

**PORTIO DEBITA Y COMUNIDAD FAMILIAR EN CUANTO CLAVES  
INTERPRETATIVAS DE UNA SINTESIS HISTORICO-COMPARADA EN MATERIA  
DE LIBERALIDADES MORTIS CAUSA**

*Jesús Daza Martínez  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad Complutense de Madrid.*

**1. Nulidad total o parcial y anulabilidad del *testamentum*:  
relevancia de la *potestas* paterna frente a la concepción subyacente de cotitularidad familiar.**

Los principios configuradores de la sucesión *mortis causa* –entre los que se encuentra el reconocimiento, en mayor o menor medida, de la libertad de disponer del testador– están interrelacionados con los diversos modos de concebir y de organizar la convivencia familiar en el marco de la estructura socio-económica. Esto supuesto, las opciones normativas que se adopten en distintos ámbitos –ya sea a propósito de la idea de estabilidad del patrimonio familiar, frente al peligro de su dispersión, o bien sobre la posibilidad de admisión del derecho a perpetuarlo a través de las generaciones sucesivas que constituyen una estirpe– son, al mismo tiempo, referencias fundamentales en el intento de interpretar los procesos evolutivos del Derecho hereditario.

A lo largo de esa evolución, ha podido constatarse la presencia de una pluralidad de criterios normativos aunque, desde el punto de vista de las liberalidades *mortis causa*, la exposición sistematizadora distingue dos orientaciones básicas: por un lado, la relativa a la fijación de cuotas hereditarias, más o menos amplias, que necesariamente han de repartirse entre los miembros del grupo familiar que sobreviven a la persona fallecida, de tal modo que sólo quedaría limitada la facultad de testar libremente; por otro, la que se refiere al principio de conservación del patrimonio dentro de la familia, resultando prácticamente anulada la autonomía de la sucesión testamentaria con respecto a los bienes gravados.

Cada una de estas orientaciones básicas ha sido, a su vez, objeto de identificación con un ámbito cultural determinado, estableciéndose así una rigurosa distinción entre las llamadas corriente romanista y corriente germanista.

En cuanto resultado de un complejo proceso evolutivo de tradición e innovación, esa corriente romanista no llegará a abandonar de un modo definitivo la referencia permanente a concepciones originarias que, incluso, han sido comparadas con las inspiradoras de la comunidad familiar germánica. Así lo pone de manifiesto la distinción –transmitida en las Instituciones de Gayo y conservada en las de Justiniano– entre *heredes sui et necessarii* y *heredes extranei*, en virtud de la cual se considera a los primeros, en cierto modo, como copropietarios del patrimonio durante la vida del padre: *et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur* (G. 2, 157 e I. 2, 19, 2). Según esta concepción jurisprudencial, inspirada en la tradición legislativa del *ius civile*, el *suus heres* era más bien un continuador en el ejercicio y titularidad de poderes y derechos –que le competían ya en vida del

*paterfamilias*– que un mero adquirente de bienes hereditarios en el momento del fallecimiento de éste<sup>1</sup>.

Paralelamente, el arraigo del *testamentum* en la mentalidad individual y en la praxis social romanas, así como su configuración institucional, son aspecto que llevan implícito el reconocimiento de una amplia autonomía paterna en la esfera sucesoria, junto a la que él ejerce también en otros ámbitos de la actividad pública y privada.

A pesar de esa amplia autonomía testamentaria, el hecho de que el *paterfamilias* no hiciera mención expresa a los *filiis sui*, instituyéndolos o desheredándolos nominalmente, constituye un supuesto de *praeteritio*, que ocasionaba la nulidad del testamento:

*Item qui filiu in potestate habet curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse; quod scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores, si quidem filios mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur... (G. 2, 123).*

Las consecuencias no son tan graves si la falta de mención expresa se refiere a otros familiares agnaticios como las *filiae* o la *uxor in manu*; en cualquier caso, éstos tienen derecho a concurrir, a partes iguales, con los demás *sui* instituidos y, si éstos no existiesen, a obtener la mitad del patrimonio hereditario.

Este planteamiento básico que transmiten las Instituciones de Gayo –en las que, por otro lado, no se encuentran referencias al *testamentum inofficiosum* ni a la *querela*– dista mucho todavía del reconocimiento legal de una *portio debita* de los parientes agnados. Así es; esos supuestos de nulidad total o parcial del *testamentum* basados en la noción de *praeteritio* deben separarse claramente de aquellos otros en que el testamento válido podía ser impugnado y anulado, a saber, cuando la desheredación expresa era considerada contraria a los deberes más elementales que sirven de fundamento a la organización y convivencia familiares. La anulabilidad del *testamentum inofficiosum* a través de la *querela* parece haber estado circunscrita, en sus orígenes, a la *exhereditio sine causa* de los *sui*, siendo extendida posteriormente a la *exhereditio sine causa* de los *liberi* –tanto en el testamento paterno como materno– e, incluso, a la preterición de hijos o descendientes en el testamento materno, confundándose finalmente con la *bonorum possessio contra tabulas* por preterición de los *liberi* emancipados.

El ámbito de vigencia inicial de la *querela inofficiosi testamenti* se habría ido extendiendo y consolidando al mismo tiempo que se desarrollaba la sucesión testamentaria entre la madre y sus hijos o descendientes, más allá de las relaciones tradicionales que habían caracterizado a la familia agnaticia<sup>2</sup>.

Según la explicación de Ortolán, la expresión *sine causa exheredant vel omittunt* que emplean las Instituciones de Justiniano puede ser interpretada del siguiente modo: aunque las justas causas de

---

1. A pesar de las dudas que ha suscitado la interpretación histórica de este principio, los términos en que se expresa la jurisprudencia clásica son concluyentes, según consta en D. 28, 2 *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis, 11: In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur; unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.*

2. M. Ortolán, Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, Madrid, 1847 p. 832-33.

desheredación u omisión no se hallaban todavía fijadas legalmente, ni los testadores estaban obligados a hacerlas explícitas en su testamento, es evidente que si existían motivos justificados para desheredar u omitir, según la apreciación del juez, no procedía la nulidad de la disposición *mortis causa*; por otro lado, el término *exheredant* se refiere, en principio, al cabeza de familia en relación con los hijos sometidos a su potestad a quienes ha desheredado, puesto que si los hubiera omitido simplemente su testamento sería nulo por imperativo legal; asimismo, el verbo *omittunt* hace referencia a la sucesión testamentaria de la madre con respecto a sus hijos o descendientes; finalmente, la facultad de acusar de inoficioso al testamento no ha sido atribuida sólo a los hijos frente a las disposiciones de sus ascendientes paternos o maternos, sino también a estos ascendientes frente a las disposiciones de aquéllos.

