

# De la imposibilidad de renunciar a derechos sucesorios futuros en el Derecho romano a su leve atenuación\*

Maria PLANAS BALLVÉ

Doctora en Derecho y miembro de la Associació Catalana d'Especialistes en Dret de Successions

Debe partirse del hecho que el Derecho romano consideraba extraños los pactos de renuncia a derechos sucesorios futuros<sup>1</sup>. Destaquemos aquí las palabras de Bonfante: «Los pactos sucesorios es un instituto absolutamente extraño al Derecho romano»<sup>2</sup>. Como se verá, solo con carácter excepcional y en la última época, esto es en el periodo Justiniano, se atenuó su prohibición<sup>3</sup>.

---

\* Este escrito se incardina en el Proyecto de Investigación que lleva por título «Actualización del derecho de persona y familiar. Conflictos, modelos y relaciones. DER2014-54997-P».

<sup>1</sup> Vid. C. FADDA, *Conceptti fondamentali del Diritto ereditario romano*, Volume I y II, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1949, p. 325, lo estableció claramente «è utile a lumeggiare le idee romanes u di essa la dottrina della nullità delle rinunzie ereditarie contenute in contratti cui partecipa anche colui della cui eredità si tratta». En el mismo sentido, F. SCHULZ, *Principios del Derecho romano*, Madrid, Civitas, 2009, p. 179, afirmó que «es una consecuencia del principio de libertad la prohibición del pacto sucesorio». L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di Morte. I. Parte Generale*, Napoli, Morano Editore, 1974, p. 137, dispuso que «non è concepibile una renuncia contrattuale». Por su parte, J. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1949, p. 528, indicó que «el Derecho romano no conoció la institución de heredero hecha en un contrato». Recientemente, E. BRANCOS NÚÑEZ, *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 33, sostuvo que «el Derecho romano fue absolutamente contrario a los pactos sucesorios». También véanse a J. BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana y anotado conforme al Derecho español por J. L. LACRUZ BEDEJO, Barcelona, Labor, 1953, p. 127; G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, Università de studi di Milano, 1986, p. 63; M. HERRERO OVIEDO, «El renacer de los pactos sucesorios», en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 2009, p. 203.

<sup>2</sup> P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, trad. por Luís BACCI y Andrés LARROSA, Madrid, Instituto Reus, 1965, p. 566.

<sup>3</sup> Esta tímida atenuación se materializó con los pactos sucesorios de renuncia a la *querella inofficiosi testamenti* (C. 3,28,35) y cuando en esta renuncia se contaba de una forma clara y evidente con la voluntad del causante (C. 2,3,30). M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203, afirmó que, aunque fuese una regla general la no admisión de los pactos sucesorios, durante el periodo Justiniano, «se permitían con bastante amplitud estos pactos si en ellos intervenía el consentimiento del propio causante». C. FADDA, *Conceptti...*, p. 327, sostuvo al comparar el D. 38,16,16

La prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho romano tuvo un influjo muy relevante en la evolución del Derecho civil castellano y catalán. Por un lado, en España, por la gran influencia del Derecho francés durante el proceso de Codificación civil, se utilizó, en parte, la prohibición del Derecho romano para justificar la exclusión de estos pactos del Código Civil<sup>4</sup>. Por el otro, en Cataluña, conocido es que la voluntad era la de mantener estos pactos lo que implicó, durante la recepción del Derecho romano, la necesidad de superar esta prohibición, fundamentalmente a través del Derecho canónico<sup>5</sup>.

En la época medieval, en Catalunya, como en Francia y en Italia, era usual excluir de la sucesión paterna a las hijas que eran dotadas<sup>6</sup>. En efec-

---

con el C. 2,3,30 que «pareva inammissibile che si pretendesse il rispetto alla volontà paterna per via di vincoli giuridici». También R. COLL RODES, «Consideracions y normes generals referents á la successió voluntaria á títul universal», *RJC*, t. XVIII, 1912, Barcelona, p. 272, establece que el Derecho romano admite la validez de estos contratos «si l'interessat de quina herència es tracti dona son consentiment y lo manté fins a la seva mort». Vid. también J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, 15.ª ed., Barcelona, Ariel, 2007, p. 426; KRIEDEL/HERMANN/OSSENBRÜGGEN, *Cuerpo de Derecho civil romano*, trad. por I. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, 1898, t. IV, p. 359; E. PETIT, *Tratado elemental de Derecho romano*, Buenos Aires, Albatros, 1977, p. 705; G. VISMARA, *Storia...*, p. 147.

<sup>4</sup> Vid. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, p. 530, quien aportó como argumento a la prohibición en el CC de los pactos de renuncia al derecho a la legítima futura, precisamente, esta prohibición: «hay otra razón más, tratándose de la legítima; pues, como de Derecho público, no puede alterarse por pactos privados, y de otro modo sería fácil hacerla ilusoria, sobre todo, respecto de las hembras; por esto en la ley 3, título 20, libro 6 de Código, se declara nula la renuncia que una hija, contenta con su dote, hizo de la herencia futura paterna, y se dispone que suceda *ab intestato*, colacionando la dote».

<sup>5</sup> La Decretal Sexta de Bonifacio VIII del 1298 preveía en su título 18, relativo a los pactos que, si se prestaba juramento de que no mediaba ni dolo ni violencia, el pacto entre padre e hija por medio del cual esta recibía su dote y renunciaba a los bienes de la herencia de su padre era válido. A. M. BORRELL SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña. Vol. V: Sucesiones por causa de muerte*, Barcelona, Bosch, 1944, pp. 402-403, declaró que no se puede renunciar ni a la legítima ni a su suplemento en vida del causante, a no ser que esta renuncia se hubiese manifestado por medio de juramento sin que mediase dolo, violencia o lesión. Interesa también la afirmación de J. GASSIOT MACRET, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 159, quien estableció que «según la Decretal de Bonifacio VIII del año 1229 incluida en el Sexto de las Decretales, es válida y eficaz la renuncia a los bienes que en la herencia del padre pueden prevenirse otorgada por la hija en capítulos matrimoniales, satisfecha en dote, a no haber mediado fuerza, dolo o lesión enorme, en cuyos casos podrá impugnarse». Para P. GUERIN, *Les Renonciations à succession future dans l'ancien droit français*, Paris, Compagnie Française d'Impr., 1931, p. 78, «ce texte canonique est le texte capital en matière de renonciation à succession future». T. KIPP, *Derecho de sucesiones*, vol. I, L. ENNECERUS y T. KIPP, *Tratado de Derecho civil*, t. V., notas de R. M. ROCA SASTRE, F. BADOSA COLL y L. PUIG FERRIOL, Barcelona, Bosch, 1976, p. 729, dispuso que el Derecho canónico admitía renuncia «cuando el renunciante la hacía bajo juramento». Para G. M. BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*, Barcelona, Herederos de Juan Gili, Editores, 1918, p. 207, el Derecho canónico constituía una de las fuentes del Derecho civil de Cataluña porque completaba al Derecho romano y era su causa de generalización en ese periodo. También vid. R. M. ROCA SASTRE, «Los elementos componentes de la compilación», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961, p. 17; F. FAUS I CONDOMINES, *Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 9; A. MIRAMBELL ABANCÓ, «La Compilació del 1960: Un procés prelegislatiu llarg i complex», *RDHC*, vol. 10 (2010), p. 151.

<sup>6</sup> J. LALINDE ABADÍA, «Los pactos matrimoniales catalanes», *AHDE*, t. XXXIII, 1963, Madrid, p. 236, es claro al respecto cuando afirma, en su estudio sobre los pactos matrimoniales catalanes, que «la prestación de bienes para la constitución de la dote por la esposa se realiza, por regla general, como un anticipo de sus derechos sucesorios, a los cuales suele renunciarse por

to, era tradición en la Europa occidental, por razones socio-económicas en los siglos XII y XIII<sup>7</sup>, que en las sucesiones no existiera igualdad de atribuciones patrimoniales entre los descendientes del causante. Existía un derecho a la primogenitura con un privilegio a la masculinidad<sup>8</sup>. La razón o fundamento del extendido uso o costumbre era mantener la unidad y riqueza del patrimonio familiar. De manera que la exclusión de la mujer de la sucesión paterna perseguía mantener una eficiente explotación de las tierras, tanto de la agricultura como de la ganadería.

