

# **HISTORIA DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL**



M.<sup>a</sup> LUISA MARÍN PADILLA

Profesora titular de Derecho Civil  
Facultad de Derecho de Zaragoza

# HISTORIA DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

Zaragoza, 1992

© MARÍA LUISA MARÍN PADILLA

Edita: María Luisa Marín Padilla  
C/ Madre Vedruna, 24, 1.º  
50008 ZARAGOZA

Distribuido por: LIBRERÍA PONS

I.S.B.N.: 84-604-4613-1

Depósito Legal: Z. 2659-92

Imprime: Cometa, S. A. - Ctra. Castellón, Km. 3,400 - Zaragoza, 1992

Ilustración de la portada: Alfonso III el Magno y su mujer, doña Jimena,  
con el obispo de Oviedo. Libro de los Testamentos. Catedral  
de Oviedo. (Foto Oronoz).

*A mi familia*



## INTRODUCCIÓN

El origen de éste, mi tercer trabajo de investigación fue el encargo que me hizo el profesor Lacruz Berdejo de que hiciera el comentario del art. 89 de la Compilación aragonesa, que debía aparecer en el tercer tomo de los Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, que él dirigía.

Cuando empecé a estudiar este artículo, me atrajo particularmente la atención la delación hereditaria contractual que, por primera vez, aparecía recogida con carácter general y a la vez, por primera vez también, se le dedicaba un capítulo entero en la Compilación aragonesa.

No me cabía la menor duda del interés que despertaría esta nueva regulación de la sucesión por pacto y de los estudios que, sin lugar a dudas, irían apareciendo, siendo consciente, además, de que los futuros trabajos de investigación sobre los pactos sucesorios tendrían, inevitablemente, que trascender del ámbito puramente regional, ya que la reciente Ley de 24 de diciembre de 1981, n.º 49/81, «Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores» los había regulado y acogido ampliamente.

Con la idea del resurgimiento probable de nuevos estudios sobre la sucesión contractual y su función en las pequeñas explotaciones familiares agrarias, empecé a estudiar detenidamente lo que se había escrito sobre pactos sucesorios y, poco a poco, me fui dando cuenta de que su historia estaba poco investigada en España, siendo esta investigación histórica tan importante para un exacto conocimiento de ellos.

La falta de estudios históricos sobre los pactos sucesorios de los juristas españoles y el poco conocimiento sobre lo que fueron, había

dado lugar, según mi parecer, a una especie de leyenda negra de ellos, pues estudiando éstos, a veces, desde una perspectiva llena de prejuicios, eran innumerables los males que, se decía, acarrearón en el pasado y seguirían acarrearando en el futuro, idea ésta que, hay que decirlo, felizmente ya no tiene partidarios en la doctrina actual.

Tampoco podía aceptarse hoy día, dado el estado actual de las investigaciones históricas, la idea o expresión, demasiado simple, de que el Derecho romano había rechazado tajantemente y prohibido los pactos sucesorios, mientras que el llamado Derecho germánico, por el contrario, los había aceptado ampliamente.

Eran muchas las lagunas que sobre la historia de los pactos sucesorios existían, así que me propuse averiguar su origen; dónde surgieron; en qué circunstancias se celebraron; a qué necesidades respondieron; en qué instituciones se regularon; en cuáles se celebraron con más frecuencia; si era verdad o no que el Derecho romano los prohibió; qué se entiende por esa expresión de «Derecho germánico» etc. Para contestar a éstas y otras preguntas no tenía más que un camino: acudir a los comentarios del Código, Digesto, Instituta y Novelas de Justiniano, hechos por los juristas del Derecho común, y a los tratados que se hubieran escrito sobre los pactos sucesorios, o sobre instituciones en las que éstos aparecían, por los mismos juristas, intentando, a través de ellos, rastrear y extraer noticias sobre el pasado histórico de los pactos sucesorios.

En esta labor, para mí familiar, he tenido la suerte de contar con muchas obras de juristas del Derecho común que se encuentran en la Biblioteca Nacional, en la Biblioteca Universitaria de Zaragoza y en la Biblioteca Diocesana, además de con los ejemplares, pocos, que se encuentran en las Áreas de Derecho civil, Historia del Derecho, Derecho romano y canónico de esta Facultad de Derecho de Zaragoza.

El resultado de esta investigación es lo que presento ahora en este libro que espero contribuya, por lo menos, a hacer desaparecer, los últimos vestigios de esa leyenda negra que sobre los pactos sucesorios se ha tenido y espero no vuelva a tenerse más.



## CAPÍTULO I

### LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO VULGAR

Antes de adentrarnos en el estudio de la sucesión contractual en el Derecho romano vulgar, es necesario que me refiera antes, aunque sea brevemente, a los pactos sucesorios en los antiguos Derechos orientales, ya que por influencia de estos Derechos, sobre todo a partir de la Constitución Antoniana, el Derecho romano vulgar fue aceptando unas veces y rechazando otras, supuestos concretos de pactos sucesorios, hasta acabar por ser aceptados y sancionados como válidos, con carácter general, por Justiniano en los años 528 y 531, en las leyes *Scrupulosam* y *Quum et stipulationes*, respectivamente, y en la ley *De quaestione*, del año 531, bajo determinadas condiciones. Pero no adelantemos nada y empecemos por los pactos sucesorios en los antiguos Derechos orientales.

#### I. LOS PACTOS SUCESORIOS EN LOS ANTIGUOS DERECHOS ORIENTALES

En los antiguos Derechos orientales los pactos sucesorios constituyeron el modo normal de disponer de los bienes, pues conocían junto a una delación legal, una delación contractual. El testamento fue una institución típicamente romana, que no se encuentra en ninguna de las instituciones jurídicas de ningún otro pueblo de la antigüedad. En Babilonia, Asiria, Grecia y Egipto se recurría, para disponer de los

propios bienes a una serie de actos jurídicos que, de ninguna manera, pueden calificarse más que de pactos sucesorios o convenciones sucesorias. Veamos esto, en primer lugar, en el Derecho hebreo.

### A.—Derecho hebreo.

En el sistema jurídico hebreo no existió ningún instituto que se pudiera asemejar al testamento, desconociéndose así en la legislación mosaica el sistema sucesorio testamentario<sup>1</sup>.

Los mismos juristas del Derecho común suelen mencionar algunos pasajes de la Biblia para demostrar la antigüedad de los pactos sucesorios y su validez. Así, suelen citar los siguientes pasajes y pactos sucesorios.

En el Libro de Tobías se dice: «Y Raquel juramentó a Tobías, que se detendría con él dos semanas. Y de todo lo que poseía Raquel dio la mitad a Tobías, e hizo una escritura, de que la otra mitad que le quedaba, pasaría al dominio de Tobías, después de la muerte de ella<sup>2</sup>.

En el Libro de los Reyes se dice: «Y Adonías, hijo de Haggith y de David, se levantó diciendo: Yo reinaré. Y hizo carros, y tomó gente de a caballo y cincuenta hombres, que corriesen delante de él». Cuando se le comunicó esto a Bethsabé, madre de Salomón, Nathan le dijo que fuera y le dijera a David: «¿No me juraste tú, Señor mi rey, a mí tu sierva, diciendo: Salomón, tu hijo reinará después de mí y él se sentará en mi trono? ¿Pues cómo es que reina Adonías?». Llamó el Rey David a Sadoc el sacerdote, a Nathan el profeta, y a Banaías, hijo de Joíada, y les dijo: «Tomad con vosotros los criados de vuestro señor y poner a mi hijo Salomón a caballo sobre mi mula, y conducidlo a Gihon» «E únjalo allí Sadoc el sacerdote y Nathan el profeta, rey de Israel: y tocaréis la trompeta y diréis: Viva el rey Salomón»<sup>3</sup>.

El otro ejemplo de pacto sucesorio que los juristas del Derecho común suelen siempre citar, se encuentra en el Génesis y se trata de la conocida venta del derecho de primogenitura de Esaú por un plato de

---

<sup>1</sup> VOLTERRA, E., *Diritto romano e Diritti orientali* (Bologna, 1937), pág. 158.

<sup>2</sup> LIBRO DE TOBIAS, cap. 8, vers. 23-24.

<sup>3</sup> LIBRO TERCERO DE LOS REYES, cap. 1, vers. 5, 13, 32 y 33-34.

lentejas. Este supuesto, suelen decir, es *hoc et successionem in bonis paternis, vivo patre*. Así se escribió el conocido pacto entre Esaú y Jacob: «Jacob le respondió: Véndeme tu primogenitura»; «El respondió: Ves que me estoy muriendo, ¿de qué me servirá la primogenitura?»; «Jacob dijo: Pues júramelo. Esaú se lo juró, y vendióle su primogenitura»<sup>4</sup>.

En los textos bíblicos, dice Bonfante<sup>5</sup> se habla de un testamento de Dios con Noé, con Abraham, con Jacob, con Moisés; de un testamento de amistad de Jonathás con David; de un testamento de paz; de un testamento concluido con el ejército enemigo; de la tierra prometida por Dios al pueblo elegido por testamento, etc.

El testamento era desconocido en el Derecho hebreo y nada mejor para reafirmarlo que el testimonio de San Isidoro de Sevilla (Etimologías. Libro V, cap. 24, n.º 2 y 3). Dice San Isidoro refiriéndose a la voz *testamentum*. «Se llama así, dice, porque hasta que el testador no muere (*testator mortuus*) no se confirma, ni se sabe lo que hay escrito; porque está cerrado y sellado, y por esto se llama testamento, que no vale sino después de la muerte del testador, según dice el Apóstol (Hebr. 9, 17): *testamentum in mortuis confirmatur*.