A partir de estas constataciones, los intérpretes han llegado a concebir fácilmente el dogma de la libertad de testar del *paterfamilias* romano. Son conscientes también de que, frente a las posibles situaciones de arbitrariedad derivadas de la aplicación de ese principio liberal, fueron propuestos nuevos recursos jurisdiccionales, mediante la invocación de consideraciones de orden moral que, en realidad, prosperaron gracias a argumentaciones y razonamientos más propios de retóricos que de los juristas clásicos. El desarrollo gradual de este proceso habría culminado con la instauración definitiva del derecho a la porción legítima que introducen las reformas decididas en las *Novellae leges* justinianeas, coincidiendo con la enumeración legal taxativa de las causas que el testador podía alegar como motivo de desheredación justa de descendientes o, en su caso, de ascendientes legitimarios (Nov. 115, caps. 3 y 4).

En cualquier caso, la continuidad y pervivencia de diversos criterios, que establecen limitaciones al carácter autónomo del poder del *paterfamilias*, habrían quedado ya aseguradas y consolidadas en la evolución histórica del Derecho romano-germánico en Occidente –a partir de los emperadores cristianos–, al margen de esas últimas reformas justinianeas que sobre todo tendrán una influencia real evidente en la configuración doctrinal del *ius commune* bajomedieval.

## **2.- Nuevas orientaciones del Derecho tardío al entrar en contacto con otros ámbitos culturales. Anulación del *testamentum inofficiosum* y reducción de diversas disposiciones inoficiosas en proporción a la *portio debita*: prevalencia del vínculo de consanguinidad entre padres e hijos.**

Es evidente que expresiones como *pars legitima* o *portio debita* van a adquirir en Derecho romano vulgar occidental un significado distinto del originario. La primera de ellas hacía referencia, en los textos clásicos, a la cuota hereditaria que corresponde a una persona en la sucesión intestada del *ius civile*, según lo establecido por la ley de las Doce Tablas. *Portio debita*, en cambio, designaba la cuota hereditaria que el liberto sin hijos estaba obligado a asignar a su patrono en la sucesión testamentaria<sup>3</sup>.

La libertad testamentaria es objeto de profundas transformaciones en el Derecho tardío que obedecen, sobre todo, a la consolidación de la idea de que el causante tiene el deber no sólo de nombrar en su testamento a ciertos familiares sino, además, el de concederles una porción patrimonial, salvo que pueda justificar su desheredación. La institución de la *portio debita* será, pues, un elemento configurador básico del Derecho hereditario romano, pero sólo de sus orientaciones más evolucionadas e innovadoras.

Esto explicaría que, en un primer momento, los recursos de impugnación del testamento inoficioso hayan tenido carácter excepcional; en este sentido, puede constatarse la existencia de una relación interna entre *iniuria* y *color insaniae* en el régimen jurídico del testamento inoficioso y de la

3. F. Samper, “*Pars debita*” en el Derecho romano vulgar, SDHI, 37, 1971, p. 74-75.

*querella* correspondiente. Es también posible que ésta estuviera fundada sustancialmente en la noción de *iniuria*, mientras que el *color insaniae* sería el medio más seguro para justificar, en el plano formal, la invalidez del testamento<sup>4</sup>.

En efecto, la denominación *portio debita* o *portio legitima*, probablemente no empleada todavía por la jurisprudencia clásica en el sentido que aquí se expone, se encuentra ya en la terminología legal empleada en disposiciones de Constantino que han pasado al *Codex Theodosianus* (2, 19, 2), así como en la de su *interpretatio*. Su sentido literal parece apuntar más a la idea de “relación jurídica obligatoria” –restrictiva de las plenas facultades de disponer que corresponden al titular del patrimonio hereditario– que a la de “derecho real hereditario”, que lleva consigo implícita la cotitularidad familiar.

Así es; ante la infracción de un deber por parte del testador (inoficiosidad), el legitimario podía reclamar de una determinada persona –que había resultado beneficiada injustamente– la cantidad debida, por lo que no es posible considerarlo cotitular de los bienes familiares ni continuador de la personalidad del difunto. Asimismo, tanto la progresiva introducción en los testamentos de la cláusula *ad supplementum boni viri arbitrato* –que con el paso del tiempo se habría de convertir en una simple cláusula de estilo y que permitía completar la legítima mediante la entrega de una cantidad de dinero proporcional– como el hecho de que no se excluyera la posibilidad de una *institutio ex re certa* (convirtiendo al legitimario sustancialmente en un legatario) son elementos configuradores de la compleja naturaleza jurídica de la *portio debita* del Derecho romano y de la tradición romanística.

Por lo que se refiere a la tradición de base consuetudinaria de los Derechos germánicos, la idea de copropiedad familiar –a la que ni siquiera ese Derecho romano habría sido ajeno– va a ejercer una influencia considerable que, en determinados ámbitos histórico-jurídicos, se prolongará al menos hasta el período de elaboración y recepción del *ius commune*. No se trata, por tanto, de establecer una garantía ante posibles abusos cometidos por el testador en el ejercicio de sus facultades. Al contrario, el testamento, que habría sido inicialmente una institución extraña en el mundo germánico, sólo a lo largo de la Edad Media iría adquiriendo relevancia como disposición característica del Derecho sucesorio. En principio, el predominio absoluto de la sucesión intestada, basada en los vínculos familiares, habría sido incompatible con cualquier tipo de ordenación de las legítimas, características de sistemas jurídicos más evolucionados.

Se interpreta, pues, que el mundo germánico, antes de entrar en contacto con la civilización romana, se organizó –en el ámbito familiar y hereditario– según el principio de comunidad (*Hausgemeinschaft*), que excluía la sucesión testamentaria así como las liberalidades *mortis causa* y sus circunstancias limitadoras. La terminología empleada habitualmente, que comprende expresiones como “derecho de espera” (*warterecht*), pone de manifiesto que la consideración jurídica de los miembros del grupo familiar, con respecto al patrimonio, va más allá de un simple derecho de crédito, exigible únicamente con motivo de la extinción de la personalidad y titularidad paternas.

Quedaría así planteada la dualidad romano-germánica en la que concurren la posición del “legitimario” y –empleando un término inspirado en el *droit coutumier* francés– las expectativas del “reservatario”. De la interrelación de estas dos corrientes de origen legal y consuetudinario, en un ambiente presidido por las nuevas aspiraciones y exigencias que incorpora la mentalidad cristiana, va a depender la estructuración y regulación de las liberalidades *mortis causa*. En suma, a partir de ella es posible comprender no sólo el significado y alcance de la evolución de los ordenamientos particulares occidentales, sino también la concepción profunda, doctrinal y dogmática, subyacente en el Derecho teodosiano y, posteriormente, en el justiniano.

Mas en particular, ese Derecho teodosiano de la era cristiana, que tiene su punto de partida en disposiciones legislativas de Constantino y Constancio, va a ser objeto de una amplia exposición sistemática, que constituirá la base de la interpretación preferentemente literal, realizada por parte de

---

4. L. di Lella, *Querela inofficiosi testamenti*. Contributo allo studio della successione necessaria, Nápoles 1972, p. 138 ss.

la jurisprudencia postclásica. Tal ordenamiento será además asumido por el legislador germánico en la *lex Romana Visigothorum* en cuanto componente básico de la tradición romano-gótica occidental. El análisis de sus contenidos normativos permiten la identificación del régimen jurídico de la *quarta hereditatis* o *portio debita*, que puede ser objeto de reclamación judicial mediante los recursos procesales establecidos por incumplimiento de un deber (*officium*), cuya sanción legal no puede entenderse al margen de los nuevos valores morales que ahora prevalecen en la conciencia social.