Debe tenerse en cuenta que para el adecuado sostenimiento de la familia era preciso disponer de unas unidades de cultivo suficientes que debían permanecer unidas para garantizar su explotación eficiente, de ahí que el padre designara a único heredero para que mantuviese la cohesión del patrimonio, evitando, de este modo, la división de las fincas y asegurando la continuación de la casa. Esta costumbre era conocida bajo el nombre *exclusio propter dotem*<sup>9</sup>. Con ella se liberaba al heredero del pago de

---

aquella». T. KUEHN, «Some ambiguities of female inheritance ideology in the Renaissance», *Continuity and Change*, vol. 2, parte 1, Cambridge, mayo de 1987, p. 11, afirma sobre esta costumbre feudal que «*the exclusion of dowered women from further inheritance from their natal families, represented a functional adjustment to the dysfunctional possibilities of the dowry system in medieval and Renaissance society*». S. NAVAS NAVARRO, «La sucesión intestada de la Generalitat de Cataluña», *ADC*, t. LV, Madrid, 2002, p. 984, estudió la sucesión intestada regular en la que sucedía el primogénito, fuese mujer o hombre y narra que en Cataluña esta norma se vio truncada por la práctica que excluía a la hijas de la sucesión intestada. También *vid.* E. SAGUER OLIVET, «Régimen económico familiar de Girona y son Bisbat, segons el més freqüents pactes matrimonials», *RJC*, núm. 13, Barcelona, 1907, p. 484; R. M. CATÁ DE LA TORRE, «Exposición razonada y crítica de costumbres jurídicas del Principado de Cataluña o de algunas de sus principales comarcas», *RJC*, núm. 21, Barcelona, 1915, p. 354; F. MASPONS I ANGLASELL, «Els capítols matrimonials, o la vida jurídica catalana», *RJC*, núm. 29, Barcelona, 1923, p. 218.

<sup>7</sup> P. GUERIN, *Les Renonciations...*, pp. 14 y 16, considera que el origen de la renuncia a la sucesión se remonta a la época feudal: «*Nos renonciations sont une création féodale*» y «*Leur origine se trouve dans le droit feudal*».

<sup>8</sup> Señala S. NAVAS NAVARRO, «La sucesión intestada...», p. 984, que el privilegio de la masculinidad era «una quiebra de la institución de la primogenitura» porque, en esta, sucedía el mayor de entre los varones.

<sup>9</sup> Sobre ello *vid.* J. SAPENA TOMAS, «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», *RDP*, 1954, p. 734, los pactos sucesorios, entre ellos los de renuncia al derecho a la legítima futura, confieren seguridad en la continuación de la cohesión de la titularidad patrimonial. En el mismo sentido, J. LADINDE ABADÍA, «El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón», DEPARTAMENTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS INSTITUCIONES, *España y Europa: Un pasado jurídico común*, Murcia, Instituto de Derecho Común de Murcia, 1985, p. 156. También de acuerdo con J. MAILLET, «De l'exclusion coutumière des filles dotées a la renonciation a succession future dans les coutumes de Toulouse et Bordeaux», *Revue historique de Droit français et étranger*, núm. IV 30, Paris, 1952, p. 515, «*l'exclusion de la fille dotée fut au contraire pratiquée d'une manière très générale au moyen âge, dans un but économique et social: sauvegarder l'unité d'exploitation des fonds de terre et assurer par là la stabilité familiale*». Según F. ERCOLE, «Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell'Italia superiore. Parte Seconda», *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, vol. 81, Roma, 1908, p. 65, las sucesiones de la Europa feudal tenían como pretensión impedir la dispersión de los patrimonios y colocaron a la mujer en una situación de inferioridad respecto de los hombres al excluirla de la sucesión paterna. T. KIPP, *Derecho...*, p. 729, establece que la renuncia a la herencia «procede de las costumbres jurídicas prevalentes en la Edad Media» y que servían «para mantener el patrimonio indiviso en una sola mano». En la misma línea, F. J. GAS, «Pactos sucesorios», *RJC*, núm. 52, Barcelona, 1953, p. 322, afirma que las ventajas de los pactos sucesorios renunciativos son «la seguridad y permanencia a relaciones sociales y familiares, suprimen perturbaciones y alarmes respecto al porvenir incierto de elementos patrimoniales y su atribución en el seno de la familia». Por su parte, F. ERCOLE, «L'istituto dotale.

los derechos sucesorios de sus hermanas y se favorecía el mantenimiento del patrimonio unido y la riqueza familiar generación tras generación.

La *exclusio propter dotem* era contraria a los principios del Derecho romano, de ahí que fuere preciso salvar este escollo. Así, en Catalunya, la forma fue recurrir al Derecho canónico acogiéndose a lo que se disponía en la Decretal sexta de Bonifacio VIII de 1229, conforme a la que el pacto de renuncia de la hija dotada era válido si se prestaba bajo juramento: «*Pactum factum patri a filia, dum tradebatur nuptui, quod dote contenta nullum habebit ad bona paterna regressum, si iuraverit id ipsa filia, omnino servare tenebitur*»<sup>10</sup>.

Sobre esta base Roca Sastre afirmaba que «el Derecho canónico, como elemento corrector de determinados extremos del Derecho romano, tiene su expresión en los preceptos de la Compilación sobre [...] la posibilidad de que los hijos en vida de sus padres renuncien al suplemento de la legítima»<sup>11</sup>. En el mismo sentido, Vallet de Goytisoló, señala que «el Derecho canónico en el cap. Quamvis pactum, 2.º, De pactis del Sexto de las Decretales, I, XVIII, dio eficacia a la renuncia verificada bajo juramento por la hija dote contenta»<sup>12</sup>.

## I. LOS PACTOS SOBRE LA SUCESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Como se sabe, en el Derecho romano, eran extraños los pactos sobre sucesiones futuras, entre ellos los pactos de renuncia a derechos sucesorios futuros<sup>13</sup>. Pactar sobre una sucesión futura equivalía a llevar a cabo un pacto nudo<sup>14</sup>. Como veremos, el pacto sucesorio era un pacto que era

---

Nelle pratica e nella legislazione statutaria dell'Italia superiore», *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. XLV, Roma-Milano-Firenze, Fratelli Bocca Editori, 1908, p. 217, «nella pratica medievale non solo d'Italia, ma anche di quasi tutte l'altre regione dell'Europa occidentale, e, particolarmente, nel diritto consuetudinario francese».

<sup>10</sup> Vid. A. M. BORRELL SOLER, *Derecho...*, pp. 402 y 403; J. GASSIOT MACRET, *Comentarios...*, p. 159; P. GUERIN, *Les Renonciations...*, p. 78. Téngase en cuenta que, tal y como sostuvo J. J. PINTO RUIZ, «La rescissió per lesió a Catalunya», *Temes de Dret Civil Català*, núm. 6, Barcelona, Diputació de Barcelona-Institut de Ciències Socials, 1984, p. 40, «en aquella època el jurament era una cosa molt seriosa i vinculava molt».

<sup>11</sup> R. M. ROCA SASTRE, «Los elementos componentes de la compilación», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961, p. 17.

<sup>12</sup> J. VALLET DE GOYTISOLO, «Los complementos de la legítima», *ADC*, núm. 1, 1973, p. 139.

<sup>13</sup> C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325, lo afirma claramente «è utile a lumeggiare le idee romanes u di essa la dottrina della nullità delle rinunzie ereditarie contenute in contratti cui partecipa anche colui della cui eredità si tratta». También F. SCHULZ, *Principios...*, p. 179; G. VISMARA, *Storia...*, p. 63; M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203; J. ARIAS RAMOS, *Derecho...*, p. 528.

<sup>14</sup> Los pactos nudos eran aquellos pactos que no fueron protegidos por medio de una acción que garantizase sus efectos obligacionales. Con otras palabras, no eran fuente de obligaciones exigibles procesalmente. Era la expresión más clara de la pura convención y solo si adoptaba *nomen* o *causa* se convertía en contrato nominado o innominado. Ni por medio de los juriscultos, edictos del pretor ni en las constituciones imperiales se les otorgaron una vestidura legal que implicara una excepción procesal que protegiera sus intereses obligacionales. De esta forma,

contrario al principio de la familia y de la sucesión romana y, precisamente, para evitar entrar en contradicción con estos principios, no hubo una voluntad de otórgales efectos obligacionales. Arias Ramos<sup>15</sup> señala sobre los contratos sucesorios: «los textos de la época clásica guardan silencio sobre tales convenios, y los textos del Derecho postclásico rechazan». El silencio sobre estos pactos del Derecho clásico y el rechazo del Derecho postclásico nos indican su carácter extraño.