Con el nombre de testamento en las Sagradas Escrituras se entiende no sólo esto que se ha dicho, que no vale sino muerto el testador, sino también todo pacto o voluntad; pues Labán y Jacob hicieron testamento, esto es, pacto que tenía valor entre vivos; y en los Salmos se lee (Ps. 82, v. 6): *adversum te testamentum disposuerunt* (hicieron contra tí un testamento)»; es decir, un pacto. Y otros muchos ejemplos.

## B. — Código de Hammurabi.

El Código de Hammurabi, el *corpus* legislativo más célebre del mundo antiguo oriental y aún de toda la antigüedad (sólo superado en extensión por el Código de Justiniano), descubierto en 1901 en la localidad de Susa (Irán) por una misión arqueológica francesa dirigida

<sup>4</sup>GÉNESIS, cap. 25, vers. 31-33.

<sup>5</sup>BONFANTE, P., *La διαθήκη helénica y la «donatio mortis causa»* (Torino, 1926). *Scritti giuridici varii*, vol. I, pág. 423.

por J. de Morgan, ha demostrado que se desconocía el testamento y que la manera de disponer de los bienes era a través de actos o negocios *inter vivos*. Así Cup<sup>6</sup> decía que la institución de heredero se cumplía perfectamente mediante un contrato entre vivos, de la siguiente manera: 1.º el disponente confería a una persona el título de heredero y a esta declaración se añadía una relación de los bienes que poseía y que transmitía durante su vida al designado heredero. 2.º el designado se obligaba, por su parte, a honrar al disponente y a proveer a todas sus necesidades durante su vida o a constituir una renta vitalicia anual a favor del disponente. De esta manera, estos actos entre vivos cumplían la misma función que el testamento.

Contiene el Código de Hammurabi 282 párrafos, y durante casi 14 siglos la humanidad se vio regida jurídicamente, de un modo más o menos directo, por lo que había codificado el rey babilónico. Representa esta antiquísima legislación una alta civilización y su influencia pervivió hasta la época romana, reflejándose muchos de sus postulados legales de modo clarísimo en la Ley de las XII Tablas<sup>7</sup>.

El matrimonio tenía un carácter evidentemente contractual. Su iniciativa correspondía al padre del novio, quien en todo momento llevaba el peso de la gestión. Establecido el acuerdo matrimonial con la familia de la novia, el novio debía de entregar a su futuro suegro un regalo, *tirhatum*, que solía ir acompañado de un obsequio de esponsales, *biblum*, cuyo valor era tenido en cuenta por la «casa del padre» de la novia a la hora de entregarle la preceptiva dote o *sheriptum*, cuya propiedad conservaría siempre la mujer y que transmitiría a sus hijos. Tras ello se procedía a redactar el contrato, *riksatum*, que atribuía carácter legal al matrimonio. Dice así el § 128: «Si un Señor toma una esposa, pero no extiende su contrato, esa mujer no es (su) esposa»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup>CUP. citado por Volterra, E., *ob. cit.*, pág. 153.

<sup>7</sup>LARA PEINADO, F., *Código de Hammurabi* (Madrid, 1982), págs. 19 y 39.

BONFANTE, P., *Il Codice di Hammurabi e le XII Tavole. Melanges de Droit romain dédiés a Conil*, T. I, págs. 121-128.

VOLTERRA, E., *ob. cit.*, pág. 46.

<sup>8</sup>LARA PEINADO, F., *ob. cit.*, pág. 57.

Según Vismara<sup>9</sup> los pactos nupciales contenían, ya desde al más antiguo Derecho babilónico, disposiciones sucesorias bajo la forma de regulación de los derechos sucesorios, para después de la muerte del padre, entre los hijos de la primera y segunda mujer o también como disposiciones que constituyen una posición de privilegio de los hijos varones frente a las hijas.

Las hijas no tenían el carácter legal de herederas, puesto que el patrimonio era propiedad exclusiva de los varones. Éstas recibían usualmente parte variable de la herencia en usufructo, parte siempre inferior a la de los hermanos, a quienes en última instancia les revierte si la hermana ingresara en el cuerpo sacerdotal o hubiera contraído matrimonio y muriera sin hijos, realizándose así una propia y verdadera sustitución del beneficiado<sup>10</sup>. En realidad, la dote venía a constituir un adelanto de la herencia de la hija sobre los bienes paternos. La dote o *sheriptum* era una costumbre, si no obligatoria, sí habitual (§§ 137-142, 146, 162-164, 171-174). La Biblia alude también a la dote de las esposas (Génesis, vers. 31, 14-16).

Si a la hija no se la dotaba, tenía derecho a parte de la herencia, § 180: «Si el padre no entrega una dote a su hija ,(que es) una sacerdotisa reclusa en el claustro, o hieródula, después que el padre haya muerto, de la herencia paterna recibirá una porción como (la de) un hijo heredero y durante su vida tendrá el usufructo de ella; su herencia pertenecerá a su hermano» (similar, §§. 181 y 182).

Recibida la *sheriptum*, por la *shugetum* (Sacerdotisa lega), a la que el legislador considera en parangón con las sacerdotisas y las hieródulas (§§ 178-182 y 183), ésta ya no podía participar en la herencia paterna, ni reclamar ningún derecho sobre ella. La obligación de dotar a las hijas correspondía al padre, pero si éste moría sin haberla constituido o dado, era obligación de los hermanos, según el § 184.

Si la mujer dotada tenía hijos de ese matrimonio, la dote les pertenecía a éstos, según el § 162: «Si un señor ha tomado por esposa, (si) ella le da hijos (y) luego esa mujer muere, su padre no podía reclamar su dote; su dote pertenece (exclusivamente) a sus hijos».

También era costumbre hacer, en el momento de las nupcias o

<sup>9</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori* (Milán, 1986), págs. 16 y s.

<sup>10</sup> LARA PEINADO, F., *ob. cit.*, pág. 59.

durante el matrimonio, una donación, *nudunnum*, por el marido a la mujer, pactándose que a su muerte debía dejar los bienes donados a su hijo preferido o repartirlos entre los hijos habidos en el matrimonio. Estas donaciones con ocasión del matrimonio de los hijos o las hijas, solía hacerla el padre y, a veces, solían representar un anticipo de la herencia, en cuyo caso constituían una sucesión contractual (§. 172)<sup>11</sup>.

Sobre los bienes donados por el marido o por el padre con ocasión del matrimonio, tenía la mujer la facultad de darlos a su hijo predilecto: «a su hijo que ella ama», «al primero de sus ojos», según el § 165. Este privilegio demuestra la relativa independencia de la mujer en el contexto del Derecho patrimonial y hereditario. A la mujer, no obstante, le estaba prohibido dejar estos bienes a un extraño.

Por lo que respecta al Derecho hereditario, éste se basaba en la sucesión legítima, en el parentesco consanguíneo. A la sucesión de los bienes patrimoniales eran llamados los hijos, a quienes la ley protegía en sus derechos económicos al no poder ser desheredados por el padre, salvo en el caso de faltas reiteradas y manifiestamente graves, que solían ser comprobadas por el juez. Aunque subsiste todavía el derecho de primogenitura, que se manifiesta en la mejora y la parte preferente al hijo mayor o al más querido, la herencia se dividía equitativamente entre los hijos carnales, los adoptivos y los de la mujer sierva si habían sido legitimados, aunque los hijos que habían recibido una *tirhatum* para obtener esposa debían de abonar, a la hora de la herencia, su equivalente a los que no la habían recibido y los hijos de la sierva debían elegir su parte en último lugar<sup>12</sup>.

Pero esta *divisio inter liberos*, se llevaba a cabo en vida del padre, a través de donaciones. Así, por ejemplo, un padre dispone de su patrimonio atribuyendo al hijo primogénito un campo, una renta; al segundo un campo y a la mujer una casa para vivir, reservando a la misma un derecho de usufructo vitalicio sobre todos los bienes dichos o sobre algunos de ellos y constituyendo sobre todos la obligación de los hijos de dotar a sus hermanas. Años más tarde, la mujer del disponente anterior, realizaba, a su vez, otra *divisio inter liberos*, en pro-

---

<sup>11</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 16 y s.

LARA PEINADO, F., *ob. cit.*, pág. 67.

<sup>12</sup> LARA PEINADO, F., *ob. cit.*, págs. 59 y s.

porción a su haber, constituido, generalmente, por su dote y donaciones con ocasión de su matrimonio. Así que puede decirse que los actos realizados separadamente por ambos cónyuges constituyen la actuación de precedentes obligaciones asumidas por pactos sucesorios en los contratos matrimoniales<sup>13</sup>.

También se podía disponer de la herencia mediante una donación de todos los bienes, con reserva del usufructo, lo que constituye también una sucesión paccionada.

También la adopción daba lugar a pactos sucesorios. La *aplûtu* era una especie de adopción permitida solamente a una categoría de sacerdotes que perseguía, no dar un hijo, sino mediante una ficción legal, dar un heredero al adoptante. Era una adopción a causa de muerte, en cuanto suponía una relación de filiación que se manifestaba sólo en el momento de la muerte del adoptante y que producía efectos limitados al campo de la sucesión hereditaria. Mediante este contrato, el adoptado asumía, a su vez, la obligación de proveer a todas las necesidades del adoptante hasta su muerte. La *aplûtu* se asemejaba a una verdadera institución de heredero, pero por pacto sucesorio entre vivos y con efectos solamente a la muerte del adoptante<sup>14</sup>.

La adopción normal, digámoslo así, llamada *marûtu* si se adoptaba a un hijo y *martûtu* si a una hija, sólo podía hacerse a favor de un extraño y tenía por objeto la herencia entera o una parte de la del adoptante, teniendo, por tanto, una función exclusivamente sucesoria.