La sistemática recopiladora de esta materia distingue tres apartados; el primero comprende diversas disposiciones legislativas bajo el título *De inofficioso testamento* (C. Th. 2, 19 = Breviario 2, 19) ; el segundo contiene una constitución imperial del siglo IV bajo la rúbrica *De inofficiosis donationibus* (C. Th. 2, 20 = Breviario 2, 20) y, finalmente, en el apartado *De inofficiosis dotibus* se contemplan diversos supuestos en que es posible la impugnación del acto constitutivo de la dote (C. Th. 2, 21 = Breviario 2, 21). La facultad de actuar contra donaciones o constituciones de dote que desconozcan la *portio ex lege* constituye el complemento lógico del remedio procesal que permite impugnar la última voluntad del testador y se concibe como una extensión analógica del mismo (*ad similitudinem inofficiosi testamenti*).

Una valoración crítica de este sistema hereditario teodosiano de las *querellae* sobre la inoficiosidad pone de manifiesto que a su base subyacen concepciones innovadoras relativas tanto a la patria potestad como al parentesco civil agnaticio, ya que suponen el progresivo reconocimiento jurídico de los vínculos naturales de consanguinidad.

El lenguaje empleado por el legislador, al igual que ocurre con el de los juristas intérpretes, denota ya la admisión plena de la idea de equiparación entre los hijos, en el plano familiar y hereditario, y evidencia el tratamiento conjunto de la sucesión testamentaria materna y la del *paterfamilias*. Un ejemplo ilustrativo de este modo de proceder se encuentra en el principio según el cual esas *querellae* pueden ser ejercidas por el hijo o la hija contra los actos de disposición, a título lucrativo, del padre o de la madre y recíprocamente, aunque esta reciprocidad sea objeto de algunas matizaciones:

*Quamvis leges filiis, si praetermissi testamento fuerint, maiorem quam matribus agendi dederint potestatem, ut de inofficioso matris testamento proponat, id est, si quarta debita portio 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. Nam si mater contra testamentum filii, quod inofficiosum dixerit, agat, debet diligenter requiri, si contra filium mater nihil egisse probatur, aut si nullis insidiis vel publice vel secrete eum laedere fortasse temptaverit: ne forsitan consilium adversus filium inimicis suis, quod inpium est, auxiliumque praestiterit. Quod si factum non fuerit, potest remove praetermissa mater, quia ei quartam de rebus suis portionem filius non dimisit, quod filius fecerat testamentum...* (I. Th. 2, 19, 2).

La consolidación normativa del principio instaurador de una pluralidad de medios de impugnación de diferentes disposiciones lucrativas inoficiosas –no sólo las testamentarias– tiene consecuencias prácticas importantes; esto se evidencia en el hecho de que tales recursos complementarios van adquiriendo un claro carácter de remedio ordinario. En efecto, las reclamaciones correspondientes se circunscriben, cada vez más, a la obtención de la *portio debita* que corresponde al legitimario, siendo así eludida, en muchas ocasiones, la compleja problemática que plantea, en concreto, la declaración de nulidad del testamento. Las llamadas tendencias vulgarizadoras del Derecho oficial postclásico y altomedieval se encuentran asociadas a la crisis del antiguo modelo que se basaba exclusivamente en la anulación del testamento inoficioso.

A la base de esa crisis subyace, pues, el fenómeno de la pluralidad y complementariedad de las *querellae*, que deriva de la extensión de la inoficiosidad más allá de las disposiciones testamentarias, aunque, en realidad, su expresión más significativa viene dada por una decisión imperial del siglo IV, que pasará al C. Th. 2, 19, 4 y será conservada en el Breviario. Se trata de la sanción legal del *arbitrium boni viri*, que constituye un remedio alternativo de la acción de impugnación de la voluntad testamentaria, puesto que permite al legitimario obtener su *portio debita* sin recurrir al expediente de la nulidad que, en su caso, concluiría con la apertura de la sucesión ab *intestato*:

*Cum scribit moriens, ut arbitrato boni viri, si quid minus filiis sit relictum quam modus quartae, qui per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagitat, id ipsum ab herede iisdem in pecunia compleatur, manifestum est nullam iam prorsus nec super testamento nec super donationibus querellam remanere, praesertim cum universam eandem repellat et reprimat, quae ad pecuniam redigit, iusta taxatio (C. Th. 2, 19, 4).*

Este precedente legislativo, que ya desde el Derecho romano postclásico anticipa la instauración de la *actio ad supplendam legitimam* –por parte de los compiladores justinianos–, podría haber tenido su fundamento en las nuevas orientaciones que la jurisprudencia postclásica va a seguir a través de la reelaboración o interpretación de obras atribuidas a juristas clásicos. Se hace referencia aquí a la asimilación de la *quarta debita* de la *querella inofficiosi testamenti* a la *quarta* de la *lex Falcidia de legatis* que, en principio, sólo era una protección del heredero instituido frente a los legatarios.

Durante el período clásico, los recursos que concedía la *lex Falcidia*, sea cual fuere su alcance real efectivo, debieron diferir sustancialmente de la *querella* por razón de inoficiosidad. Mientras que con los primeros el heredero conseguía únicamente la reducción de los legados que excedieran los límites legalmente establecidos, la *querella* era dirigida frente al heredero por parte de los familiares más allegados al testador quienes, sintiéndose agraviados, pretendían la caída del testamento y la consiguiente apertura de la sucesión intestada.

En cualquier caso, la referencia analógica a la *quarta Falcidia*, a propósito del cómputo de la cuota que se debe a esos familiares más allegados, no es ajena a textos jurisprudenciales de origen clásico conservados en el Digesto; en particular, se trata de D. 5, 2, 8, 9 y 11, tomados de los Comentarios *ad Edictum* de Ulpiano, aunque parece que están expresando ya un planteamiento que los aleja definitivamente de su origen clásico, puesto que llevan implícita la idea de *portio debita* y muestran una clara tendencia restrictiva en cuanto a las posibilidades de instar la nulidad del testamento:

*Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, quum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est, nullum iudicium movere, quum debitam portionem et eius fructus habere possit; fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum. Ergo et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur post decenium restituere hereditatem, nihil habet, quod queratur; quoniam facile potest debitam portionem eiusque fructus medio tempore cogere (D. 5, 2, 8, 11).*

Es probable, pues, que desde el período final de la jurisprudencia clásica, se haya abierto una etapa de transición que dura hasta el siglo IV, coincidiendo con la sanción legal de las *querellae inofficiosae donotionis* e *inofficiosae dotis*, así como del *arbitrium boni viri*; la eficacia y naturaleza que van a caracterizar finalmente a estos modos de proceder les asemejan mas a los remedios de la *lex Falcidia* que al pretendido modelo clásico de inoficiosidad testamentaria.