## 1. El carácter extraño de los pactos de renuncia en el Derecho romano

En el Derecho romano, los pactos en general no tenían efectos obligacionales *inter partes* únicamente aquellos que tenían una vestidura legal (una causa *civilis*) dejaban de ser nudos y podían tener alguna eficacia, en cuyo caso debían alegarse a través de una excepción procesal. Respecto de los pactos sucesorios, los pactos objeto de esta investigación, debemos tener en cuenta que tampoco se les reconoció que pudieran ser opuestos mediante una excepción procesal que permitiera a las partes reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. En otras palabras, no se les atribuyeron efectos obligacionales<sup>16</sup>.

Estos pactos tenían la consideración de pactos nudos probablemente, porque el papel de la familia y las funciones del Derecho de sucesiones hacían impensable que pudiera llevarse a efecto un pacto sobre una sucesión futura. De ahí la afirmación generalizada acerca del carácter extraño a la sucesión de los pactos sucesorios<sup>17</sup> y, precisamente por ello, no se les

---

el consentimiento que concurre en el mismo no era suficiente para generar obligaciones civiles, sino solo obligaciones naturales. M.<sup>a</sup> C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 67, afirma que el pacto podía ser nudo o vestido según si era atribuido a través de vestiduras legales una causa *civilis obligandi*. F. SERAFINI, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de J. DE DIOS, Madrid, Espasa-Calpe, 1927, p. 207, afirma que la distinción entre los pactos nudos y los vestidos fue consecuencia de la otorgación a determinados pactos de efectos obligatorios a través de la interpretación de los jurisconsultos, por concesión de los pretores o por las constituciones imperiales. *Vid.* también R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & CO, Cape Town, Wetton & Johannesburg, 1992, p. 538; K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts*, Aalen im Württemberg, Scientia, 1955, p. 295; J. ARIAS RAMOS, *Derecho...*, p. 401; E. PETIT, *Tratado...*, p. 527.

<sup>15</sup> J. ARIAS RAMOS, *Derecho...*, p. 528.

<sup>16</sup> En este sentido *vid.* A. M. BORRELL SOLER, *Derecho...*, p. 168, el otorgante podía revocar esos pactos porque «el consentimiento dado solo servía para dar eficacia al pacto, y a él no le obligaba». Por tanto, aunque las partes hubiesen otorgado su consentimiento para ser parte de ese pacto sucesorio, ese pacto era nudo, es decir, no generaba efectos obligacionales.

<sup>17</sup> P. BONFANTE, *Instituciones...*, p. 566, afirmó que los pactos sobre la herencia de un tercero eran nulos por motivos de orden moral. Interesa la opinión de J. BINDER, *Derecho...*, p. 127, destacó el carácter extraño de los pactos sucesorios en el Derecho romano y afirmó que fueron reconocidos por la práctica del Derecho común. En el mismo sentido, A. M. BORRELL SOLER, *Derecho...*, p. 168, establece que el Derecho romano prohibía los pactos sucesorios. L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni...*, p. 137, «*non è concepibile una renuncia contrattuale*». Para M. FACH, *Der Pflichtteils verzicht*, Frankfurt, Carl Heymanns Verlag, 2011, p. 12, la prohibición de los pactos sucesorios era consecuencia de que, en el Derecho romano, el Derecho de sucesiones tenía una función pública consistente en la continuidad del poder del *pater familias* en el grupo de la familia.

atribuyó una vestidura legal (causa). Conviene recordar que el mero consentimiento de las partes no era reconocido, con carácter general, como generador de obligaciones, únicamente se admitía para algunos contratos (los consensuales) entre los que no aparecían incluidos los pactos sucesorios. Unos pactos, además, que tampoco podían incluirse en el resto de contratos, ni en los nominados (con causa civil propia: vestidura), ni en los innominados (la *praescriptis verbis*). Sirva de ejemplo lo que aparece descrito en el D. 29,2,94: «Al que repudia los bienes del que sobrevive, no se le prohíbe adir después de la muerte de este la herencia, así como tampoco pedir la posesión de los bienes»<sup>18</sup>. En este caso, la renuncia llevada a cabo antes de la muerte del causante, esto es una renuncia futura, no impide que, a su muerte, se reclame esa herencia. Con otras palabras, la renuncia no genera efectos obligacionales en tanto que no estará excluido de la herencia.

La regulación de la práctica de pactar sobre sucesiones futuras se plantea más adelante, en la Edad Media al compás de la necesidad de adaptar la *exclusio propter dotem* a la recepción del Derecho romano, lo que supuso un aumento del interés hacia estos pactos.

Como se ha indicado, la práctica era que el *pater familias* elegía, al otorgar testamento, a su heredero y la finalidad principal que se perseguía en la sucesión era designar a una única persona para que adquiriera por la sucesión *mortis causa* el patrimonio del causante<sup>19</sup>. Además, en la relación entre el *pater familias* y *filius*, sucesor-heredero, la cuestión sobre la posible eficacia de una renuncia ni siquiera existía: no era concebible que al *filius* se le atribuyese ningún poder de disposición sobre el patrimonio del *pater familias*. Los hijos sometidos a la potestad de su padre carecían de poder de disposición *inter vivos* o *mortis causa*, puesto que esta solo la tenían los *sui iuris*<sup>20</sup>.

Tampoco se planteó la necesidad de otorgar pactos sucesorios que implicaran la renuncia a una sucesión futura, aunque se quisiera excluir de la sucesión a la mujer. Se ha de tener en cuenta que las mujeres, una vez casadas se integraban en la familia del marido y devenían extrañas

---

En este sentido, «*Das römische Recht kannte über Haupt keine erb Verzichts verträge, was darauf beruht, dass das Erbrecht für die Römer einen öffentlichen Charakter besaß und da durch bis zu einem gewissen Grad nicht der Parteienwillkür überlassen werden sollte*». Vid. también M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203, cuando afirma que «en la época romana con carácter general los pactos sucesorios no eran admitidos». Por su parte, J. ARIAS RAMOS, *Derecho...*, p. 528, indica que «el Derecho romano no conoció la institución de heredero hecha en un contrato».

<sup>18</sup> D. 29,2,94: «*Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur*». KRIEDEL/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. II, p. 441.

<sup>19</sup> B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, 1960, p. 4; G. VISMARA, *Storia...*, p. 146; J. IGLESIAS, *Derecho...*, p. 370, P. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano*, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 374; M. ORTOLAN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, t. I y II, traducción de la 4.<sup>a</sup> ed. por F. PÉREZ DE ANAYA y M. PEREZ RIVAS, Madrid, Librería de D. Leocadio López, 1877, p. 498.

<sup>20</sup> P. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos...*, p. 130; M. ORTOLAN, *Explicación...*, p. 149; A. NICOLETTI, «Dote», en A. AZARA y E. EULA, *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, 1957, Unione Tipografico-Editrice Torinese, p. 258.

respecto de su familia de origen de modo que no tenían ningún derecho sucesorio en ella<sup>21</sup>. Este efecto era consecuencia del poder marital, que la mujer fuese integrada en la familia del marido y sometida a su potestad marital o, si el *pater familias* era otro miembro, bajo la potestad de este. Solo será a partir de la admisión del matrimonio contraído bajo el régimen de la dote, cuando se reconoce a la mujer derechos sucesorios y capacidad de ser parte de pactos, momento en que se planteará la validez y eficacia de los mismos<sup>22</sup>.

Es decir, será en este momento, cuando la mujer será libre y tendrá poder de disposición sobre su patrimonio, cuando podrá heredar y ser titular de derechos y obligaciones. A pesar de ello, de que la mujer pudiera intervenir en pactos dotales de los que pudiera deducirse la renuncia a la legítima futura, se ha de tener en cuenta que a estos pactos no les fue atribuido, por medio de ninguna técnica jurídica, efectos obligacionales, porque como el resto de los pactos, también estos eran nudos, carecían de vestidura legal que les atribuyera efectos jurídicos.