Todos éstos son los negocios jurídicos bilaterales, entre vivos, a los que se recurría para disponer del propio patrimonio en consideración a la propia muerte, aunque, según Vismara<sup>15</sup>, todavía no asumen la categoría de actos a causa de muerte o últimas voluntades, que parecen ignorar tanto el Derecho babilónico, como el asirio. Tampoco se distinguen claramente los actos *inter vivos* o *mortis causa*.

---

<sup>13</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 16 y s.

<sup>14</sup> VOLTERRA, E., *ob. cit.*, pág. 153.

<sup>15</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 25.

### C. — Derecho griego.

El Derecho griego no sólo ignoró una prohibición de los pactos sucesorios, sino que puede afirmarse, por el contrario, que en él la delación voluntaria de la herencia se llevaba a cabo normalmente mediante actos bilaterales.

Las disposiciones a causa de muerte propias del Derecho heleno fueron: la διαθήκη en su doble forma de adopción por acto de última voluntad (διαθήκη con ειςπολήσις) o por donaciones *mortis causa* (διαθήκη sin ειςπολήσις). Se puede decir que la διαθήκη y los pactos sucesorios no son categorías jurídicas distintas<sup>16</sup>. La antigüedad griega no tiene ni un solo testamento; no tiene más que donaciones *mortis causa* y adopciones, como lo demuestran las últimas disposiciones de los filósofos griegos, como Platón, Aristóteles, Teofrasto, Epicuro, Strabon y Licon<sup>17</sup>.

En el testamento o última voluntad greco-egipcio, como en las demás normas griegas, falta una institución de heredero en el sentido romano. De los actos de última voluntad que se presentan, claramente diferenciados, en el mundo griego, uno es una adopción con eficacia testamentaria y el otro es un acto por el que el testador dispone de sus bienes, sin más, en previsión de su muerte<sup>18</sup>.

La διαθήκη en la helenidad vulgar y profana, dice Ferrari<sup>19</sup> asume un significado genérico. Dentro de esta expresión pueden encontrarse los siguientes tipos de actos: 1.º ordenación, disposición; 2.º acto de última voluntad y 3.º convención o contrato. La segunda expresión era la más amplia: actos de última voluntad.

El término διαθήκη, dice Bonfante<sup>20</sup>, significa también acuerdo,

<sup>16</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 27.

<sup>17</sup> BONFANTE, P., *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco* (Torino, 1926). *Scritti giuridici varii*, vol. I, pág. 363 y *La διαθήκη helénica y la «donatio mortis causa»* (Torino, 1926), *Scritti giuridici varii*, vol. I, pág. 417.

<sup>18</sup> ARANGIO RUIZ, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizi* (Nápoles, 1906), págs. 64 y s.

<sup>19</sup> FERRARI, G., *Ricerche sul Diritto ereditario in Occidente nell'alto medioevo con speciale riguardo all'Italia* (Padua, 1914), pág. 157.

<sup>20</sup> BONFANTE, P. *Le affinità... ob. cit.*, pág. 393.



pacto y tal es el sentido de la palabra en la versión griega de las Sagradas Escrituras. La traducción exacta de las dos partes en que se dividen las Sagradas Escrituras sería: *vetus et novum foedum o pactum* o también *vetus et novum testamentum*. El Derecho griego es el territorio de los pactos sucesorios, en especial, en los contratos matrimoniales, de la división del patrimonio por el ascendiente en vida, a través de donaciones y de donaciones con reserva de usufructo, además de adopciones<sup>21</sup>. El llamado testamento griego o es una adopción a causa de muerte o una donación a causa de muerte; pueden ser perfectamente una disposición de última voluntad, dice Bonfante<sup>22</sup>, pero darle el nombre de testamento es un absurdo, pues esta expresión conduce al campo de los contratos o de los pactos, de las adopciones a causa de muerte, de las donaciones a causa de muerte, de pactos sucesorios en capítulos matrimoniales y de donaciones universales con reserva de usufructo.

#### D. — Derecho egipcio.

Tampoco el testamento existe en el Derecho egipcio. Bajo el dominio de Roma la sucesión hereditaria se presentaba bajo tres formas: mediante testamento, por pacto sucesorio y mediante la división paterna del patrimonio entre los hijos, en vida<sup>23</sup>.

El Derecho sucesorio egipcio es muy diferente al del Derecho romano. Según Pirenne<sup>24</sup>, en su monografía sobre la V Dinastía, dice que el testamento es en realidad una donación *mortis causa*. Aparece también la institución de la primogenitura, desconocida para el Derecho

D'ORS, Alv., *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano* (Madrid, 1948), págs. 123 y s.

MAYR, R., *Historia del Derecho romano* (Barcelona-Buenos Aires, 1926), T. II, págs. 279 y s.

<sup>21</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 28.

MAYR, R., *ob. cit.*, T. II, pág. 279.

D'ORS, Alv., *ob. cit.*, págs. 123 y s.

<sup>22</sup> BONFANTE, P., *La διαθήκη ob. cit.*, págs. 421 y s.

<sup>23</sup> REVILLOUT, E., *Précis du Droit égyptien comparé aux autres droits de L'antiquité* (París, 1899), T. I y T. II (París, 1903), T. II, pág. 14.

<sup>24</sup> PIRENNE, citado por Volterra, E., *ob. cit.*, pág. 160.

romano y que tanta importancia tuvo en la época de la VI Dinastía, en la que se califica al hijo mayor de heredero.

Las disposiciones *μετὰ την τελευτήν* de los papiros greco-egipcios corresponden un poco a las donaciones *mortis causa* del Derecho romano, es decir, disposiciones destinadas a tener efecto sólo después de la muerte del disponente, a favor de sus mismos descendientes<sup>25</sup>.

La fusión de los elementos jurídicos egipcios con elementos griegos dio lugar a la división de la herencia por el ascendiente *μετὰ την τελευτην*. Se daba frecuentemente el caso de que los ascendientes procedieran a la división de su propio patrimonio *inter liberos*, mediante la asignación de los bienes por actos entre vivos a título de anticipada sucesión. Generalmente, se hacía mediante donaciones que producían la inmediata transferencia de la propiedad de los bienes al donatario, reservándose el donante el usufructo de los bienes donados o la constitución de una renta vitalicia sobre los mismos bienes donados, destinada al sostenimiento del donante<sup>26</sup>.

Al lado de los pactos sucesorios autónomos, representados para el período más antiguo por la división del ascendiente *μετὰ την τελευτην* y para la época posterior a la Constitución Antoniana, por las donaciones *mortis causa*, los papiros greco-egipcios conservan noticias de una gran cantidad de pactos sucesorios bajo la especie de convenciones establecidas en contratos matrimoniales y en los contratos de adopción. La costumbre de establecer pactos sucesorios e introducirlos en los contratos matrimoniales estaba muy difundida en el Egipto greco-romano, costumbre ésta que tenía un origen local<sup>27</sup>.

De los documentos egipcios de la III y IV Dinastía se extrae que el matrimonio debió de ir acompañado de la redacción de un contrato, en el que se establecían los pactos matrimoniales y sucesorios y en los que los propios contrayentes nombraban herederos a los hijos que

<sup>25</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 33.

<sup>26</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 58.

MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G., *Contribution á l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (Justinien et post Justinien)*, (París, 1937), págs. 188 y s.

<sup>27</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 49.

REVILLIOUT, E., *ob. cit.*, pág. 992.

nacieran de su unión, designando, al mismo tiempo, como propietario del patrimonio familiar al primogénito<sup>28</sup>.

Parece fundada la opinión de que la importancia cada vez mayor y el continuo desarrollo de los pactos sucesorios en los contratos matrimoniales greco-egipcios del período romano, se hubiera debido a la recíproca influencia de los elementos helenos y egipcios, con prevalencia de éstos últimos en el espíritu informador de esta nueva institución<sup>29</sup>.

En la época bizantina, al final del s. VI, siguieron desarrollándose ampliamente los pactos sucesorios establecidos en los contratos matrimoniales, concluidos entre los padres de los futuros contrayentes y entre los esposos mismos, lo que parece constituir un pacto sucesorio conjunto recíproco, a favor del cónyuge sobreviviente y de los hijos comunes.

También en el Derecho egipcio se usó el contrato de adopción para fines sucesorios<sup>30</sup>. Era ésta una costumbre contraria al Derecho oficial y que parece poco difundida. En esta adopción, dice Michaélidès-Nouaros<sup>31</sup>, no comparecía como contratante el adoptado, pues el contrato se celebraba entre los padres naturales y los adoptivos, o bien entre el más próximo pariente, si el adoptado era huérfano, y el adoptante, contituyendo así un pacto sucesorio a favor de tercero.

También se establecían en los contratos matrimoniales donaciones de todos los bienes presentes y futuros: «Todos los bienes que yo tenga o pudiera tener por transmisión o por herencia paterna o materna, serán de los hijos que engendre y que esta mujer engendrará como esposa», o también: «Mis hijos, tus hijos, serán dueños de todos mis bienes presentes y futuros»; estas donaciones universales en pactos sucesorios con ocasión de los contratos matrimoniales son numerosas en los papiros y contratos tebanos y de Menfis<sup>32</sup>. Existen, además, muchos papiros que contienen donaciones hechas a los hijos con oca-

<sup>28</sup> VOLTERRA, E., *ob. cit.*, pág. 160.

<sup>29</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 46 y s. y 52 y s.

MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G., *ob. cit.*, págs. 179 y s.

ARANGIO RUIZ, *ob. cit.*, págs. 10 y s.

<sup>30</sup> ARANGIO RUIZ, *ob. cit.*, págs. 10 y s.

<sup>31</sup> MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G., *ob. cit.*, pág. 188.