El reconocimiento explícito de esa asimilación sólo va a quedar patente en textos como la *interpretatio* de las *Pauli Sententiae* que se ha conservado en la *lex Romana Visigothorum* y en el que se identifican las nociones de *portio debita* y *quarta Falcidia*:

*Quoties Falcidia filiis computanda est, de asse hereditatis primo loco defuncti debita detranhuntur et expensa, quae in funere eius praestita est. Sed et collatae libertates nihilominus debebuntur. Es sic liberis Falcidia, id est, unusquisque portionis quarta portio debetur (I. PS. 4, 5, 6).*

La diversidad de aspecto que pone de relieve el presente análisis de las orientaciones básicas del Derecho postclásico occidental, en materia de liberalidades *mortis causa*, confirma, una vez más, la certeza de que la compleja evolución de los institutos puede ser interpretada mediante determinadas claves hermenéuticas inspiradas en criterios de complementariedad. A través de ellas, se explica y justifica la relación dialéctica existente entre los procesos de continuidad y de innovación, en el sentido de que, a partir de unos presupuestos tradicionalmente asumidos, en cuanto vínculo de per-

manencia, han tenido lugar transformaciones radicales que incorporan nuevas exigencias y aspiraciones, latentes o explícitas, en el ámbito de la cultura y de la vida social.

El resultado último al que se enfrenta el intérprete aparece como una superposición de elementos contradictorios aunque, en realidad, es expresión de diversos intentos de hacer compatible la autoridad del pasado y las necesidades de la nueva praxis que se va imponiendo.

En efecto, la inoficiosidad del Derecho tardío evidencia la presencia de dos concepciones, claramente diferenciadas en el plano normativo e institucional, que dan vida a una de las figuras más complejas y significativas del ordenamiento jurídico teodosiano. Por un lado, está presente todavía la idea de inoficiosidad, asociada a las rigurosas consecuencias que lleva consigo la anulabilidad del testamento; de este modo la *querella inofficiosi testamenti* sigue siendo identificada con el régimen jurídico de una *querella nullitatis*, al igual que el *testamentum inofficiosum* constituye una hipótesis de testamento anulable. Pero, más allá de la pervivencia de este planteamiento, es preciso constatar la presencia de una *analogia iuris* que va a ser un elemento clave de la transformación de la institución, haciendo posible que ésta se adapte a las nuevas exigencias ético-jurídicas.

En virtud de esa analogía, el deber moral del *officium*, que era inicialmente causa de impugnación de la *voluntas testatoris*, pasa a ser cuantificado económicamente, de acuerdo con el modelo que había establecido la *lex Falcidia* en el ámbito de los legados. Sin perder totalmente su carácter tradicional, el *officium* es también un deber de entregar una porción de bienes determinada legalmente; al mismo tiempo, la llamada *querella nullitatis* testamentaria sólo puede ser considerada ya un recurso subsidiario, puesto que las otras *querellae* y el *arbitrium boni viri*, se conciben como medios ordinarios que, respetando la validez del testamento, se dirigen a la reducción proporcional de las disposiciones inoficiosas. Tal mecanismo corrector habría encontrado también su fuente de inspiración en la *lex Falcidia*.

Teniendo presentes estos criterios interpretativos a propósito del Derecho teodosiano que, por otro lado, va a pervivir en el Occidente medieval a través del Breviario, un estudio más abarcador de las concepciones jurídicas subyacentes a los procesos históricos lleva a la consideración de aquellos aspectos de las *leges barbarorum* que han surgido y evolucionado más en contacto con la influencia de las *leges romanae barbarorum*, en cuanto a la formación de la mentalidad jurídica posterior.

### **3.- Prevalencia de la *donatio mortis causa* del Derecho romano vulgar en los ordenamientos populares de base consuetudinaria inspirados en el principio de exclusión de la sucesión testamentaria.**

A partir de la presencia, latente o explícita, de las concepciones romanas de *testamentum* y de *donatio mortis causa*, la aceptación progresiva, en el ámbito germánico, de una cierta libertad de disponer para después de la muerte –aunque sólo sea en relación con una pequeña parte del patrimonio familiar–, así como la fijación legal de la correspondiente cuota de libre disposición (*Freiteil*), no habrían sido ajenas tampoco a la influencia de la doctrina eclesiástica altomedieval<sup>5</sup>.

En este contexto, ha tenido especial relevancia el hecho de que ya el *Codex Euricianus* tomara en consideración la facultad de disponer *mortis causa* mediante *donatio*, la cual queda configurada legalmente como acto que se puede ser revocado en cualquier momento y que se asimila al *testamentum*:

---

5. Se atribuye a textos de S. Agustín la inspiración básica del proceso de ruptura del principio germánico que negaba al cabeza de familia la facultad de disponer *mortis causa* (G. Vismara, *La successione volontaria nelle leggi barbariche*. Studi in onore di Arrigo Solmi, 2, Milán, 1940, p. 183 ss.).

*Res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis. Qui vero sub hac occasione largitur, ut post eius mortem ad illum, cui donaverit, res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi voluntatem suam, quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit (Codex Euricianus 308 = Lex Visig. 5, 2, 6).*

La presencia de la tradición viva del Derecho romano vulgar en las fuentes germánicas, se hace patente aquí, como ponen de manifiesto los paralelismos que pueden establecerse entre ese texto y la *Interpretatio Theodosiana* que figura en el Breviario:

*Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur.*

*Directa donatio est, ubi in praesenti res donata traditur. Mortis causa donatio est, ubi donator, dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat, scribens: si prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat, ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donatoris res donata perveniat. Quod si prius moriatur, cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris. Est et alia donatio, ubi donator obligat illum, cui donat, ut aliquid faciat autor non faciat, id est, si aliquid iubeat fieri, quod impossibile iudicetur, aut quod honestati contrarium videatur; aut si id ordinet fieri, quod honestum est et possit impleri: quia tunc infirmatur donatio, quando conditiones honestatis possibilis impletae non fuerit... (I. Th. en Breviario 8, 5, 1).*

De modo recíproco, el desplazamiento que sufre la institución testamentaria con respecto a la *donatio mortis causa*, en el marco del Derecho romano vulgar (*Vulgarrecht*), no puede ser entendido y valorado de otra manera que considerando la unidad interna del ordenamiento romano-germánico oficial, en el que concurre además un Derecho consuetudinario de origen popular (*Volksrecht*), cuya configuración sistemática y formulación legal son deudoras del Derecho romano y que, en definitiva, responde al espíritu que preside la formación del Derecho canónico medieval.

El régimen que, según los principios del Derecho vulgar, establece el *Codex Euricianus* en relación con los actos *mortis causa* no habría sufrido modificaciones importantes en las sucesivas revisiones de este Cuerpo legal hasta la redacción del *Liber iudiciorum*, por obra de Recesvinto. A este monarca se atribuye la formulación legal del principio de libertad de disponer en Derecho visigodo, la cual queda limitada a una porción determinada, a saber, la quinta parte de los bienes que el causante, puede dar por su alma a quien quisiere (L.V. 4, 2, 20).