## 2. El carácter irrevocable de los pactos sucesorios

El obstáculo principal a la admisión de los pactos fue, como se ha indicado, su carácter irrevocable<sup>23</sup> que contradecía frontalmente el principio de libertad de testar romano<sup>24</sup>. En todo pacto intervienen, por definición

<sup>21</sup> Según G. VISMARA, *Storia...*, p. 146, en el periodo más antiguo de la historia del Derecho romano no se puede pensar en la posibilidad de un pacto sucesorio que implicase la renuncia de derechos sucesorios futuros.

<sup>22</sup> Así, *vid.* A. NICOLETTI, «Dote»..., p. 258, quien afirma que había «*il costume che la donna alieni iuris, la quale per la conventio in manum perdeva ogni aspettativa di successione in seno alla familia da cui si staccava*».

<sup>23</sup> F. SERAFINI, *Instituciones...*, p. 290, hizo referencia al carácter irrevocable de los pactos nupciales y los califica como puros y absolutos. También B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette. vol. Terzo*, traducción de C. FADDA, Torino, Unione Tipográfica. Editrice Torinese, 1930, p. 128, estudió el carácter irrevocable de los pactos sucesorios: «*Inesattamente anche il contratto ereditario, che non può più essere annullato da una posteriore decisione della volontà, si chiama disposizione d'ultima volontà*». También M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 205, afirma que es la irrevocabilidad de los pactos sucesorios «la razón más técnica para rechazarlos».

<sup>24</sup> Respecto del principio de libertad de testar en el Derecho romano, F. SCHULZ, *Principios...*, p. 178, estableció que la sucesión legítima contra testamento tenía una importancia secundaria y que el ciudadano romano quería organizar su propia sucesión con el testamento. Según él «tener pronto el propio testamento es para un romano diligente tan obligatorio como tener un régimen de contabilidad bien ordenado. A esta concepción fundamental corresponde la amplia libertad de disposición que se garantiza al testador». En el mismo sentido, F. GLÜCK, *Commentario alle pandette di Federico Glück*, Libro V, Milano, 1893, p. 335, en sus comentarios al derecho de Pandectas manifestó que el heredero es necesario y voluntario. Voluntario en el sentido de que el causante tiene libertad para instituir en su testamento su heredero. Así afirmó que «*l'antico diritto romano non vi erano necessario ed il testatore aveva piena libertà di istituire quegli eredi che voleva*». X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La inoficiosidad legitimaria», en *Estudios sobre la legítima catalana*, 1973, Barcelona, Universidad de Barcelona, Cátedra Duran i Bas, p. 100, concluyó que el ciudadano romano gozaba de una libertad de testar ilimitada. También, *vid.* M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 205, cuando afirma que uno de los motivos por los cuales los pactos sucesorios eran prohibidos era por su carácter irrevocable que chocaba con la libertad de testar, libertad que «se erige en piedra angular de todo el Derecho de Sucesiones». Interesa destacar la

dos o más sujetos, de donde únicamente pueden dejarse sin efecto por mutuo acuerdo y, contrariamente a lo habitual en sede sucesoria, no es posible revocar unilateralmente lo acordado. De ahí que conforme a la doctrina romanista era una consecuencia del principio de libertad de testar la prohibición del pacto sucesorio<sup>25</sup>. De acuerdo con este principio, el causante era libre de instituir uno o varios herederos y de determinar la cuantía de las porciones hereditarias. Los pactos sucesorios en virtud de los cuales una persona prometía otorgar o no, revocar o no un testamento eran considerados nulos<sup>26</sup>. Así mismo, la nulidad derivaba del principio «*nulla est hereditas viventis*»<sup>27</sup>. Respecto de los pactos de sucesión futura, se consideraba que faltaba ese poder de disposición porque se renunciaba a un derecho futuro y a una sucesión no abierta. Renunciar a un derecho futuro suponía renunciar a un derecho sucesorio que aún no había nacido.

Tampoco era posible pactar la renuncia a una sucesión no abierta por tratarse de la renuncia a un patrimonio indisponible. La falta de poder de disposición de ese objeto fue otra de las causas por las que se consideraron como extraños en el Derecho romano. El objeto era indisponible porque hasta la muerte del causante esa sucesión no se abría ni se transmitía a su beneficiario.

En el Libro VI, Título XX del *Codex*, bajo la rúbrica «*De las colocaciones*», se estableció en el § 3 la prohibición, por parte del emperador Augusto, del pacto previsto en una escritura dotal en el que contentándose con la dote que se le entregaba con ocasión de su matrimonio, la hija renunciaba a reclamar los bienes paternos y se la excluía expresamente de la sucesión de su padre: «*Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote, quae in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna*

---

opinión de R. COLL RODES, «Consideracions...», p. 270, de que fue una de las consecuencias del principio de libertad de testar la prohibición de renuncia a una herencia futura.

<sup>25</sup> F. SCHULZ, *Principios del Derecho romano*, traducción de M. ABELLÁN VELASCO, Madrid, Civitas, 2000, p. 179, afirmó que «es una consecuencia del principio de libertad la prohibición del pacto sucesorio». También F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción de J. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, Bosch, 1960, p. 196, añadió que «Los pactos sobre la sucesión no tienen fuerza vinculativa en la época clásica, pues la libertad para regular la sucesión por causa de muerte no debe ser disminuida por ninguna causa. Este principio liberal no admite excepciones». En la misma línea, el jurista francés J. MAILLET, «De l'exclusion...», p. 515: «*Celui-ci ignorait en effet la renonciation à succession future qui, constituant un pacte sur succession future, était théoriquement nulle, tandis que l'exclusion testamentaire était conforme à la théorie juridique romaine, dans le cadre de la liberté de disposer à cause de mort*». G. VISMARA, *Storia...*, p. 63, sostuvo que, en tanto que los pactos sucesorios implicaban una limitación de la libertad testamentaria, estos tenían un carácter extraño en Roma. R. COLL RODES, «Consideracions...», p. 270, establece que «*el dret romà [...] prohibia severament els pactes sucesoris*».

<sup>26</sup> Afirma la nulidad de los pactos sucesorios C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325, «*è utile a lumeggiare le idee romanes u di essa la dottrina della nullità delle rinunzie ereditarie contenute in contratti cui partecipa anche colui della cui eredità si tratta*». También F. SCHULZ, *Principios...*, p. 179; G. VISMARA, *Storia...*, p. 63; M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203; J. ARIAS RAMOS, *Derecho...*, p. 528.

<sup>27</sup> R. COLL RODES, «Consideracions...», p. 270, lo establece claramente al afirmar que «*el dret romà com una de tantes conseqüències derivades de son principi: Nulla est hereditas viventis prohibia severament tan els pactes de institució d'hereu o de successió recíproca com els de renuncia a una herència futura*».

*regressum haberet, iuris auctoritate improbat, nec intestato patri succedere filia ae ratione prohibetur. Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet*»<sup>28</sup>.

El hecho de que el causante, una vez otorgado el pacto sucesorio, no pudiera dejarlo sin efecto de forma unilateral, es decir, por su sola voluntad, fue considerado como un grave impedimento a la libertad de testar. Se frustraba la posibilidad de que, ante nuevas circunstancias o ante un cambio de opinión, dejara sin efectos el pacto.