<sup>32</sup> REVILLOUT, E., *ob. cit.*, págs. 996 y 1030.

sión de su matrimonio, ya que éstos en Egipto eran el objeto de todas las estipulaciones y preocupaciones de los esposos.

La renuncia contractual a la sucesión futura está escasamente representada en los papiros greco-egipcios<sup>33</sup>.

Ya hemos visto, aunque brevemente, cómo en los antiguos Derechos orientales el modo normal de disponer de los bienes en consideración a la muerte era a través de pactos sucesorios; ahora voy a referirme al Derecho romano vulgar, ya que los pactos sucesorios en el Derecho romano clásico ni existieron, ni existe ninguna ley que haga referencia a ellos. La primera ley que sanciona como válido un pacto sucesorio celebrado entre dos hermanos militares en campaña, es del año 290 y se debió al emperador Diocleciano. Pero veamos algo sobre el Derecho romano vulgar.

## II. EL DERECHO ROMANO VULGAR

El Derecho romano clásico rechazó los pactos sucesorios siempre por razones teórico-jurídicas, porque limitaban la libre facultad de testar; porque la palabra «contratación» o «gestionaron» no se refieren al derecho de testar, según Ulpiano (D. 50.16.20); porque toda contratación o pacto sobre una herencia futura de una persona todavía viva sería nula por carecer de objeto; porque la herencia se transmitía o daba por testamento, entre otras razones. En el Derecho romano clásico, la delación contractual de la herencia era incompatible con el ordenamiento sucesorio del pueblo romano, para quien la sucesión (universal) se concebía como un subentrar el heredero en la misma situación del *de cuius, in loco et in iure*. En este ordenamiento evidentemente formal, el testamento era el único medio adecuado para disponer *mortis causa* de la herencia<sup>34</sup>.

Sin embargo, los pactos sucesorios fueron admitiéndose ya en el Derecho romano postclásico, primero como una forma privilegiada de

---

<sup>33</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 58.

MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G., *ob. cit.*, págs. 204 y s.

<sup>34</sup> SAMPER POLO, Fco., *La disposición «mortis causa» en el Derecho romano vulgar* (Madrid, 1968) AHDE, XXXVIII, pág. 169.

disponer *mortis causa* a favor de determinadas personas: príncipes, nobles familias, militares, Iglesia y monasterios, e, incluso, por una suerte de *favor matrimonii*, entre padres e hijos. De tal manera estaría arraigada en la población el disponer de sus bienes por pactos sucesorios en la época de la Roma imperial, que los emperadores, a partir de Constantino, fueron reconociendo con carácter general la validez de determinados pactos sucesorios, acabando este proceso evolutivo con el reconocimiento oficial por el emperador Justiniano, en los años 528 y 531, de la delación contractual, como un modo más de disponer de los bienes, dentro de la categoría de actos de última voluntad. Lo que empezó siendo un privilegio de determinadas personas, terminó por extenderse a todos los ciudadanos romanos, sin distinción.

No se puede, por tanto, estudiar los pactos sucesorios considerando el Derecho romano clásico, porque desde esta perspectiva es cierto lo que la mayoría de la doctrina ha venido repitiendo constantemente: que al Derecho romano le repugnaban los pactos sucesorios y, en consecuencia, los rechazó y prohibió siempre.

La legislación romana sobre los pactos sucesorios se encuentra toda en las constituciones imperiales (Código) y en las Novelas, por lo que es necesario que me refiera al Derecho romano vulgar o tardío, antes de pasar a estudiar los textos concretos que se refieren a los pactos sucesorios. La preocupación por el Derecho romano vulgar es reciente y, posiblemente, sea la gran cuestión de la ciencia romanística, ya que supone la reconstrucción de un período de la historia hasta ahora oscuro y difuso, situado entre el Derecho romano clásico y el justiniano y que se proyectó sobre todo hacia la historia jurídica medieval<sup>35</sup>.

El Derecho sucesorio romano se renueva profundamente ya con anterioridad a Constantino. Uno de los factores de renovación del Derecho sucesorio romano se debió a la influencia que sobre él ejercieron los Derechos orientales, sobre todo las instituciones y concepciones jurídicas helenas. Abundantes hallazgos de papiros en Egipto, anteriores y posteriores a la dominación romana, han puesto de manifiesto claramente las relaciones entre el Derecho griego y el Derecho romano<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, págs. 88 y s.

<sup>36</sup> MAYR, R., *ob. cit.*, T. I, págs. 31 y s.

La constante transfusión de elementos nacionales y extraños; la inmigración incesante de extranjeros en el pueblo romano y el acceso, en número cada vez mayor, de esclavos hasta los rangos supremos, iniciaron un proceso de fusión entre los distintos Derechos y costumbres. Además, la masa de esclavos que incesantemente afluían de todas partes del Imperio iban adquiriendo la libertad, formándose así una incesante influencia entre las gentes libres de todas las provincias que formaban el Imperio, confundándose y entremezclándose los elementos de poblaciones más variadas y los caracteres raciales más dispares<sup>37</sup>.

La distinción entre el *ius civile* y el *ius gentium* subsistió mientras existieron ciudadanos romanos y otros que no lo eran, que es lo que ocurría antes de la Constitución Antoniana del año 212 d. C. La distinción entre estos dos Derechos fue perdiendo importancia y relieve, puesto que ambos Derechos iban acercándose y compenetrándose recíprocamente de un modo más íntimo cada vez, nivelándose el uno con el otro. La comunidad de intereses religiosos, políticos, económicos y sociales; los vínculos del matrimonio y de parentesco y el Derecho sucesorio los llevó a hacer de ellos una unidad<sup>38</sup>.

Según Vismara<sup>39</sup>, los pactos sucesorios son una prueba de la influencia heleno-oriental sobre el Derecho romano. Las constituciones imperiales en materia de pactos sucesorios serán determinantes del conflicto entre el Derecho romano y los Derechos provinciales, a propósito de los cuales es común afirmar que los pactos sucesorios se establecieron, llegando a constituir para el Derecho romano vulgar título de vocación hereditaria. No puede decirse que en materia de pactos sucesorios existiera un conflicto, ni menos una lucha entre el Derecho romano y las instituciones jurídico privadas de la ciudad, es de la Magna Grecia, sino que debió de producirse una fusión entre las instituciones de los dos pueblos. Las constituciones imperiales, relativas a la materia de los pactos sucesorios, se reagrupan todas en un breve espacio de tiempo, que corresponde exactamente al período inmedia-

<sup>37</sup> MAYR, R., *ob. cit.*, T. II, págs. 251 y s.

<sup>38</sup> MAYR, R., *ob. cit.*, T. II, pág. 266.

<sup>39</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 136 y s.

BRAGA DA CRUZ, G., *Os pactos sucessórios na História do Direito Português. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, año LX (1965), págs. 98 y s.

amente posterior a la Constitución Antoniana y al consiguiente mayor contacto entre el Derecho romano y las costumbres provinciales.

El Derecho justiniano no brotó de golpe, sino que fue producto de un proceso general de fusión, preparado paso a paso ya desde Diocleciano aproximadamente <sup>40</sup>. El largo perdurar del Derecho romano a través de los siglos, su tenaz supervivencia, afirmándose en una edad tan lejana, nos hace preguntarnos de dónde saca su inconmensurable fuerza vital, su frescura inmortal. El Derecho romano no estaría entre nosotros, dice Albertario <sup>41</sup>, si no se hubiera producido en el Oriente su última evolución: el resultado de un choque formidable entre dos mundos, el Occidental y el Oriental; entre dos civilizaciones, la romana y la helénica; entre dos religiones, la pagana y la cristiana; entre dos Derechos, el romano y el griego. Todo el Oriente romano fue el teatro de esta gigantesca lucha, puesto que sustancialmente un solo Derecho, el griego, existía en Atenas y Damasco, en Antioquía, en Ermópolis y en la Tebas egipcia, empezando esta lucha con Antonino Caracalla. Yo estoy de acuerdo con Vismara, en que no se produjo esa gigantesca lucha de la que habla Albertario, pareciéndome más bien que fue consecuencia de una fusión lenta y paulatina de las distintas poblaciones la que dio lugar a la magna obra de Justiniano, que unió bajo un único Derecho todas las provincias, que lo acataron porque no veían en él nada extraño a su propio Derecho.

Mitteis fue el primero que puso de manifiesto en su obra «El Derecho imperial y el Derecho popular en las provincias orientales del Imperio» la descomposición de los principios romanos en las ciudades helénicas del Bajo Imperio <sup>42</sup>. A pesar del otorgamiento de la ciudadanía romana en el año 212 d. C. a casi todos los habitantes del Imperio romano, el Derecho de estos pueblos se mantuvo en vigor. Los rescriptos imperiales y los documentos demuestran claramente el desconocimiento del Derecho romano en la parte oriental de las provincias que, aunque habían llegado a ser *cives romani*, continuaron aplicando su Derecho, entre otros casos, en la posibilidad

<sup>40</sup> MAYR, R., *ob. cit.*, T. II, pág. 377.

<sup>41</sup> ALBERTARIO, E., *Il Diritto privato nella sua formazione storica e nella sua elaborazione giustiniana* (Milano, 1937), *Studi di Diritto romano*, T. V, pág. 55.

<sup>42</sup> ALBERTARIO, E., *La scienza del Diritto romano nei suoi recenti metodi e nei suoi recenti studi* (Milano, 1937) *Studi di Diritto romano*, T. V, pág. 44.

de regular su sucesión en los contratos matrimoniales<sup>43</sup>. Diocleciano personalmente opone resistencia contra estos Derechos provinciales que no habían perdido su espontánea vitalidad. Pero con Constantino la resistencia cesó, comprendiendo y cediendo a las nuevas exigencias<sup>44</sup>.