A esta primera redacción del *Liber* que surge del Concilio VIII de Toledo se remontaría también la sanción legal de otro principio básico, el de irrevocabilidad de las donaciones dispuestas en favor de las instituciones eclesiásticas:

*Si famulorum meritis iuste compellimur debite compensare lucra mercedis, quanto iam copiosius pro remediis animarum divinis cultibus et terrena debemus impendere et impensa legum soliditate servare. Quapropter, quaecumque res sanctis Deis basilicis aut per principum aut per quorumlibet fidelium donationes conlate repperiuntus votive ac potentialiter, pro certo censetur, ut in earum iure irrevocabili modo legum eternitate firmentur (L.C. 5, 1, 1).*

La reforma de esta institución viene motivada por una preocupación exclusivamente religiosa que también habría estado a la base del carácter preponderante que fue adquiriendo la *donatio mortis causa* sobre el *testamentum*. Esta orientación se explicaría por el hecho de que, después de la unificación de las creencias religiosas que tiene lugar durante el siglo VII, las relaciones entre la Iglesia y el Estado visigodo van a ser muy intensas aunque, probablemente, sea exagerado hablar de una monarquía teocrática. Es cierto que los Obispos, desde los últimos tiempos del Imperio de Occidente, van adquiriendo una influencia creciente en el ámbito social, llegando incluso a ejercer una verdadera jurisdicción en causas no eclesiásticas y a formar parte del *Aula Regia*. En cualquier caso, se trata más bien de relaciones de colaboración entre la esfera civil y la eclesiástica, en cuanto a la consecución de unos mismos fines, que de la confusión de ambas potestades. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la precisa distinción formal que separa las leyes civiles de los cánones, a pesar de los puntos de contacto que existen entre ellos en diversas materias.



**4.- Proceso de asimilación del sistema de reserva germánica de los descendientes al de legítima romana de diversas categorías de parientes. Su culminación a través de las recepción de la *authentica de triente et semisse* así como de la Novela 115 sobre justas causas de desheredación.**

En el campo específico de las liberalidades *mortis causa*, es evidente que la *portio debita* romana, equivalente a la cuarta parte de los bienes hereditarios, y la reserva germánica de los cuatro quintos del patrimonio responden a criterios legislativos antitéticos. Esa *portio* es debida en virtud de un criterio de reciprocidad, esto es, que ha de ser entregada por el causante en tanto los familiares no hayan incurrido en una causa que justifique su desheredación. La reserva germánica, en cambio, indica la pertenencia a los descendientes de todo el patrimonio, a excepción de la cuota considerada de libre disposición.

La reserva goda, de base tradicional germano-canónica, tiene su fundamento legal originario en disposiciones que incluye el *Liber iudiciorum* y que se perpetúan a través del Fuero Juzgo. Así pues, se considera que los descendientes tienen derecho a obtener una porción de bienes que se eleva a los cuatro quintos de la herencia, aunque, en realidad, no se repartían proporcionalmente, puesto que el testador podía mejorar a los legitimarios que considerase oportuno hasta un valor que, por último, llegó a ser el tercio de esos bienes.

El hecho de que esta porción debida sea tan amplia es indicativo de la condición que todavía conservan tales descendientes, es decir, no tanto la de legitimarios como la de reservatarios; en cambio el mecanismo corrector que introducen las mejoras *–meliorandi voluntas–* supone ya una ruptura definitiva con la idea de que todos ellos son copropietarios, en idéntica proporción, del patrimonio familiar. Es también importante constatar que esa mejora que, en la edición del *Liber* de Recesvinto, queda limitada a una décima parte es ampliada posteriormente hasta el tercio, en la revisión de Ervigio.

La base textual legal de esta concepción denota ya cierta ambivalencia, atendiendo al criterio de la ubicación sistemática de las materias y a sus contenidos; en efecto, queda explícita, por un lado –en la rúbrica correspondiente– la pertenencia “por naturaleza” de los bienes a los descendientes, al mismo tiempo que el título de la ley excluye la posibilidad de que éstos sean desheredados; esto no obstante, la disposición legal admite ya algunos supuestos de desheredación, aunque sólo tengan un alcance muy restringido.

Se trata de L. V. 4, 5 *De naturalibus bonis, 1 De non exheredandis filiis; et quod iudicium ferant parentes de facultatibus suis:*

*... 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 elegisset in arbitrio suo consisteret, ista magis servetur a cunctis moderata censura que nec parentibus vel aviis adimatur iudicandi de rebus suis es totot licentia, nec filios aut nepotes a successiones avorum vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas. Igitur pater vel mater, avus aut avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino censuram, ut super tertiam partem rerum suarum melioratis filiis aut filiabus vel nepotibus atque neptis ex omnibus rebus suis nihil amplius inpendant neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit, eos legitimos filios vel nepotes non habere subprestes... Sane si filios sive 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...<sup>6</sup>*

6. El texto correspondiente del Fuero Juzgo es:

*... por ende tollemos la ley antigua que demandaba al padre y á la madre y al avuelo y al avuela dar su buena á los estrannos si quisies, y á la muier que fizies de sus arras lo que quisiese; é mandamos por esta ley que se deve guardar daquí adelante, que ni los padres ni los avuelos non puedan fazer de sus cosas lo que quisieren,*

En cuanto a las causas de desheredación de hijos o nietos, el precepto legal parece admitirlas sólo cuando se trata de faltas muy graves, siendo además posible que el padre les perdone y, en ese caso, conserven intactos sus derechos hereditarios.

*Exheredare autem filios aut nepotes licet pro levi culpa illicitum iam dictis parentibus erit, flagelandi tamen et corripiendi eos, quamdiu sunt in familia constituti, tam avo quam avie, seu patri quam matri potestas manebit. Nam si filius filiave, nepos vel neptis tam presumptuosi extiterint, ut avum suum vel 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 mamun etiam vel quocumque inhonesto casu abstrahere contumeliose praesumant, auto publice quodcumque crimen avo aut avie sive genitoribus suis obiciant: tales, si quidem manifeste convicti, et verberandi sunt ante iudicem quiquagenis 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, imploraverint, eosque in gratiam receperint paterna pietate aut rerum suarum successores instituerint, neque prohiberi ab eorum hereditate neque propter disciplinam, qua correpti sunt, infamiam poterint ullatenus sustinere (L.V. 4, 5, 1).*

Otro de los aspectos fundamentales que debe someterse a consideración es el del reconocimiento o exclusión de la legítima de los ascendientes. El hecho de que el sistema del *Liber* –al igual que ocurre con el del Fuero Juzgo y el Fuero Real– sólo contemple la comunidad familiar formada por los padres y descendientes y que, por tanto, no se considere a otros miembros de la familia herederos forzosos, constituye un dato muy significativo que confirma la interpretación según la cual el Derecho foral altomedieval sigue una orientación propia claramente diferenciada de la que caracteriza a la tradición romanística.