### 3. El principio de igualdad entre los descendientes en la herencia forzosa

El principio de igualdad entre los descendientes en la sucesión forzosa también era contrario a los pactos sucesorios en los que se renunciaba a derechos sucesorios futuros. Decimos que era contrario al principio de igualdad en la sucesión de los descendientes porque en la mayoría de los casos eran llevados a cabo por las mujeres con ocasión de su matrimonio y, además, implicaban que alguno de esos descendientes careciera de derechos en la herencia de su padre. La sucesión forzosa surgió como una reacción frente a la libertad de testar absoluta del *pater familias*. El Derecho romano partía de una absoluta libertad de disposición<sup>29</sup>, pero la evolución de la familia romana, en una Roma cada vez más comercial, condujo a cuestionarse la absolutidad de este principio. La finalidad de este nuevo régimen era proteger a los *sui heredes*. De la libertad de testar absoluta se evolucionó al derecho a la herencia forzosa formal, es decir, la obligación de nombrar a los descendientes en el testamento. Se siguió con el derecho a herencia forzosa material que implicaba que se atribuyera una determinada porción de la herencia a los descendientes; hasta el régimen de sucesiones introducido por el emperador Justiniano con la Nov. 115<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 205, aduce que «la admisión de los pactos sucesorios ponía en peligro el sistema de legítimas puesto que era posible que por acuerdo entre los futuros de *cuius* y *legitimario*, este no recibiera todo lo que le correspondía en concepto de legítima, haciendo con ello ilusorio el sistema legitimario». F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. III, Madrid, 1852, p. 530, aporta como argumento a la prohibición en el CC de los pactos de renuncia al derecho a la legítima futura, precisamente, esta prohibición: «hay otra razón más, tratándose de la legítima; pues, como de Derecho público, no puede alterarse por pactos privados, y de otro modo sería fácil hacerla ilusoria, sobre todo, respecto de las hembras; por esto en la ley 3, título 20, libro 6 de Código, se declara nula la renuncia que una hija, contenta con su dote, hizo de la herencia futura paterna, y se dispone que suceda *ab intestato*, colacionando la dote». También *vid.* G. VISMARA, *Storia...*, p. 63; C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325.

<sup>29</sup> E. BESTA, *Le Successioni nella storia del diritto italiano*, Milano, Multa Paucis, 1961, p. 187; F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 335; JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 462; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La inoficiosidad...», p. 100; F. SCHULZ, *Principios...*, p. 178.

<sup>30</sup> KRIEDEL/HERMANN/ÖSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. VI, p. 95; E. BESTA, *Le Successioni...*, p. 187; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 3.<sup>a</sup> ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1977, p. 321; J. IGLESIAS, *Derecho...*, p. 424; F. SCHULZ, *Derecho...*, p. 451; F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 368; G. VISMARA, *Storia...*, p. 63; K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte...* 955, p. 166;

En una primera fase, las limitaciones a la libertad de testar introducidas fueron de carácter formal y consistían en un derecho de herencia forzosa formal, la *bonorum possessio contra tabulas*. De acuerdo con esta, los herederos por derecho propio debían ser instituidos como tales o desheredados, considerándose nulo el testamento que no incluyera tal institución o desheredación. Con otras palabras, se debía hacer mención a ellos en el testamento, de una forma u de otra<sup>31</sup>.

Del inicial derecho de herencia forzosa formal se evolucionó hacia al derecho de herencia forzosa material, la *querella inofficiosi testamenti*. La herencia forzosa material suponía que los descendientes, ascendientes y los hermanos a los que el causante no dejaba por vía testamentaria, por legado o donación una cuarta parte de su herencia, podían impugnar ese testamento haciendo uso de la acción *querella inofficiosi testamenti*<sup>32</sup>.

La tercera fase de la evolución fue la llevada a cabo por el emperador Justiniano. Debe tenerse en cuenta que en esta etapa del Derecho Justiniano el régimen sucesorio respondió al principio de igualdad de trato, con independencia del sexo<sup>33</sup>. Se reguló expresamente la *portio legitima* en la Nov. 115 del año 529 d. C. De esta forma, los ascendientes no podían preterir ni desheredar a sus descendientes, a no ser que mediase causa legal, bajo pena de nulidad del testamento<sup>34</sup>. A lo que se agregó que la cuota legitimaria debía ascender a un tercio de la porción intestada cuando había cuatro o menos herederos, y a la mitad si fueran más de cuatro<sup>35</sup>.

Hasta la Nov. 115 de Justiniano las hijas se encontraban en una posición de inferioridad en la sucesión: el *pater* podía desheredarlas otorgándoles solo legados. Así, en el Libro 28 del Digesto, en su Título 5 bajo la rúbrica «De la institución de herederos», en su punto 1.º §1 (D. 28. 5. 1. §1), se establece que también será considerado como heredero instituido el hijo que no fue escrito como tal, pero sí nombrado: «Pero decimos que es heredero instituido también el que no fue escrito, sino solamente

---

B. WINDSCHEID, *Diritto...*, p. 248. P. BONFANTE, *Instituciones...*, p. 643 afirma al respecto que «la sucesión legítima real es una limitación efectiva de la libertad de testar».

<sup>31</sup> J. ARIAS RAMOS, *Derecho...*, p. 1038.

<sup>32</sup> A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali...*, p. 140; E. PETIT, *Tratado...*, p. 705; F. SCHULZ, *Derecho...*, p. 255; R. SHOM, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y sistema*, 17.ª ed., corregida por L. MITTEIS y sacada a la luz por L. WEGNER, traducida del alemán por W. ROCES, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p. 561; F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 309; M. KASER, *Derecho romano privado*, traducida por SANTA CRUZ TEIJEIRO, 2.ª ed., Madrid, Reus, 1982, p. 323.

<sup>33</sup> P. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos...*, p. 393

<sup>34</sup> Lo afirma claramente A. CORBELLA, *Manual de Derecho catalán*, Madrid, Reus, 1906, p. 789, al establecer que con la Novela 115 «se sancionaba bajo pena de nulidad el testamento».

<sup>35</sup> KRIEGLER/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. VI, p. 95. F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 382, afirmó que «*la nuova legitima deve prendere il posto dell'antica quarta e tornare a contagio di tutti coloro che, in caso di esclusione da un testamento, possono attaccarlo comò inofficioso*». En la misma línea, *vid.* C. L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, vol. III, Bologna, Tipi Fava e Garangani, 1875, p. 305; A. D'ORS, *Derecho...*, p. 265; JÖRS-KUNKEL, *Derecho...*, p. 467; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La inoficiosidad...», p. 102; R. SHOM, *Instituciones...*, p. 563; B. WINDSCHEID, *Diritto...*, p. 591; K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte...*, p. 168.

nombrado»<sup>36</sup>. De esta forma, la omisión de una hija en el testamento tenía consecuencias menos graves que si el omitido era un hijo varón. En el caso del hijo, el testamento se salvaba, aunque el causante hubiese omitido en el mismo la institución de heredero, siempre que lo hubiese simplemente nombrado. Esta flexibilidad, que era consecuencia del principio *favor testamenti*<sup>37</sup>, solo estaba prevista en los casos en que el descendiente fuese el hijo, quedando las mujeres en una situación desigual.

Además estos pactos también eran considerados contrarios a las buenas costumbres porque el padre tenía la obligación de otorgar la legítima a sus hijos, es decir, excluirla de la sucesión implicaba contradecir el principio obligatorio de que los padres debían respetar la igualdad entre todos sus hijos<sup>38</sup>.

Según palabras de Schulz, el principio de igualdad en las sucesiones contra testamento «era sorprendentemente progresiva, si se compara con otros Derechos continentales no románicos de la Edad Media»<sup>39</sup>. Fueron, precisamente, algunos de estos Derechos continentales no románicos de la Edad Media los que introdujeron la *exclusio propter dotem*. La *exclusio propter dotem* otorgaba una mejor posición jurídica a los hombres respecto de las mujeres. Implicaba la primogenitura de los hombres.

#### 4. La nulidad de los pactos sucesorios que implican una renuncia a derechos sucesorios futuros

La primera tentativa de introducir un pacto sucesorio que implicara la renuncia de derechos futuros solo se puede encontrar al final de la época clásica, cuando se ha consolidado el principio de la sucesión forzosa<sup>40</sup>. Pero, sobre todo, cuando la herencia fue perdiendo su antiguo carácter político y sacramental y la sucesión ya había alcanzado la consideración

<sup>36</sup> D. 28,5,1, § 1: «*Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus*». E. BESTA, *Le Successioni...*, p. 187, lo deja claro al considerar que «*ai maschi non si attagliava cuiòche conveniva alle donne; pur da questo punto di vista vi potè essere differenza tra successione maschile e femminile*». También P. BONFANTE, *Institutiones...*, p. 643; KRIEGL/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, p. 359; G. VISMARA, *Storia...*, p. 147.

<sup>37</sup> De acuerdo con el principio del *favor testamenti* la jurisprudencia debía hacer lo posible para salvar a los testamentos y la legislación debía reconocer normas e instituciones que sirviesen para respetar la voluntad del causante. Todo ello con el objetivo de evitar que se produjese la apertura de la sucesión *ab intestato* y que los herederos fuesen los establecidos en los órdenes previstos en la Ley de las XII Tablas. Vid. B. BIONDI, *Sucesión...*, p. 7; C. FADDA, *Conceptti...*, p. 305.