El Derecho romano no se observaba con toda su fuerza en los territorios anexionados; en las provincias se formó un Derecho propio, fundamentalmente Derecho romano, pero adaptado al régimen consuetudinario de aquellas regiones<sup>45</sup>. Prueba de ello es el Libro Siro-Romano que constituye una de las principales fuentes de conocimiento del Derecho provincial de las regiones orientales del Imperio y un ejemplo de la unión y fusión entre el Derecho romano y los Derechos orientales. Este libro llegó a ser la base de un Derecho común de los cristianos orientales y punto de unión también entre los antiquísimos Derechos semíticos, conservados en gran parte por la costumbre, y el nuevo Derecho cristiano.

El original griego de este Libro es del año 476-480 y recoge la mayor parte del Derecho romano en la segunda mitad del siglo IV d. C. y el Derecho vigente en el siglo V y VI y la costumbre. Por lo que respecta a los pactos sucesorios, este Libro Siro-Romano, cuyo autor fue un práctico, sustituye el Derecho sucesorio romano por el Derecho sucesorio indígena, tan contrario a los principios romanos. Su autor tuvo en cuenta la vida real de su región y junto al *ius civile*, colocó el *ius novum* de la Era imperial extraído de los senadoconsultos, rescriptos y constituciones imperiales<sup>46</sup>.

El Derecho justiniano fue o supuso una gran revolución, pero no todo debido a influencias extranjeras, sino también producto de un desarrollo interno y gradual del mismo Derecho romano, preparado ya por la misma jurisprudencia romana en la época postclásica, pero en

<sup>43</sup> ALBERTARIO, E., *I fattori della evoluzione del Diritto romano postclassico e la formazione del Diritto romano giustiniano* (Milán, 1937) *Studi di Diritto romano*, T. V, pág. 19.

<sup>44</sup> ALBERTARIO, E., *Il Diritto privato...*, *ob. cit.*, pág. 62.

<sup>45</sup> D'ORS, Alv., *Derecho privado romano* (Pamplona, 1981), 4.ª ed., pág. 90.

<sup>46</sup> VOLTERRA, E., *ob. cit.*, págs. 35 y s.

MAYR, R., *ob. cit.*, T. II, pág. 337.

NALLINO, C., *D'alcuni passi del Libro Siro-Romano concernenti le successioni*. *Rend. R. Acc. Lincei Serv. XI*, vol. I (1925), págs. 709 y s.



la misma dirección señalada y propuesta por la jurisprudencia clásica<sup>47</sup>. El mismo Mitteis, con su profundo conocimiento de las fuentes romanas, observaba que aquellas nuevas formas del nuevo Derecho se pudo deber a su propio desarrollo interno, por evolución y mutación de sus propios elementos<sup>48</sup>, aunque Mitteis reconoce también en su obra «El Derecho romano privado hasta Diocleciano» que estaba plenamente convencido de que entre el Derecho de los jurisconsultos clásicos y el justiniano existía un contraste tal que le impedía reunir en una única exposición estos dos Derechos<sup>49</sup>.

Que el Derecho de las provincias se seguía aplicando lo prueba que los mismos Tribunales romanos juzgaron fundamental y exclusivamente con arreglo al derecho personal de las partes, a tenor del principio de la personalidad del Derecho, cuando trataban cuestiones de libertad personal o esclavitud, de esponsales, de matrimonio, de régimen matrimonial de bienes, de tutela, de derecho hereditario, dejando así un amplio margen al Derecho nacional, al Derecho tradicional propio de las poblaciones sometidas, en los primeros siglos del Imperio y especialmente en las provincias orientales<sup>50</sup>. A los provincianos, aunque se les concedió la ciudadanía romana, no les era fácil renunciar a sus ideas y costumbres para ajustarse, íntegramente, a las difíciles normas romanas.

Las afinidades que se encuentran en el campo jurídico entre el Derecho griego y el romano, persuaden de que las relaciones entre ambos Derechos de la antigüedad debieron ser más vastas y profundas de lo que se podía pensar. Hasta tal punto existieron y se están comprobando esas influencias, que se ha llegado a atribuir a la última época del Derecho romano el nombre de heleno-oriental<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> RICCOBONO, S., *Fasi e fattori dell'evoluzione del Diritto romano. Melanges Conil*. T. II, págs. 237, 266 y 291.

<sup>48</sup> RICCOBONO, S., *Fasi ...*, *ob. cit.*, pág. 243.

<sup>49</sup> ALBERTARIO, E., *La scienza ...*, *ob. cit.*, pág. 49.

<sup>50</sup> D'ORS, Alv., *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano* (Madrid, 1948), págs. 78 y s.

MAYR, R., *ob. cit.*, T. II, págs. 266 y s.

WENGER, L., *Il Diritto dei papiri nell'età di Giustiniano. Conferenze per il XIV centenario delle Pandette* (Milán, 1931), pág. 219.

<sup>51</sup> VOLTERRA, E., *Diritto romano e Diritti orientali* (Bologna, 1937), págs. 4 y s. y pág. 61.

La última época del Derecho romano, considerada a veces como un período de decadencia, representa no sólo en el Derecho público, sino también en el Derecho privado, la más grande revolución ocurrida en el mundo del Derecho. Si se habla de crisis, debió de ser una crisis laboriosa, dice Bonfante<sup>52</sup>. A veces, se ha considerado esta última época también como poco activa, como estancada, representante de una decadencia senil, cuando en realidad es una época de intensa fermentación<sup>53</sup>, un Derecho en movimiento<sup>54</sup>, joven y con una gran capacidad de adaptación y de síntesis, que dio lugar a que proliferaran figuras jurídicas nuevas, entre ellas, los pactos sucesorios y, en consecuencia, la delación contractual de la herencia.

Un Derecho menos sabio, deseoso de satisfacer las necesidades prácticas, de responder a las nuevas necesidades; un Derecho que no rechaza buscar o extraer soluciones de los usos y costumbres locales, cuando éstas responden mejor a las nuevas exigencias de la vida que el propio Derecho romano. El Derecho romano vulgar no es decadencia, confusión, ni mediocridad, sino una de las más grandes obras culturales de la humanidad; es el DERECHO.

El Derecho romano vulgar, por su pragmatismo, se supo acomodar a las nuevas necesidades de la vida, a la fluctuante situación económica y social. El Derecho romano vulgar no se propuso ser bello, sino útil, pretendiendo regular la sociedad a la que iba destinado y produciendo una popularización que fue común en la historia del Derecho, de la lengua y del arte<sup>55</sup>. Un Derecho que dio mayor importancia a los elementos prácticos y populares, que a las nociones teóricas. No se trataba de favorecer al Derecho romano, imponiéndolo a todos los súbditos del Imperio como único Derecho, excluyendo el de los demás pueblos, sino de reunir el Derecho romano y las instituciones locales y formar un único Derecho para todo el Estado<sup>56</sup>. Cuando se estudia

<sup>52</sup> BONFANTE, P., *Le affinità...*, ob. cit., pág. 353.

<sup>53</sup> ALBERTARIO, E., *La scienza...*, ob. cit., pág. 44.

<sup>54</sup> MURGA, J. L., *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho romano tardío* (Pamplona, 1968), págs. 64, 75, 86 y 182.

<sup>55</sup> KASER, M., *El Derecho romano-vulgar tardío*. AHDE, XXX (1960), pág. 619.

PARADISI, *Diritto volgare e volgarismo*. IURA (1966), n.º 17, pág. 29.

ALBERTARIO, E., *Il fattori...*, ob. cit., pág. 153.

<sup>56</sup> VOLTERRA, E., ob. cit., págs. 242 y s.

el Derecho romano se tiene la sensación de que este pueblo, capacitado como ninguno para el Derecho, tenía el arte de encontrar, casi por instinto, la justa solución al caso concreto<sup>57</sup>.

Un Derecho romano que no sólo influyó en toda la Edad Media, sino que también hoy podemos obtener de él una serie de principios que nos permitan criticar y ofrecer elementos reconstructivos para superar la pobreza y vulgaridad de tantas leyes especiales que están minando el Derecho privado codificado<sup>58</sup>. Un Derecho que puede enseñarnos mucho en la construcción de Europa, en la que se está produciendo una situación muy similar, en lo que al Derecho se refiere, a la que se enfrentó el Derecho romano y que dio el fruto de la gran obra de Justiniano.

Por último, y siempre con vistas al estudio de la historia de la sucesión contractual, voy a referirme al cristianismo como uno de los principales medios de comunicación entre la ciudad oriental y occidental, y que tanto influyó en instituciones familiares y, muy especialmente, en el Derecho sucesorio, contribuyendo en gran medida a la configuración de la categoría de actos de última voluntad, dentro de la cual se encontraba, no sólo el testamento, sino también las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios, entre otros.

En los textos justinianeos aparecen frecuentemente, por influencia del cristianismo, expresiones como *asperitas*, *acerbitas*, *duritia iuris*, que dan lugar a que a su vez aparezcan normas inspiradas en la *clementia*, *benignitas*, *pietas*, *aequitas*, *humanitas*, *caritas*, *fides*, *veritas*, *virtus*, *amicitia*, etc. Tendencia moralizante del Derecho romano vulgar, que busca, sin escrúpulos de forma, las soluciones de justicia, actuando, no sólo por normas fijas y precisas, sino también por obra de estas magnas virtudes<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> WENGER, L., *Il Diritto dei papiri nell' età di Giustiniano* (Milán, 1931), pág. 217.

<sup>58</sup> TORRENT RUIZ, A., *El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo* (Madrid, 1988), Homenaje a J. M. Vallet de Goytisolo, vol. I, págs. 755 y s.