Así lo pone de manifiesto la libertad de disponer que se reconoce a quienes no tienen sucesores en línea descendente, ya que la herencia no corresponde, por naturaleza, a ningún otro pariente:

*Omnis ingenuus vir atque femina, sive nobilis seu inferior, qui filios vel nepotes aut pronepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quidquid voluerit indubitanter licentiam habebit; nec ab aliis quibuslibet proximis, ex superiori vel ex transverso venientibus, poterit ordinatio eius in quocumque convelli; quia recta linea decurrens non habet originem, que cum successiones nature hereditatem possit accipere. Ex intestato autem iuxta legum ordinem debitam sibi hereditare poterunt iure successionem (L.V. 4, 2, 21).*

En suma, las claves hermenéuticas que permite constatar la exposición que antecede no habrían excluido la influencia que, en el plano doctrinal, han ejercido las concepciones e institutos romanos en cuanto elementos decisivos de transformación de la reserva germánica en un nuevo sistema de legítimas. De este modo, durante la Edad Media se irá configurando la distinción que, finalmente, se establece entre las legítimas goda y romana y que, a su vez, tendrá importantes consecuencias en la aplicación del Derecho hereditario.

Esto supuesto, el Derecho romano de la Recepción que va a elaborar la doctrina medieval del *ius commune* tiene su fundamento normativo en las disposiciones reformadoras, promulgadas con posterioridad al *Codex Iustinianus* y tendentes a armonizar y reordenar los criterios básicos vigentes en esta materia.

---

*ni los fijos ni los nietos non sean deseredados de la buena de los padres y de los avuelos. Onde mandamos que si el padre ó la madre, el avuelo ó la avuela quisier mejorar á algunos de los fijos ó de los nietos de su buena, fuera si non oviere fijos ó nietos, en tal manera que si el padre ó la madre, ó el avuelo ó el avuela daquella tercia parte de sus cosas diere alguna cosa á los fijos ó á los nietos specielmente, aquello será estable cuemo le fuera mandado; ni el fijo ni la fija, ni el nieto lo que oviere daquella tercia non puede ende fazer nenguna cosa, si, non lo que mandó el padre ó el avuelo. E si aquel que á fijos ó nietos, si quisiere dar á la iglesia ó á otros logares, de su buena puede dar la quinta parte de lo que ovier sin aquella tercia...*

Frente a la *quarta hereditatis* del *Codex Theodosianus* y del propio *Codex Iustinianus*, la *authentica de tiente et semisse*, 1 (Nov. 18, 1) aumenta la cuantía de la legítima a un tercio cuando concurren cuatro hijos e menos, o a la mitad, si fueran cinco o más. La redacción de la Novela, que no expresa si el aumento queda restringido a los descendientes o si, en su caso, debe aplicarse también en favor de ascendientes o hermanos, ha dado lugar, lógicamente, a interpretaciones contrapuestas. Tampoco resuelve el problema del reparto de la legítima cuando concurren, junto a los hijos del causante, descendientes de alguno de éstos ya fallecido.

Lo cierto es que un extracto de esa Novela 18 –en su versión auténtica medieval– será incluido en el *Codex*, probablemente por los juristas glosadores, junto a la constitución antigua que había resultado reformada:

*Novissima lege cautum est, ut, si quatuor sint filii vel pauciores, ex substantia deficientis triens, si plures sint, semis debeatur eis quoque relictis titulo, ex aequo scilicet inter eos dividendus, cuius portionis nec usufructu defraudari liberi a parentibus possunt.*

Al mismo tiempo, el Derecho de las Novelas, que será objeto de la recepción, va más allá de las nociones de *praeteritio* y *exhereditio*, cuya apreciación había quedado al arbitrio judicial y siempre que, a instancia del propio legitimario interesado, se demostrara la falta de una justa causa para desheredar o preterir. Se invierte, pues, el modo de aplicación de estos criterios normativos, ya que ahora se impone al testador el deber de insertar en su *testamentum* la causa de preterición o desheredación de los descendientes o, en su caso, los ascendientes.

Esta posibilidad queda reducida a las justas causas preestablecidas legalmente: catorce para la legítima de los descendientes (entre ellas, la ofensa grave y la injuria) y ocho para los ascendientes. Se impone también la necesidad de que esa justa causa sea probada, razón por la cual puede entenderse que, mientras esa prueba no tenga lugar, se presume la inocencia del legitimario.

Causas de la desheredación legalmente tasadas, inversión de la carga de la prueba en favor del legitimario y reconocimiento recíproco de los derechos de los descendientes con respecto a los ascendientes, y a la inversa –sin discriminación por razón de sexo–, son, pues, las aportaciones del Derecho novísimo, en el que prevalece definitivamente el vínculo de consanguinidad familiar:

*...sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quambilet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aparte declaratas invenimus, quarum aliquae vero, quum essent dignae, praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae huius constitutionis serie continentur..* (Nov. 115, cap. 3 pr.).

El fenómeno de la recepción, en el ámbito de los ordenamientos particulares, de los contenidos doctrinales que incorporan tanto esa *authentica* como la Novela 115 no supone la superación completa de la tradición occidental del Derecho romano y germánico sino que, probablemente, facilitará una nueva síntesis de elementos que, en su origen, aparecerían contrapuestos. Un ejemplo ilustrativo de este planteamiento se encuentra en la evolución histórica del Derecho hereditario catalán.

##### **5.- Las legítimas goda, justiniana y antejustiniana en la tradición jurídica catalana, caracterizada por el arraigo consuetudinario de los heretaments.**

Desde la Alta Edad Media, la evolución de la reserva hacia la legítima en el Derecho histórico catalán se inicia con una primera época en la que habría prevalecido el sistema de comunidad familiar, según el cual el patrimonio hereditario se consideraba vinculado a los miembros de la familia

que sobrevivían al padre. En este contexto, la continuidad del *Liber iudiciorum* suponía que se podía disponer *mortis causa* de la quinta parte de la herencia, perteneciendo el resto a los hijos, aunque era posible mejorar –hasta un tercio de los bienes– a cualquiera de éstos que el disponente quisiera favorecer.

A partir del siglo XI, aunque la ley goda pervive en algunos lugares, se va introduciendo por la costumbre la legítima justiniana; esto ocurre, por ejemplo, en Lérida como pone de manifiesto la rúbrica 155 de sus Costumbres, o también en Tortosa, cuyas Costumbres siguen la ley romana del tercio y mitad (c. de T. 6, 4, 22).

Posteriormente, una ley de 1333, con la finalidad de adaptar el Derecho a las nuevas circunstancias históricas, suprime la legítima goda en Cataluña, prevaleciendo de este modo la de origen justiniano:

*Fem edicte, e ordenam que en aquells Locs en los quals en comptar la legittima la Ley Gotica fins ara es observada, aquella foragitada, sie observada de aquí avant la Ley romana. E aquestas cosas volem esser servadas en las successions de aquellas personas qui de aqui avant morram* (Constitucions i altres Drets de Catalunya V. 3, 6, 1).

Ahora bien, poco tiempo después una Pragmática de Pedro III instaurada en la ciudad de Barcelona la legítima de la cuarta parte de la herencia (C. de C. V. 2, 6, 3, 1). La decisión se toma a instancia de personalidades relevantes que habían suplicado que se modificase la costumbre contenida en el *Recognoverunt proceres* –basada en la ley goda–, alegando que era muy elevada y reducía las herencias de los ciudadanos.