<sup>38</sup> F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 368. J. SPERLING, «Dowry or Inheritance? Kinship, Property, And Women's Agency in Lisbon, Venice, and Florence (1572)», *Journal of Early Modern History*, vol. 11, núm. 3, 2007, p. 207, haciendo un estudio comparativo del papel de la mujer en la sucesión medieval italiana con la portuguesa, puso de manifiesto que en Portugal, a diferencia de Italia como se establecerá en el siguiente epígrafe, el principio de igualdad de los descendientes en la sucesión de sus padres propia del Derecho romano de la etapa de Justiniano nunca se abolió.

<sup>39</sup> F. SCHULZ, *Derecho...*, p. 197.

<sup>40</sup> G. VISMARA, *Storia...*, p. 147.

de ser un acto de naturaleza prevalentemente patrimonial<sup>41</sup>. Así, se ha de tener en cuenta que los pactos sucesorios solo empiezan a tener sentido cuando la sucesión pasa de ser considerada una transmisión de la soberanía del *pater familias* a ostentar una naturaleza esencialmente patrimonial.

De este modo, se estableció, por una parte, la prohibición de los pactos sucesorios a través de los cuales se renuncia al orden sucesorio legal y, por otra, la nulidad de los pactos en los que las hijas que, con ocasión del matrimonio y contentadas con su dote, renunciaban a los derechos sucesorios paternos.

#### 4.1. *La prohibición de pactar la renuncia al orden sucesorio legal*

Era principio general en Roma que el orden sucesorio legal de los llamados a suceder no fuera susceptible de modificación por medio de un pacto sucesorio de renuncia por parte de esos llamados a sus derechos sucesorios. En el D. 2,14,34, Modestino, en su Libro V de Reglas, se previó que «Es opinión de Juliano, que el derecho de agnación no se puede repudiar por pacto, no de otro modo que si alguno dijera que no quiere ser dueño de sí mismo (*Ius agnationis non posse pacto repudiari, non magis, quam ut quis dicat, nolle suum esse, Iuliani sententia est*)». De esta forma se estableció la regla general de la imposibilidad de modificar por medio de un pacto sucesorio el orden legal de la sucesión forzosa porque, según él este orden estaba íntimamente relacionado con el *ius agnationis*<sup>42</sup>. El Derecho de sucesiones tenía una función social íntimamente conectada con la familia, en la que estos pactos se consideraban contrarios a la misma con lo que se estableció el principio de que debían ser prohibidos. Además, la libertad de testar era un principio general del Derecho romano que tenía que ser protegido y estos pactos eran contrarios a la misma<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Tal y como hemos visto, la herencia evolucionó en Roma correlativamente a su desarrollo económico. Se pasó de ser un medio de traspaso de la soberanía de la patria potestad que asegurase la continuidad de las relaciones jurídicas a un acto puramente patrimonial. B. BIONDI, *Sucesión...*, p. 17; P. BONFANTE, *Instituciones...*, p. 554; P. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos...*, p. 375; J. IGLESIAS, *Derecho...*, p. 370; M. KASER, *Derecho...*, p. 299; M. ORTOLAN, *Explicación...*, p. 498; G. VISMARA, *Storia...*, p. 148.

<sup>42</sup> KRIEGEL/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. I, p. 275. G. VISMARA, *Storia...*, p. 149, afirma que no era posible pactar una renuncia porque era contrario a la defensa de los principios de la familia romana. C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325, considera que estos pactos eran contrarios a la voluntad testamentaria del causante y que solo era posible renunciar eficazmente después de su muerte. También E. BESTA, *Le Successioni...*, p. 40, cuando argumenta que «*rifutare in specie la eredità paterna pareva una offesa alla dignità familiaria*».

<sup>43</sup> Así, *vid.* F. SCHULZ, *Derecho...*, p. 196, que afirma que «Los pactos sobre la sucesión no tienen fuerza vinculativa en la época clásica, pues la libertad para regular la sucesión por causa de muerte no debe ser disminuida por ninguna causa. Este principio liberal no admite excepciones». También G. VISMARA, *Storia...*, p. 63, sostuvo que, en tanto que los pactos sucesorios implicaban una limitación de la libertad testamentaria, estos tenían un carácter extraño en Roma. En la misma línea, J. MAILLET, «De l'exclusion...», p. 515, sostiene que «*Celui-ci ignorait en effet la renonciation à succession future qui, constituant un pacte sur succession future, était théorique-*

El carácter bilateral e irrevocable de los pactos implicaba una limitación al principio de libertad de disponer del patrimonio *mortis causa*<sup>44</sup>. Por un lado, no se trataba de un acto unilateral y, por el otro, para que se dejase sin efectos se requería la voluntad y el acuerdo de ambas partes.

#### 4.2. *La nulidad de los pactos sucesorios en los que las hijas dotadas renunciaban a los derechos sucesorios paternos*

Papiano confirmó el principio de nulidad de estos pactos, en un caso específico, que es precisamente, el antecedente de los pactos sucesorios renunciativos. Además, de la nulidad de los pactos en los que se modificaba, a través de una renuncia el orden sucesorio legal, se confirmó la nulidad de los pactos en los que la hija, que había sido contentada con su dote, renunciaba a sus derechos sucesorios. Esta fue una sentencia de Giuliano en el D. 38,16,16, en el que se establece que: «Un padre consignó en el instrumento dotal, que la hija había recibido la dote para que no esperase ninguna otra cosa de la herencia del padre; es lo cierto, que esta escritura no alteró el derecho de la sucesión, porque la convención de los particulares no es considerada con la autoridad de las leyes»<sup>45</sup>. En este caso podemos ver cómo esa renuncia de la hija dotada por su padre a la herencia paterna, no tenía eficacia alguna. Así, en estos supuestos, no había una libertad absoluta de los pactos porque tenían que respetar la *autoridad* las leyes romanas y, en consecuencia, se tendrían por no puestos. Es sabido que los pactos solo generaban efectos obligaciones si tenían una causa *vestimenta legal*. Los pactos sucesorios al no estar revestidos de ningún reconocimiento causal, no producían acción alguna para exigir su cumplimiento entre las partes, negándoseles de esta forma, la fuerza obligatoria<sup>46</sup>.

Esta prohibición se establece cuando el matrimonio evoluciona y el régimen de la *manus* ya ha caído en desuso<sup>47</sup>. Solo fue en el matrimonio

---

*ment nulle, tandis que l'exclusion testamentaire était conforme à la théorie juridique romaine, dans le cadre de la liberté de disposer à cause de mort».*

<sup>44</sup> C. FADDA, *Conceptti...*, p. 318, lo expresa de manera muy clara: «*Pevia di contratto non è lecito restringere la libertà di testare [...]. La successione fondata sulla volontà non può aver luogo che per atto di ultima volontà, epperò illimitatamente revocabile*».

<sup>45</sup> D. 38,16,16: «*Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret; eam scripturam ius successionis non mustasse constitit, privatorum enim cautionem legum auctoritate non censi*». KRIEDEL/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. III, p. 134; C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325; G. VISMARA, *Storia...*, p. 147; P. GUERIN, *Les Renonciations...*, p. 13.

<sup>46</sup> Interesa destacar aquí la opinión de P. GUERIN, *Les Renonciations...*, p. 13, respecto a que debía prevalecer la legislación y no la voluntad de las partes: «*cette renonciation ne saurait modifier les droits successoraux de la fille, parce que la volonté des particuliers ne peut prévaloir sur celle du législateur*».

<sup>47</sup> Así, *vid.* F. SERAFINI, *Instituciones...*, p. 294, que establece que «la idea de dote es inconciliable con el concepto de *manus*» y añade que «por esto seguramente no debió existir en los primeros tiempos, durante el régimen de la *manus*». También, M. ORTOLAN, *Explicación...*, p. 146; M. LAURIA, *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli, L'Arte Tipografica, 1952, p. 8; E. PETIT, *Tratado...*, p. 154; R. SHOM, *Instituciones...*, p. 466.