<sup>59</sup> VOLTERRA, E., *ob. cit.*, págs. 242 y s.

ALBERTARIO, E., *Il fattori...*, *ob. cit.*, pág. 173.

GARCÍA GARRIDO, *Clasicismo y vulgarismo en la Historia del Derecho romano*. Rv. Dr. Not. (1958), 21-22, pág. 124.

RICCOBONO, S., *Fasi e fattori...*, *ob. cit.*, pág. 262.

D'ORS, ALV., *Derecho privado...*, *ob. cit.*, pág. 98.

MURGA, J. L., *ob. cit.*

Tras las referencias a los antiguos Derechos orientales y a lo que supuso y fue el Derecho romano vulgar, voy, a continuación, a centrarme ya en el estudio de la historia de los pactos sucesorios, empezando por la primera etapa de su evolución, es decir, por la etapa de su aceptación por privilegio entre determinadas personas.

### III. LOS PACTOS SUCESORIOS ENTRE PRÍNCIPES E ILUSTRES FAMILIAS

Según los juristas del Derecho común, los pactos sucesorios celebrados entre los príncipes e ilustres familias son válidos y se han celebrado siempre por costumbre inmemorial en toda Europa: *vigore immemorabilis consuetudinis fiunt valida*, primero por un privilegio entre los príncipes sancionado por unas leyes romanas y luego por extensión de este privilegio a las familias nobles. Según esta costumbre inmemorial las herencias entre estas personas privilegiadas por *iure Cesareo* se transmitían por pacto y no por testamento.

Mientras en el Derecho romano clásico y postclásico el emperador estaba sujeto a las leyes, en el Derecho justiniano no estaba obligado a la observancia de las leyes. Este privilegio, sin embargo, se extrae de un texto de Ulpiano del año 217 d. C. (D. 1.3.31 *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*) y de él la máxima de que *princeps legibus solutus est*, aunque la doctrina considera que este texto es una interpolación del Derecho justiniano<sup>60</sup>. En este texto, Ulpiano dice que no sólo el príncipe está desligado de las leyes sino también su mujer: «El Príncipe está desligado de las leyes; pero aunque la Augusta no está desligada de las leyes, le conceden, sin embargo, los Príncipes los mismos privilegios que ellos tienen».

---

IGLESIAS, J., *Sobre las leyes antiguas en Studi in Honore di Edoardo Volterra*, vol. II, pág. 572.

KASER, M., *ob. cit.*, pág. 619.

GAUDEMET, A *propos du «Droit vulgaire»*, *Studi Biondi I* (1965), pág. 282.

NALLINO, C., *D'alcuni passi...*, *ob. cit.*, págs. 709 y s., entre otros.

<sup>60</sup> FRANCISCI, P. de, *Intorno alla massima «princeps legibus solutus est»*, *BIDR*, año 1921-1925, pág. 323.

No sólo el emperador y la emperatriz no estaban sujetos a las leyes, sino que también tenían el privilegio de que cualesquiera que fueren los contratos celebrados entre ellos, éstos tenían fuerza de ley y no necesitaban de ningún apoyo externo, según dejó escrito el emperador Justiniano en la L. *Donationes* (C. 5.16.26 *De donat inter vir et uxor*): «Mandamos que las donaciones que el Divino Emperador hubiera hecho a la piadosísima reina, su cónyuge, o ésta a su serenísimo marido, sean válidas desde luego, y tengan plenísima firmeza, como quiera que los contratos imperiales tienen fuerza de ley y no necesitan en manera alguna de ningún apoyo extrínseco». La misma idea de privilegio en los contratos imperiales se encuentra en la L. *Caesar ss. De public.*

A pesar de este privilegio del Príncipe, a través de él, de su Augusta y, más tarde, extendido a las familias nobles, lo cierto es que existen muchos pasajes en los que se declara expresamente que es conveniente y digno que el Emperador *legibus temperare* (Paulo *Sent.* IV.5.3; D. 5.2.8,2, Ulpiano; *Inst.* 2.17.8; D. 32.23, Paulo)<sup>61</sup>. Se hace frecuente mención de este privilegio, del que nadie duda, pero existen varios textos romanos en los que los emperadores dicen no querer usar de él para ocupar una herencia de la que el emperador había sido nombrado heredero. Pero se da la circunstancia de que el nombramiento como heredero del emperador no se había hecho, por lo que parece, en un testamento perfecto, sino mediante un testamento imperfecto, que bien podía contener un pacto sucesorio.

En el año 232, al emperador Alejandro Severo (C. 6.23.3) se le debe la siguiente manifestación: «Muchas veces se estableció, que en virtud de un testamento imperfecto ni el Emperador reivindica una herencia. Porque aunque la ley del Imperio haya eximido al Emperador de las solemnidades del Derecho, nada, sin embargo, es tan propio del Imperio, como vivir con arreglo a las leyes»: *licet enim lex imperii solemnibus iuris, Imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, ut legibus vivere.*

El mismo deseo de sometimiento a las leyes expresa el emperador Constantino en el año 355 d. C. (C. 6.22.6); en el año 371 los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano (C. 6.22.7) y los

<sup>61</sup> FRANCISCI, P. de, *ob. cit.*, págs. 323 y s.

emperadores Teodosio II y Valentiniano III, en el año 429 d. C (C. 1.14.4).

En otro texto, se vuelve a rechazar por el emperador una herencia de la que había sido nombrado ilegítimamente, o se le había nombrado heredero por la sola palabra, sin las formalidades legales establecidas para los testamentos o en virtud de una escritura a la que le faltaba la autoridad del Derecho. Así se extrae de la oración del divino Pertinax (Inst. 2.17.8): «Manifestó en la misma alocución, que él no admitiría la herencia del que por causa de litigio hubiere dejado por heredero al príncipe; que no daría validez a los testamentos no hechos legítimamente ... que no admitiría el título de heredero por la mera palabra de tal, y que no tomaría nada en virtud de ninguna escritura a la que faltase la autoridad del derecho. Según lo que, también los divinos Severo y Antonino decidieron muchísimas veces por rescripto: En efecto, dicen, aunque de las leyes estamos desligados, vivimos sin embargo por las leyes». *Licet enim, inquit, legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.*

Observa Francisci<sup>62</sup> que en la época de los Severos el príncipe se consideraba el único creador del Derecho y *legibus solutus*. Las dos máximas *princeps legibus solutis est* y *quod principi placuit legis habet vigorem*, son formulaciones jurídicas de las corrientes de ideas orientales que se extienden con Septimo Severo y sus sucesores.

Como veremos más ampliamente al estudiar los pactos sucesorios en el Derecho común, los príncipes e ilustres familias utilizaron los pactos sucesorios, unos para la sucesión en el trono y otros como un medio para conseguir que sus patrimonios no se dividieran y así mantener su poder económico y político.

#### **IV. RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ, CON CARÁCTER GENERAL, DEL PACTO SUCESORIO HECHO POR DOS HERMANOS MILITARES, EN CAMPAÑA**

La nobleza romana estaba formada por los *nobiles*, cuya nobleza se basaba en algunas instituciones antiguas, procedentes de la época

---

<sup>62</sup>FRANCISCI, P. de, *ob. cit.*, págs. 327 y s.

de los patricios, y los *aequites*, que era una institución puramente militar. La reorganización de la clase de los *aequites* por Augusto vino a crear, al lado de la nobleza hereditaria senatorial, una nobleza personal basada en concepciones imperiales, poniendo así al servicio de los intereses del Principado la rivalidad entre la aristocracia de los linajes y la de la clase suprema de los ciudadanos, rivalidad fundada en la época de la República, reservando los emperadores los cargos del Estado a las dos clases privilegiadas de los senadores y de los caballeros<sup>63</sup>.

Los militares constituyeron cada vez más una clase social privilegiada distinta del resto de los ciudadanos y, como a los nobles, también a los militares se les concedió el privilegio de hacer y disponer de sus bienes para después de su muerte como pudieran o quisieran, constituyendo este privilegio uno de los medios más poderosos entre los factores de renovación y desarrollo del Derecho testamentario<sup>64</sup>. El privilegio testamentario de los militares, aún dentro de la época clásica, es una especie de avanzadilla de un Derecho romano universal y de futuro, no sometido a ninguna norma rígida, sino un instituto jurídico flexible y acomodable a todas las mentalidades<sup>65</sup>.

El testamento militar supuso una desviación de los principios generales del sistema testamentario en la forma y el fondo. El testamento militar no estaba sujeto a ninguna forma para que valiera la voluntad del militar o de los militares, bastando solamente con que esa voluntad se manifestara claramente. La voluntad era suficiente, por sí sola, para producir los efectos jurídicos deseados, gozando aquí de una protección absoluta. Con el testamento militar y con su régimen, se imprime al sistema sucesorio romano una nueva orientación, en completa contradicción con el régimen del *ius civile*<sup>66</sup>.

El testamento militar es una institución dominada enteramente por la idea de que la *voluntas testatoris* debía ser respetada lo más

<sup>63</sup> MAYR, R., *ob. cit.*, T. I, págs. 220 y 265 y T. II, págs. 250 y 431 y s.

<sup>64</sup> CHEVALIER, L., *Notes sur le testament militaire* (París, 1956), *Varia études de droit romain*, T. II, pág. 54

<sup>65</sup> MURGA, J. L., *ob. cit.*, pág. 232.

<sup>66</sup> RABIE, L., *L'acte juridique «post mortem» en Droit romain: Validité et fonction* (Milán, 1955), págs. 443 y s.

completamente posible<sup>67</sup>. Pero veamos los textos que hacen referencia al privilegio o derecho de los militares de hacer testamento como pudieran o quisieran, o de disponer de sus bienes por causa de muerte como pudieran o quisieran también.

