurí-

243. GARCÍA GOYENA, *Concordancia II* cit. p. 104.

244. *C. c. art. 824*: No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes.

dica comprensible. La mejora no ha sido nunca legítima ni hace falta alguna estructurarla como tal por mucho que haya cambiado su carácter.

13. Consecuente con el principio establecido en L. Toro 31²⁴⁵, L. Toro 19 había prohibido cometer a otra persona el señalar el tercio y quinto en cosa concreta. L. Toro 31, con la conocida prevención de las Leyes de Toro para el testamento por comisario, estableció que los tales comisarios, en virtud del poder del testador, no pudiesen hacer heredero ni mejora del tercio ni del quinto ni otros actos que ahora no interesan. La ley dice que el comisario no puede mejorar, pero que puede hacerlo cuando el que le dio poder para hacer el testamento le dio poder para hacer heredero, nombrando expresamente por su nombre a aquel a quien mandó que haga heredero y, en otros casos, señalando para qué le da el poder. En este caso, el comisario puede hacer lo que especialmente se le señaló y mandó, y no más.

La ley 31 ha dado lugar a muchos comentarios. En síntesis, se puede decir que prohibió el manáto general para constituir la mejora, pero permitió el mandato especial, expreso, detallado y con especificación del nombre del beneficiado y de los bienes sobre los que se constituye. La prohibición de la ley dio lugar a episodios de evasión en algunos territorios, como sucedió en Galicia²⁴⁶.

245. *L. Toro 31*: Porque muchas veces acaece, ... ordenamos y mandamos, que de aqui adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer herederos en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni del quinto ni desheredar a ninguno de los hijos, o descendientes del testador, ni les pueda sustituir vulgar ni pupilar, ni exemplarmente, ni hacerles substitución alguna de qualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos, o descendientes del testador, salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento, especialmente le dio el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre a quien mando el comisario haga heredero, y en quanto a las otras cosas señalando para que le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dio el poder señaló y mandó, y no mas.

246. A. FUENMAYOR. *La mejora de labrar y poscer*, en *ADC*. 1(1948). 915 ss.

El artículo 830 del Código civil²⁴⁷ reprodujo la prohibición del artículo 662 del Proyecto de 1851. La escueta fórmula parece indicar que se quiso prescindir de las complicadas distinciones de mandato general y mandato especial, y se debe entender prohibido cualquier mandato, como en L. Toro 19. Pero, por las razones que hemos expuesto a propósito de esta ley, de aceptar la práctica de algunas provincias forales²⁴⁸, se había establecido una especie de excepción en el artículo 663 del Proyecto. De esta manera, el artículo 831 del Código civil²⁴⁹ estableció que, no obstante la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar, se podía pactar en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pudiese el viudo, que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes.

Parece que, a pesar de L. Toro 19 y 31, siguió la práctica de delegar. En algunas regiones, lo frecuente sería hacerlo en capitulaciones matrimoniales. Al abrirse esta puerta por concesión al Derecho foral, se limitó el rigor del artículo 830 del Código civil, que era axfisiante para la realidad de las familias con patrimonio agropecuario, necesitadas de la mejora y de la facultad de delegarla en el cónyuge sobreviviente. Todavía hoy se quiere delegar en el cónyuge supérstite la facultad de mejorar, y frente a la prohibición, en Galicia, por no ser frecuentes las capitulaciones, se recurre a ingeniosas cláusulas testamentarias que más de una vez hemos podido ver en Sentencias del Tribunal Supremo.

ALFONSO OTERO

247. *C. c. art. 830*: La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro.

248. Vid. *supra* p. 110.

249. *C. c. art. 831*: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.