*sine manus* y con el régimen de la dote, en el que la mujer se convirtió en *sui iuris* y, consecuentemente, con capacidad jurídica, cuando tuvo sentido plantearse jurídicamente la validez de estos pactos<sup>48</sup>. No fue hasta ese momento que se produjeron estos pactos ya que en el anterior régimen la mujer al casarse, pasaba a formar parte de la familia de su marido. De hecho, fue el emperador Justiniano el que estableció la obligación legal de constituir la dote por parte del padre y subsidiariamente la madre<sup>49</sup> y fue en esa época cuando se produce una primera tímida atenuación del carácter general de esta prohibición.

El principio de nulidad de los pactos sucesorios en los que las hijas dotadas renunciaban a sus derechos sucesorios que fue establecido por Giuliano, en la sentencia anteriormente mencionada (D. 38,16,16), también fue confirmado por el emperador Alessandro Severo en un caso análogo. En efecto, en el C. 6,20,3. se afirmaba que «es desaprobado por la autoridad del derecho el pacto comprendido en escritura dotal, de que, contentándose con la dote la que se colocaba en matrimonio, no tenga reclamación alguna sobre los bienes, paternos, y no se prohíbe que por esta razón la hija suceda á su padre intestado. Pero debe ciertamente llevar á colocación con los hermanos que permanecieron bajo potestad la dote que recibió»<sup>50</sup>. En este caso, se confirmaba que eran contrarios al derecho los pactos previstos en una escritura en la que se constituía una dote en los que la hija afirmaba, a cambio de esa entrega, que no impugnaría el testamento de su padre. Con esa afirmación se pactaba que, en tanto que no se iba a impugnar, no se abriría la sucesión intestada y, como resultado, no se produciría la posibilidad de que tuviese ningún derecho a suceder porque el orden de esa sucesión sería el que hubiese establecido el causante en su testamento.

También en el *Codex*, en su Libro II, se disponía que eran *contra bonos mores* los pactos celebrados entre parientes sobre herencias futuras. Por ello, se estableció que no generaban efectos obligacionales los pactos sobre herencias futuras. En efecto, se lee en el C. 2,4,2: «Puesto que dices que has transigido con tu hermana sobre una herencia, y que por ello aseguraste que le debías cierta cantidad, aunque no hubiese cuestión alguna sobre la herencia, sin embargo, hecha la transacción por temor á

<sup>48</sup> B. BIONDI, *Sucesión...*, p. 17, cuando hace referencia a la capacidad de disponer nos indica como las mujeres son capaces, a modo de ejemplo, de otorgar testamentos cuando decae el sometimiento de las mismas al *poder maritalis*. Añade al respecto que «al afirmarse el carácter patrimonial de la herencia, se reconoce capacidad testamentaria a la mujer».

<sup>49</sup> C. 14,5,12; C. 19,1,5; B. BIONDI, *Sucesión...*, p. 96.

<sup>50</sup> C. 6,20,3.: «*Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote, quae in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbat, nec intestato patri succedere filia ae ratione prohibetur. Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet*». KRIEGL/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. V, p. 38; C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325; G. VISMARA, *Storia...*, p. 148. P. GUERIN, *Les Renonciations...*, p. 12, estudia el citado parágrafo y sostiene al respecto: «*vise le cas de la fille que son père fait renoncer dans son contrat de mariage, moyennant une dot, et déclare que ce pacte est nul et que la fille, à condition qu'elle rapporte la dot à ses frères resté en puissance, pourra venir à la succession ab intestat de son père*».

un litigio, se entiende reconocida válidamente la suma; por cuya razón, si hubieses pagado al fisco, no podrías repetir, y si no le has satisfecho, podrías, sin embargo, ser demandado en derecho»<sup>51</sup>. Vemos como en este caso Augusto Ioanni, prefecto del pretorio, contestó que, en tanto que esos pactos se celebraron en vida del causante de esa herencia, eran odiosos y debían ser rechazados por completo. Una vez más, no eran considerados válidos esos pactos o contratos por tratarse de bienes ajenos y por ser contrarios a las buenas costumbres<sup>52</sup>.

## 5. La atenuación de la prohibición de los pactos sucesorios de renuncia a derechos sucesorios futuros

Se constata que en el Derecho romano los pactos sucesorios eran un negocio jurídico extraño que desembocaba en la nulidad de los mismos por cuanto no eran admitidos. No obstante, durante el periodo justiniano, esto es en torno al siglo IV, fueron admitidos para algunos supuestos muy concretos.

En este sentido, el emperador Justiniano, aunque reafirmó el principio de nulidad de los pactos sucesorios que implicaban una renuncia de derechos sucesorios futuros, fue el que atenuó tímidamente esta prohibición. Papiano defendía la nulidad de cualquier pacto de renuncia por ser contrario a las leyes. En cambio, Justiniano omitió, como requisito de la motivación de esa nulidad el que fuera contrario al origen a las leyes. Con otras palabras, como que para él no podía considerarse contrario a las leyes, si se contaba el consentimiento del causante podían ser admitidos. Justiniano se limitó a referirse a una motivación de carácter moral, la cual de por sí no era suficiente para determinar la nulidad de estos pactos. Además, si se disponía, de una forma clara y evidente, de la voluntad del causante, en determinados pactos, estos podían considerarse válidos<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> KRIEDEL/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. IV, p. 229; R. COLL RODES, «Considerations...», p. 272; P. GUERIN, *Les Renonciations...*, p. 13.

<sup>52</sup> *Vid.* C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325, que lo considera contrario a las buenas costumbres y en tal sentido sostiene que «*come uno non può spogliarsi a suo grado dello status familiae, de' rapporti di parentela civile e naturale che ne discendono, così non gli è lecito connette con quello statuti per altre ragioni sociali*». En el mismo sentido, M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 204, afirma que «la posibilidad de los pactos sucesorios suponía un ataque a la moral, pues parecía de mal gusto situar la muerte de una persona como un elemento integrante de un contrato, sería como si estuviera comerciando con la vida humana». También T. KIPP, *Derecho...*, p. 369, establece que los juristas romanos rechazaban la sucesión contractual porque la «estimaban contra bonos mores».

<sup>53</sup> De acuerdo con R. COLL RODES, «Considerations...», p. 272, el Derecho romano admite la validez de estos contratos «*si l'interessat de quina herència es tracti dona son consentiment i lo manté fins a la seva mort*». También, M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203, considera que, aunque fuese una regla general la no admisión de los pactos sucesorios, durante el periodo justiniano, «se permitían con bastante amplitud estos pactos si en ellos intervenía el consentimiento del propio causante». En el mismo sentido, E. BRANCÓS NÚÑEZ, *Los pactos...*, p. 33, sostiene que «el Derecho justiniano admitió determinados pactos sucesorios concretos practicados en el época por la vía indirecta de conferir a los interesados las acciones precisas para exigir su cumplimiento. En la época del llamado Derecho intermedio se recoge y exagera esta idea de prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho romano».

### 5.1. *El pacto de renuncia a la querella inoficiosi testamenti*

La *querella inoficiosi testamenti* era la acción procesal por medio de la cual los parientes próximos, ante un testamento injusto solicitaban la rescisión de ese testamento y la apertura de la sucesión intestada<sup>54</sup>. Decimos que era un testamento injusto en el sentido de que esos parientes eran ignorados en la atribución material o porque eran desheredados injustamente. Los parientes del causante eran los legitimados activamente para ejercitar esta acción: estos eran los herederos forzosos, es decir, los hijos, sometidos o no a la potestad del *pater familias* en el momento de la apertura de la sucesión; los ascendientes y los hermanos<sup>55</sup>.

Cuando en el *Codex* (C. 3,28,35) en su Libro III relativo a «*Del testamento inoficioso*», se prevé la prohibición de renunciar a la *querella inoficiosi testamenti* se establece una excepción en el caso de que fuese evidente y claro que se dispone que había la voluntad del causante. En este sentido se establece que: «además de esto, si un hijo hubiese recibido de su padre ciertos bienes o cantidades, y pactado que en manera ninguna se promovería por él la querella inoficioso contra el testamento paterno, y después de la muerte del padre el hijo, conocido el testamento paterno, no aceptare su disposición, sino que creyera que debiera atacarla, mandamos que desechada la antigua contienda no se grave en manera ninguna al hijo con semejante pacto, conformándonos con la respuesta de Papiano, en la que sentó, que los hijos, más bien que obligados mediante pactos, debían ser atraídos por beneficios á sus deberes para los padres. Pero esto lo admitimos así, si el hijo no hubiere celebrado con los herederos paternos transacciones, en las que de evidentísima manera hubiere reconocido la voluntad de su padre»<sup>56</sup>. Vemos cómo lo que se establecía era que no era válido el pacto sucesorio entre el padre y el hijo a través del cual este último recibía del primero determinados bienes a cambio de no promover después de la muerte de su padre la querella inoficiosa

<sup>54</sup> J. ARIAS RAMOS, *Derecho...*, p. 596; A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della patria potestas*, Milano, Università degli Studi di Milano, 1979, p. 140; E. PETIT, *Tratado...*, p. 705; F. SCHULZ, *Derecho...*, p. 255; F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 309; M. KASER, *Derecho romano...*, p. 323.