Según Ulpiano (D. 29.1.1. *De testamentum militis*): «El Divino Julio César fue ciertamente el primero que concedió a los militares la libre facultad de hacer testamento, pero esta concepción era temporal; más después fue el Divino Tito el primero que la dio; luego Domiciano y posteriormente el Divino Nerva concedió a los militares plenísima facultad, y Trajano la mantuvo, y desde entonces empezó a insertarse este capítulo en los mandatos». Capítulo de los mandatos: «Habiéndose puesto en mi conocimiento que de vez en cuando se presentaban testamentos dejados por los militares, que podían ser llevados a controversia, si fueran sujetos a la escrupulosidad y a la observancia de las leyes, habiendo seguido la integridad de mi ánimo hacia mis buenos y fidelísimos colegas militares, he creído que debía atender a la sencillez de los mismos, a fin de que, de cualquier modo en que hubiesen testado, sea válida su voluntad. Hayan, pues, y baste para hacer la división de sus bienes la nuda voluntad del testador».

Primero, el privilegio de hacer testamento o de disponer de sus bienes *mortis causa*, como pudieran o quisieran, fue temporal, pero acabó convirtiéndose en permanente, en *plenissimam indulgentiam* y desde entonces empezó a insertarse en los mandatos que se recogen en el fragmento transcrito. El mismo Julio César en la Guerra de las Galias (I, 39) se refiere al temor que sentía de que su ejército fuera preso después de la ocupación de Besançon, en cuya ocasión escribió: *vulgo totis castris testamento obsignabantur*, que según Arangio Ruíz<sup>68</sup> quería decir *si facevano*. Los frecuentes testamentos entre los militares y, lo que es peor, las frecuentes contiendas sobre si se adaptaban o no a las formalidades del testamento, hicieron que no se miraran estos testamentos con los escrúpulos con que se mirarían los testamentos romanos en circunstancias normales, sino que por razones de utilidad, tanto pública como privada, se intentaron salvar las últimas voluntades que hicieran sus *optimos fidelissimosque commilitares*, de manera que

<sup>67</sup> CHEVALIER, L., *ob. cit.*, págs. 13 y s.

<sup>68</sup> ARANGIO RUIZ, V., *L'origine dei testamentum militis*, BIDR (Roma, 1906), pág. 153.



de cualquier modo en que hubieran testado, fuera válida su voluntad. *Faciant igitur testamenta... quomodo volent... quomodo poterint... quomodo velint et quomodo possint*, dice el emperador Antonino en el año 213 d. C. (C. 6.21.3 *De testamento militis*).

La *sola voluntas servatur* se tiene en cuenta en el testamento de los militares, bastando con que constara suficientemente, ya esté esta última voluntad anotada en la vaina o en el escudo con su propia sangre, o escrito sobre la tierra con su espada (C. 6.21.15). Incluso dice el jurista Paulo (D. 29.1.40), aunque el militar hubiera dictado o redactado su última voluntad a través del lenguaje de los signos.

El jurista Gayo (D. 29.1.1,2 *De testamento militis*) se refiere ya, no a un privilegio, sino a un verdadero derecho de los militares: «porque sabía muy bien, que en virtud de las constituciones de los Príncipes se observaba un derecho propio y singular en el testamento de los mismos.». «A los militares, dice Paulo (D. 29.1.40) les está concedido hacer testamento de la manera que quieran y del modo que puedan, pero de suerte, que con legítimas pruebas demuestren que así se hizo». Testamento imperfecto llama Papiniano (D. 29.1.35) al hecho por los militares, aunque sin cuestionar su validez: «Si un militar dejase un testamento imperfecto, la escritura que se produce, alcanza fuerza de testamento perfecto, porque el testamento de un militar se perfecciona por su sola voluntad».

La sola voluntad es el fundamento de las últimas voluntades de los militares, porque como se dice en las Instituciones (Ins. II. XI *De militari testamento*) «La antes dicha escrupulosa observancia de las formalidades para el otorgamiento de los testamentos, fue dispensada por las Constituciones imperiales a los militares», los cuales «testan sin embargo válidamente (con tal de que se hallen ocupados en expediciones, como con razón ha innovado una constitución nuestra), de cualquier modo, pues, que sea conocida su última voluntad, ya por escrito, ya sin él, es válido el testamento por su sola voluntad».

Las razones que se alegan para otorgar a los militares este privilegio, y después derecho propio, son los caracteres de estas personas: *imperitia, simplicitas et ignorantia*, aunque, según Arangio Ruiz<sup>69</sup>, estos argumentos son insuficientes para fundamentar la plenísima

<sup>69</sup> ARANGIO RUIZ, V., *ob. cit.*, pág. 164.

facultad concedida, porque por estas razones se explicaría que los militares testaran como quisieran: *volessero*.

Según Kuntze<sup>70</sup>, la derogación del sistema del Derecho común sancionado en favor de los militares, dio lugar a todo un nuevo sistema, a un *ius militare*, en el que se manifiesta una nueva concepción del mundo y de la vida. Se trata de una formación afín por muchas razones al *ius gentium*, incluso de un nuevo y particular *ius gentium*, por el que en lugar de distinguir entre *cives et peregrini*, se produce una nueva distinción entre *milites et privati vel pagani*. Así como en la época republicana los dos polos de la vida jurídica estaban constituidos por el *ius romanorum* y el *ius peregrinorum*, en la época imperial estos dos polos los constituyen un *ius militare*, frente a un *ius paganorum*.

El privilegio de hacer testamento los militares, no sólo lo era por su forma, sino también por su contenido, y no tanto por razón de su *simplicitas*, como por el hecho de que los soldados salían en su mayor parte de las filas de los no romanos, de los nuevos ciudadanos romanos (año 212 d. C.), que se hallaban compenetrados con sus usos tradicionales, de origen griego casi todos ellos probablemente, entre los cuales se encontraba la costumbre de disponer de sus bienes a causa de muerte por actos jurídicos *inter vivos* y bilaterales. El testamento militar fue por ello uno de los principales cauces por el que el Derecho hereditario griego entró en el Derecho hereditario romano<sup>71</sup>.

Con el Imperio, el ejército se transformó en permanente, compuesto por los *auxilia*, formados por galos, hispanos, griegos, egipcios, germanos, etc. Para éstos, el testamento romano de los militares no les era extraño, ya que es digna de resaltar la coincidencia del sistema sucesorio de estos pueblos con el de los militares romanos<sup>72</sup>, de manera que no puede dudarse de la influencia de un sistema sobre el otro; de

<sup>70</sup>KUNTZE, citado por Arangio Ruiz, V., *ob. cit.*, pág. 169.

<sup>71</sup>MAYR, R., *ob. cit.*, T. I, págs. cits.

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano* (Madrid, 1986), pág. 730.

<sup>72</sup>ARANGIO RUIZ, V., *ob. cit.*, pág. 174.

CHEVALIER, L., *ob. cit.*, págs. 2 y s.

SCHERILLO, G., *D. 1.4.3 (Giavoleno, L. 13 «E. P.») e il testamento militare. Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. III, pág. 613.

tal manera se generalizó el testamento militar que llegó a estar fundado sobre todo en la costumbre.

Al estar fundamentado el testamento militar en la sola voluntad del testador, y al estar el ejército imperial compuesto por los *auxilia*, de tan variada procedencia, no es de extrañar que se les planteara a los emperadores romanos un caso de disposición de bienes *mortis causa* por pacto sucesorio. En efecto, en el año 290 d. C. se planteó qué hacer de un pacto sucesorio celebrado por dos hermanos militares en campaña y se les planteó el caso a los emperadores Diocleciano y Maximiano. Diocleciano fue el emperador que más se opuso a la penetración de las costumbres provinciales en el Derecho romano y, sin embargo, a él se debe el reconocimiento general de la sucesión contractual entre los militares.

Dice así la *L. Licet inter privatos* (C. 2.3.19 *De pactis*): «Aún cuando un escrito hecho entre particulares, en el que se expresa que aquél que sobrevive se haga dueño de los bienes del otro, no presenta ciertamente los caracteres de donación hecha eficazmente por causa de muerte, sin embargo, como la voluntad de los militares, que se manifiesta por escrito en los últimos momentos de su vida y sobre la disposición de sus bienes familiares, en cierto modo, hecha en contemplación de su muerte, tiene fuerza de última disposición, y como dices que tú y tu hermano, al marchar a la guerra, pactásteis recíprocamente por causa del común riesgo de muerte, que al que sobreviviese le pertenecieran los bienes de aquél a quien el azar hubiese puesto término a su vida, se entiende que, cumpliéndose la condición, se transfirió a tí por el testamento de tu hermano, que se confirma por patente favor de constituciones de los príncipes, también la totalidad de sus bienes»: *Vim postremi iudicii obtineat... ob communem mortis fortunam invicem esse pactos... quod principalium constitutionum prompto favore firmatur.*

No se sabe todavía bien qué clase de negocio jurídico han celebrado los dos hermanos militares; no se admite todavía que se pueda suceder por pacto sucesorio; el negocio jurídico no tenía los caracteres propios de una donación *mortis causa* y, sin embargo, sí tenía todas las características de un acto de última voluntad, que por ser hecho por militares y disponerse de los bienes familiares, era necesario considerar válida *huiusmodo scriptura*, en base al favor dispensado por

las constituciones de los príncipes. Hay que destacar que en el texto en latín no se encuentra la palabra testamento que luego se encuentra en la traducción de García del Corral; por el contrario, lo que dicen los emperadores Diocleciano y Maximiano, es que el pacto celebrado entre los dos hermanos militares, en el que se instituían recíprocamente herederos universales en el caso de que uno premuriera, era un acto o negocio jurídico que tenía la fuerza de una última voluntad: *vim postremis iudicii obtineat*.