Esa legítima romana de origen antejustiniano se irá extendiendo progresivamente al resto de Cataluña y acabará convirtiéndose en norma general por ley de 1585. Se trata de una porción hereditaria que procede del Derecho teodosiano del Breviario de Alarico, aunque no sea asumida por el *ius commune* de la recepción europea, pero que arraigará aquí, en cuanto permite la conservación y consolidación del patrimonio familiar:

*Zelant la conservatio de las Casas principals, estatuim, i ordenam ab consentiment de la present Cort, que la Legitima pera tots los Fills, i Fillas, encara que sien major numero de quatre, no sie sino la quarta part dels bens del Defunct, de la successio del qual se tractara en respecte de las Legitimas, y que aço sie servat en tot lo Principat de Cathalunya, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, encara que fins aci sols per Privilegi, o Ley Local se servas en Barcelona solament, y que aço haja loc tant en la Legitima dels descendents, com dels ascendentes, revocant qualselvo Ley, o consuetut, y observança que en contrari fins aci en qualselvo part de dits Principat, y Contats hi haja aguda y observada...* (C. de C.V. 1, 6, 5, 2).

A lo largo de esta evolución de la legítima en Cataluña –en cuyo Derecho sucesorio tiende a imponerse el principio de estabilidad del patrimonio familiar–, está presente la difusión que tradicionalmente ha alcanzado la institución familiar y hereditaria del *heretament*, cuyo desarrollo histórico se halla estrechamente vinculado al fideicomiso de familia.

Uno de los tipos de *heretament* más difundidos es el que otorgan los padres en favor del hijo que se casa, haciéndolo constar en las capitulaciones matrimoniales. Esta disposición se considera irrevocable, aunque sólo sea efectiva después de la muerte del otorgante.

Se ha constatado, asimismo, la frecuencia con que los padres han venido disponiendo según este criterio, no sólo en favor de los hijos sino también de los descendientes de éstos, en cuyos casos resultarían aplicables las normas de la sustitución fideicomisaria. En efecto, del fideicomiso familiar ya hay constancia en Cataluña a partir del siglo XII; finalmente, es importante subrayar que, de acuerdo con el Derecho romano de la recepción, el *fideicommissum* no podía prolongarse más allá de la cuarta generación (Novela 159).

## 6.- Prevalencia de la legítima visigoda de los descendientes sobre la justiniana del *ius commune* y arraigo de las vinculaciones hereditarias en Castilla.

Al igual que sucede en las primeras etapas de la evolución de la legítima en Cataluña, la tradición germánica del *Liber Iudicioru* (*Ley 1, tit. 5, lib. 4*) va a pervivir también en Castilla a través del *Fuero Juzgo*. De este modo, la legítima de los descendientes comprende los cuatro quintos de la herencia, que no se repartían proporcionalmente, puesto que el testador podía mejorar a los legitimarios que considerase oportuno hasta un valor equivalente al tercio de los bienes.

*FUERZO JUZGO 4, 5. De los bienes que pertenecen por natura, 1. Que los filios ni los nietos non deven ser desheredados:*

*“... por ende tollemos la ley antigua que demandaba al padre y á la madre y al avuelo y al avuela dar su buena á los estrannos si quisies, y á la muier que fizies de sus arras lo que quisiese; é mandamos por sta ley, que se deve guardar daqui adelante, que ni los padres ni los avuelos non puedan fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los filios ni los nietos non sean deseredados de la buena de los padres y de los avuelos. Ondemandamos que si el padre ó la madre, el avuelo ó la avuela quisier mejorar á alguno de los filios ó de los nietos de su buena, non les puede dar mas de la tercia parte de sus cosas de meioría; ni pueda dar á omne estranno de su, fuera si non oviere filios ó nietos, en tal manera que si el padre ó la madre, ó el avuelo ó el avuela daquella tercia parte de sus cosas diere alguna cosa á los filios ó á los nietos specialmente, aquello será estable cuemo le fuere mandado; ni el fiio ni la fiia, ni el nieto lo que oviere daquella tercia non puede ende fazer nenguna cosa, si, non lo que mandó el padre ó el avuelo. E si aquel que a fiios o nietos, si quisiere dar á la elesia ó á otros logares, de su buena puede dar la quinta parte de lo que ovier sin aquella tercia...”*

De acuerdo con la orientación del *Fuero Juzgo*, en dos leyes del *Fuero Real* se hace referencia a la quinta parte del patrimonio como límite de la facultad de disponer; una limita las disposiciones *mortis causa* y la otra las donaciones *inter vivos*. Los textos son los siguientes:

*FUERO REAL, ley 9, tit. 5, lib. 3:*

*“Ningun ome que oviere hijos o nietos, o dent ayuso que hayan derecho de heredar, non pueda mandar nin dar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes”.*

*FUERO REAL, ley 7, tit. 12:*

*“Otrosí, mandamos que si alguno ficiere donacion de todo lo que hoviere, maguer que no haya hijos, no vala: é si hijos hoviere, ó nietos, ó dende ayuso, no pueda dar más de su quinto: é si por ventura mas diere, la donacion no vala en aquello que es demas, é vala en aquello que puede dar”.*

Partiendo de esa dualidad legislativa, algunos intérpretes creyeron que el padre podía disponer de un quinto en vida de otro en su testamento y, en consecuencia, consideraban duplicada la cuota de la que el padre podía disponer libremente.

Este criterio interpretativo fue rechazado por la *Ley 28 de Toro* (*Novísima Recopilación 10, 20, 8*), que sancionaba la legítima de la tradición goda, concediéndole carácter prevalente sobre la legítima romana, a pesar de la autoridad del Código de las Partidas.

El texto de esa Ley es el siguiente:

*“La ley del Fuero que permite que el que tuviere hijo ó descendiente legitimo pueda hacer donacion fasta la quinta parte de sus bienes é no mas, é la otra ley del Fuero que assi mesmo permite, que puedan mandar teniendo hijos ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda é platique que por virtud de la una ley é de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre á ninguno de sus hijos no descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida é en muerte”.*

Así pues, en el Derecho histórico castellano van a coexistir dos regulaciones de la legítima de los descendientes; por un lado, la de origen germánico, que prevalece tras las Leyes de Toro y, por otro, la que procede de la recepción del *ius commune* romano-justiniano que reproducen las Partidas:

*PARTIDAS 6, 1, 17:*

*“... E a esta parte legitima, dizen en latin, parte debita iure nature (...) E la legitima parte que deuen auer los fijos es esta, que si fueren quatro o dende ayuso, deuen auer de las tres partes la una, de todos los bienes de aquel a quien heredan. E si fueren cinco o mas, deuen auer la meytad, e por esso es llamada esta parte legitima, porque la otorga la ley a los fijos, e deuden la auer libre: e quita sin embargo, e sin agrauamiento, e sin ninguna condición...”*

Las citas textuales a que se está haciendo referencia, a propósito de la evolución del Derecho castellano en esta materia, se completan con las relativas al fideicomiso familiar y a las vinculaciones de bienes que adquirieron notorio arraigo en Castilla a lo largo de la Edad Moderna.