<sup>55</sup> Para ilustrarlo con un ejemplo, cito el siguiente paraje del Digesto en el que se especifica lo que sigue (D. 5,2,2): «se deduce la querella de testamento inoficioso bajo este supuesto, como que no estuvieran en su sano juicio al disponer el testamento. Y se dice esto, no como si verdaderamente un furioso ó un demente haya testado, sino porque en realidad hizo uno legalmente testamento, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si verdaderamente estuviese furioso o demente, es nulo el testamento (*Hoc colore inoficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum*)», en KRIEGEL/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. I, p. 430.

<sup>56</sup> C. 3,28,35: «*Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inoficioso querela adversus testamentum paternum minime eb eo moveretur, et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit eius iudicium, sed oppurnandum putaverit, vetere iurgio exploso aniusmodi pacto filium minime gravari, secundum apianiani responsum, in quo definivit, meritis mater filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos. Sed hoc ita addmittimus, nisi transacitiones ad heredes paternos ius celebraverit, ni quibus apertissime iudicium agnoverit*».

contra su testamento<sup>57</sup>. Es decir, no se permitía que el hijo renunciase, a cambio de recibir en vida de su padre determinados bienes, a la acción de impugnar ese testamento. Se pactaba la imposibilidad de que el dotado pudiese instar la rescisión de ese testamento y su consecuente apertura de la sucesión intestada.

Ahora bien, se debe hacer especial hincapié en la última frase en la que se afirma que esa prohibición sería admitida en los casos en los que de una «evidentísima manera hubiere reconocido la voluntad de su padre». De esta forma, si el pacto sucesorio en cuestión contaba, de una forma clara e inequívoca, con la voluntad del causante y el hijo no hubiese celebrado con los herederos paternos transacciones respecto del mismo, sería válido y eficaz. Consecuentemente, ante este supuesto, el hijo no podría promover la *querella inofficiosi testamenti* contra el testamento de su padre<sup>58</sup>.

## 5.2. *La renuncia de derechos sucesorios futuros con la voluntad del causante*

En los supuestos en los que el pacto de renuncia de derechos sucesorios futuros contase con la expresa voluntad del causante se atenuó la regla general de prohibición de los mismos. En este sentido, téngase en cuenta que en el C. 2,3,30, «mandamos, pues, de conformidad con las antiguas reglas, que los pactos como estos, que contra las buenas costumbres se hayan celebrado, sean rechazados por completo y que no se observa nada de tales pactos, salvo si aquel, sobre cuya herencia se pactó, acomodare a ellos su voluntad, y perseverase en esta hasta el último momento de su vida»<sup>59</sup>. Se establece que un pacto sucesorio, que implicara la renuncia de derechos sucesorios futuros, aunque era contrario a las buenas costumbres, sería válido si mediase el consenso del causante respecto del cuya sucesión se había pactado. En el *Codex* se establece claramente cuando se dice «salvo si aquel, sobre cuya herencia se pactó, acomodare a ellos su voluntad».

El hecho que estos pactos fueran contrarios a las buenas costumbres y no contrarios a las leyes propiciaba que esa prohibición fuese menos se-

<sup>57</sup> J. IGLESIAS, *Derecho...*, p. 426; KRIEGLER/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. IV, p. 359; E. PETIT, *Tratado...*, p. 705; C. FADDA, *Conceptti...*, p. 325; G. VISMARA, *Storia...*, p. 147.

<sup>58</sup> Interesa destacar la opinión de C. FADDA, *Conceptti...*, p. 327, quien sostiene que «*Pare che i dubbi in proposito fossero troncati dall'autorità di Papiano, come risulta dal fr. 16 cit. e dalla costituzione di Giustiniano. Al sommo giurista così propenso a porre in rilievo l'elemento morale di fronte al giuridico, pareva inammissibile che si pretendesse il rispetto alla volontà paterna per via di vincoli giuridici*». También *vid.* G. VISMARA, *Storia...*, p. 147; M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203; E. BESTA, *Le Successioni...*, p. 40.

<sup>59</sup> C. 2,3,30: «*Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit*». KRIEGLER/HERMANN/OSENBRÜGGEN, *Cuerpo...*, t. IV, p. 228; G. VISMARA, *Storia...*, p. 150; A. M. BORRELL SOLER, *Derecho...*, p. 168.

vera. En este sentido, en el D. 38,16,16 se prevé la prohibición por «no ser considerada con la autoridad de las leyes» y, en cambio, en el C. 2,3,30. «que contra las buenas costumbres se hayan celebrado». El fundamento de la prohibición no es el mismo y en el Codex se añade la posibilidad de que se salvare si se contaba con la voluntad del fallecido<sup>60</sup>.

Por tanto, podemos calificar estas disposiciones, del final de la época clásica, como las primeras tentativas de admitir la validez de los pactos sucesorios que implicaban una renuncia de derechos sucesorios futuros. Esta primera atenuación de esta prohibición estaba condicionada a que mediase la voluntad del causante. Tiene sentido que fuese en este momento en el que se produjeran estas primeras atenuaciones del principio general de la prohibición de los pactos sucesorios porque fue entonces cuando la libertad de testar era más limitada. Fue también el emperador Justiniano, en esa época, como hemos visto, quien atenúo el principio de libertad testamentaria<sup>61</sup>. Se estableció un sistema sucesorio en el que esta libertad se limitó, en el que se configuró hacia una mayor prevalencia de la sucesión *ab intestato* y en el que se reguló expresamente en la Novela 115 la *portio legitima*<sup>62</sup>.

Como se ha indicado la prohibición de estos pactos era consecuencia, en parte, de su incompatibilidad con el principio general del Derecho romano de libertad testamentaria<sup>63</sup>. En este escenario era comprensible que, de una forma atenuada y restrictiva, estos pactos fuesen tímidamente aceptados como válidos y eficaces.

<sup>60</sup> C. FADDA, *Conceptti...*, p. 327, sostiene al comparar el D. 38,16,16 y el C. 2,3,30 que «pareva inammissibile che si pretendesse il rispetto alla volontà paterna per via di vincoli giuridici». En el mismo sentido M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203; R. COLL RODES, «Consideracions...», p. 272.

<sup>61</sup> E. BESTA, *Le Successioni...*, p. 187, hace referencia a la evolución en el Derecho romano de sucesiones desde la absoluta libertad de disposición hasta la introducción en los últimos años de la *querella inofficiosi testamenti* como mecanismo de rescisión de los testamentos que no cumplieran con determinados elementos formales y/o materiales. También F. SERAFINI, *Instituciones...*, p. 450; P. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos...*, p. 393; A. D'ORS, *Derecho...*, p. 320; R. SHOM, *Instituciones...*, p. 535; F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 352; M. KASER, *Derecho...*, p. 309; K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte...*, p. 187.

<sup>62</sup> Sobre ello *vid.* F. GLÜCK, *Commentario...*, p. 382; L. ARNDTS, *Trattato...*, p. 305; A. D'ORS, *Derecho...*, p. 265; JÖRS-KUNKEL, *Derecho...*, p. 467; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La inoficiosidad...», p. 102; R. SHOM, *Instituciones...*, p. 563; B. WINDSCHEID, *Diritto...*, p. 591; K. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte...*, p. 168; M. HERRERO OVIEDO, «El renacer...», p. 203.

<sup>63</sup> F. SCHULZ, *Principios...*, p. 179; J. MAILLET, «De l'exclusion...», p. 515; G. VISMARA, *Storia...*, p. 63; R. COLL RODES, «Consideracions...», p. 272.