En efecto, la realidad histórica moderna –tanto por la nueva concepción de la Monarquía y de su sistema sucesorio como por la necesidad de garantizar la estabilidad de los patrimonios familiares, tras el período de la Reconquista– va a tener su reflejo en el ámbito jurídico. En este sentido, la sanción legal de las nuevas orientaciones permitirá, entre otras cosas, las vinculaciones hereditarias, incluso con carácter perpetuo, yendo más allá de las limitaciones del Derecho romano.

*Ley 27 de Toro (Nov. Recopilación 10, 6, 11):*

*“Mandamos, que cuando el padre ó la madre, mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra cualquiera última voluntad, ó por contrato entre vivos, que le pueda poner el gravámen que quisiere, así de restitución como de fideicomiso, é facer en el dicho tercio los vinculos é submissiones é substituciones que quisieren, con tanto que lo fagan entre sus descendientes legítimos, é á falta de ellos que lo pueden facer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes, é á falta de los susodichos puedan hacer las dichas submissiones entre sus parientes, é á falta de parientes entre los estraños, é que de otra manera no pueden poner gravámen alguno, ni condicion en el dicho tercio: los cuales dichos vinculos é submissiones, ora se fagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto, mandamos que valan para siempre ó por el tiempo que el testador declare, sin facer diferencia de cuarta ni de quinta generación”.*

En cualquier caso, es innegable el carácter integrador del *fideicommissum familiae relictum* del Derecho romano en nuevas instituciones que –como el mayorazgo– responde a su mismo planteamiento jurídico. Juan Sala en su obra *“Ilustración del Derecho real de España”*, afirma al respecto:

*“Es celebrérismo en España el asunto de los mayorazgos, por los muchos que hay, y las gravísimas questões que sobre ellos se suscitan y ocupan tanto á los tribunales, aunque en el día está cortada la libertad de fundarlos (...). Los romanos no los conocieron; pero tuvieron fideicomisos familiares que se les asemejan lo bastante, aunque no dexan de diferenciarse en algo; y por esta semejanza, quando nuestros Autores mayorazguistas se ven apurados en la questões que tratan, sin poder apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias, se acogen á las Romanas que hablan de los fideicomisos” (p. 202).*

## **7.- Continuidad y presencia de la tradición romanista en el derecho vigente.**

En relación con el tema planteado es posible constatar la pervivencia de elementos romanos en los ordenamientos jurídicos actuales, sobre todo en los llamados Derechos civiles especiales y forales.

A propósito de la prohibición hereditaria de enajenar en las sustituciones fideicomisarias, el Derecho foral navarro, por ejemplo, va más allá del criterio restrictivo del Código civil ya que, man-

teniendo la tradición romanista de la *Novela 159* de Justiniano, limita sólo el fideicomiso familiar hasta la cuarta generación.

La *Compilación de Derecho civil foral de Navarra* de 1973, regula las sustituciones a través de las leyes 220 a 239, quedando la sustitución fideicomisaria en la Ley 224, estableciendo:

*“Concepto: El disponente puede ordenar que se transmitan uno o sucesivas fideicomisarios, en el tiempo y forma que señale, los bienes que de él haya recibido el difuciarario.*

*Límite: No existirá limitación de número en los llamamientos de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan o al menos estén concebidas al tiempo en que el primer fiduciario adquiera los bienes. Las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento; en los que excedan de ese límite se entenderán por no hechas”.*

La codificación civil, de acuerdo con orientación básica contraria a las vinculaciones, las suprime, o limita claramente su alcance y duración. El precepto del Código Civil español sobre esta materia establece el límite del segundo grado:

*Código civil, art. 781:*

*“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.*

La interpretación de ese precepto ha dividido a los autores; unos defiende un criterio restrictivo, en el sentido de que no puede prolongarse más allá del segundo grado de parentesco del testador, mientras que otros entienden que el Código permite dos llamamientos sucesivos, aunque se supere ese grado de parentesco. El problema tiene su base en la expresión **segundo grado**, pues para el primer grupo se debe interpretar como **segunda generación** (ya que se apoyan en el art. 915 del C. c. según el cual cada generación forma un grado), mientras que para el segundo grupo de autores debe entenderse como **llamamiento**.

La jurisprudencia, de acuerdo con la tradición, ha aplicado la “interpretación extensiva” estimando que segundo grado debe entenderse como segundo llamamiento, por tanto, la prohibición se dirige a la existencia de más de dos sustituciones.

La sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil del T.S., de 23 de junio de 1940, es determinante: Se trata de un recurso de casación por infracción de Ley, procedente de juicio de mayor cuantía seguido sobre nulidad de cláusulas testamentarias y otros extremos:

*“Considerando: Que el presente recurso ofrece como tema principal de discusión al alcance e interpretación de las palabras “que no pasen del segundo grado”, que como requisito para la validez de las sustituciones fideicomisarias figura en el artículo 781 del C. c.; expresión respecto de la cual el Tribunal de instancia ha resuelto apreciando que “grado” en este precepto se refiere a sustitución o llamamiento, mientras que las recurrentes afirman que se trata de grado de parentesco...*

*Considerando: Que la tradición jurídica viene dando a la palabra “grado” el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones; la “Institura» –pr. del título 15, libro 2–; no menos que el Digesto –pr. del primer fragmento del título 6, libro 28–, y la Ley primera tit. 5 de la Partida 6ª, libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto del C. civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña donde, refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones “de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad”; sin que existe una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de “llamamiento”...*

*Considerando:...y como el referir “grado” a “parentesco” lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación del artículo 781, haciéndola casi ilusoria, lo cual es*

*inadmisible por absurdo, se impone adoptar la norma de hermenéutica que aconseja atender a la conexión de las diversas partes de la Ley... entendiendo que son **grados de sustitución***".

Por lo que se refiere a la cuantía de la porción asignada a los legitimarios, el Dret civil de Catalunya mantiene un criterio diferente del que establece el Código civil, como se aprecia en los textos siguientes:

*Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña de 1991, art. 355: "El importe de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas:..."*

*Código civil, art. 808:*

*"Constituye la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.*

*Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.*

*La tercera parte restante será de libre disposición".*

Este precepto de nuestro Código civil procede del artículo 793, apartado primero, del Anteproyecto de 1882-1888, que había sido redactado por la Comisión General de Códigos de acuerdo con la propuesta de Augusto Comas (Cf. ALONSO MARTINEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1947, pp. 146 ss). El Proyecto de 1651, en su artículo 642, mantenía la legítima de los *cuatro quintos* (tradicional en Castilla desde el *Fuero Juzgo*), y preveía una reducción a los *dos tercios* cuando quedaba un solo hijo descendiente.

La legítima del *ius commune*, a pesar de su escasa relevancia práctica en el ámbito hispánico, tampoco ha desaparecido del Derecho vigente, como pone de manifiesto la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares de 1990:

*Art. 42 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares: "Constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número".*

Distinguiendo claramente la *cuarta Falcidia* de la *portio legítima*.