El reconocimiento de este pacto sucesorio por esta ley tiene una importancia extraordinaria y, creo yo, que de un alcance general, ya que, como hemos visto, los militares podían disponer de sus bienes como quisieran o pudieran, lo contrario *inter privatos*. De otra opinión es Vismara, que considera que esta ley no constituye todavía un reconocimiento del pacto sucesorio institutivo exclusivamente limitado a los militares. Diocleciano no lo considera, desde el punto de vista formal, como un pacto institutivo, sino como un testamento. Los emperadores, sigue diciendo Vismara, reconocen a través del pacto la real voluntad del muerto, la declaración cierta y suficiente para fundamentar una voluntad testamentaria, ya que los militares estaban exentos de la forma del testamento. Sin embargo, el acto, sin lugar a dudas, es un pacto sucesorio, aunque se le configure como testamento.

Para Re<sup>73</sup>, esta ley no constituye una excepción a la regla general del Derecho romano, de prohibición de los pactos sucesorios, aunque reconoce que debió de ser preciosa para los intérpretes que quisieran justificar esta nueva teoría. Para Braga da Cruz, es dudoso si en esta ley se hace referencia a un pacto sucesorio o a un testamento recíproco, ya que entre los militares el Derecho sucesorio está al margen de todos sus principios tradicionales.

Yo considero que se admitió como válido este pacto sucesorio recíproco en base a las leyes que regulan el llamado testamento militar o el derecho de los militares a testar como quisieran o pudieran, además de que los emperadores no se refieren a que este pacto fuera un testamento, o que fuera un testamento imperfecto que se perfeccionaba por

---

<sup>73</sup>RE, Camillo, *Del patto successorio. Studi e documenti di Storia e Diritto, anno VIII*, fasc. 1.<sup>o</sup>, 1887 y anno VII, fasc. 1.<sup>o</sup>, 1886; año VII, fasc. 1.<sup>o</sup>, pág. 186.

BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 98 y s.

la sola voluntad de los militares y por el trato de favor dado por las constituciones de los emperadores antes citados; no hablan de testamento, sino de que este pacto tenía la fuerza de una última voluntad, concepto éste más amplio que el del testamento, ya que dentro de él se encuentran los codicilos, los legados, los fideicomisos, las donaciones *mortis causa* y, desde ahora, los pactos sucesorios entre los militares. Hay que destacar también que, sistemáticamente, esta ley se encuentra en el título referido a los pactos y no en el dedicado al testamento militar (C. 2.3.19 *De pactis*). No se refiere la ley a si los militares eran romanos o no, comprensible si ya desde el año 212 por la Constitución Antoniana todos eran ciudadanos romanos. Quizá estos hermanos eran de esos nuevos ciudadanos del Imperio romano y haciendo un pacto sucesorio, no hacían más que lo que ellos tenían por costumbre; no lo sabemos.

Como ha ocurrido tantas veces en la historia, lo que empezó siendo un privilegio de los militares en campaña, se extendió más tarde a los no militares o a los militares en sus casas, como veremos más adelante, lo mismo que la jurisprudencia y la doctrina se inspiraron en esta institución para basarse o desviarse del régimen testamentario. Con el testamento militar y con su régimen se imprime al Derecho sucesorio romano una nueva orientación, en completa contradicción con el régimen del *ius civile*<sup>74</sup>.

Los romanistas que sostienen que al Derecho romano, en general, le repugnaron siempre los pactos sucesorios y que los prohibió, suelen dar otra interpretación a la L. *Licet inter privatos*. Así Biondi<sup>75</sup> dice que esta ley no es contraria a los principios hereditarios romanos, ni podía repugnarles este pacto como les repugnaban a los romanos los pactos sucesorios, porque la misma ley considera este acuerdo como un testamento y no como un pacto sucesorio; de nuevo se vuelve a identificar última voluntad con testamento, siendo aquélla, creo yo, el género y el testamento una de las especies y no la única; claro está que pensando en el Derecho romano postclásico y justiniano.

<sup>74</sup> RABIE, L., *ob. cit.*, pág. 443.

<sup>75</sup> BIONDI, B., *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano* (Milán, 1946), págs. 125 y s. y *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milán, 1954), *Corso di lezione*, pág. 23.

Tampoco reconoce en este negocio jurídico, celebrado entre los dos hermanos militares, un pacto sucesorio Bonfante<sup>76</sup>, porque, aunque lo que declararon los dos hermanos militares tuviera la apariencia de un contrato, no era un contrato, sino dos voluntades independientes, es decir, que lo que ve Bonfante en este contrato sólo aparente, son como dos testamentos, independientes uno de otro, de los dos hermanos militares. Además, sigue diciendo Bonfante, al no estar los militares sometidos a ninguna clase de forma, cualquier declaración de voluntad de éstos adquiriría la naturaleza de un *postremo iudiciis*.

Lo hecho por los dos hermanos militares, según Fadda<sup>77</sup>, fue una verdadera institución hereditaria, que hubiera podido ser revocada en cualquier momento, incluso si, permaneciendo vivos los dos hermanos, no hubiera todavía transcurrido el año dentro del cual tenían eficacia los testamentos hechos entre los militares.

Como dice Niccolai<sup>78</sup>, el verdadero testamento romano no fue destruido por los invasores germánicos, porque estaba ya muerto. Los privilegios concedidos por los emperadores romanos a los militares habían ya abierto la puerta al testamento medieval. Y yo añado: habían abierto la puerta y empezado a formarse la categoría de actos de última voluntad, comprensiva ya no sólo de los testamentos, sino también de las donaciones *mortis causa* y pactos sucesorios, entre otras especies sucesorias.

## V. INFLUENCIA DE LA IGLESIA EN LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES

Lo mismo que los militares podían disponer de sus bienes a causa de muerte, olvidándose de los requisitos formales que se le exigían a los paganos o particulares, lo mismo ocurrió en las disposiciones *mortis causa* o últimas voluntades hechas a favor de la Iglesia, monasterios u

---

<sup>76</sup> BONFANTE, P., *Corso di diritto romano* (Roma, 1930), vol. VI: *Le successioni*, págs. 170 y s.

<sup>77</sup> FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* (Nápoles, 1900-1901), pág. 320.

<sup>78</sup> NICCOLAI, F., *La formazione del Diritto successorio negli statuti comunali del territorio lombardo-tosco* (Milán, 1940), vol. 18, pág. 277.

obras pías, es decir, que en estas últimas voluntades *liber est stilus* y sólo se tendría en cuenta, para catalogarlas, la voluntad del disponente o disponentes. La voluntad de los disponentes ocupa el primer lugar en estas últimas voluntades a favor de la Iglesia u obras pías, mientras que la forma empleada sólo es el medio de expresión de esa voluntad, de ese querer.

La idea sobre el inquietante destino ultraterrestre que tenían los cristianos de la sociedad romana y bizantina de los siglos prejustinianos, dio lugar a una riquísima y abundante caridad que se manifestaba en multitud de facetas. La profusión de donaciones *inter vivos* o *mortis causa*, legados, fideicomisos y herencias piadosas fueron abrumadoras, siendo esta especie de negocios jurídicos un verdadero catalizador de todo el Derecho y de la cultura postclásica romana.

Al pretender el piadoso donante o testador la realización de un negocio jurídico motivado por el alma, no había cauce legal abierto, ni posible según las normas del Derecho vigente, lo que motivó una extraña animosidad contra los principios jurídicos vigentes; una insubmisión y rebeldía frente a la ley humana<sup>79</sup>. Tal vez fueron los viejos requisitos civiles, sobre todo en el Derecho hereditario romano, los principales escollos donde tropezarían los piadosos testadores en sus caprichosas disposiciones *mortis causa* y donde encontrarían las dificultades más insalvables. Al igual que los militares, también las personas piadosas que querían disponer de sus bienes, de todos o de parte, pensando en la salvación de sus almas, encontrarían grandes escollos y grandes dificultades y, sobre todo, la siempre constante amenaza de nulidad de sus últimas voluntades por los defectos de forma, tal vez muy frecuentes, en una época en la que la preparación y formación jurídica dejaba mucho que desear en comparación con los siglos que pasaron.

Tal vez, dice Murga, a los cristianos de los años 300 les parecería una verdadera incongruencia la especie de conflicto entre los intereses divinos y humanos, entre los altos intereses de Dios y de la Iglesia y el pequeño residuo formalista y pagano, verdaderamente sin sentido

---

<sup>79</sup> MURGA, J. L., *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho romano tardío* (Pamplona, 1968), págs. 34 y s. *Los negocios «pietatis causa» en las constituciones imperiales postclásicas*. AHDE (1967), tomo 37, págs. 245-338.

para ellos, que la ley humana parecía exigir. Indudablemente para estos cristianos, esa ley no sería «justa» es decir, no encarnaría el ideal de justicia, que era facilitar el camino hacia Dios. La conciencia cristiana se fue haciendo cada vez más hostil a estos mortificantes requisitos de forma que pudieran hacer estériles los generosos impulsos de donantes y testadores, frente a las ambiciosas pretensiones de unos parientes más o menos interesados en la nulidad.

La influencia de la Iglesia fue tan fuerte que todas las posibles trabas jurídicas, van cayendo por tierra y la praxis postclásica dará entrada a muchas figuras jurídicas que posiblemente en otra coyuntura histórica hubieran sido imposibles o nulas. En esta pretendida lucha, sigue diciendo Murga, entre la norma religiosa y la norma jurídica, ésta es vencida por aquélla, con lo que es fácil que aparezcan muchos actos jurídicos que teóricamente son nulos, en cuanto al ordenamiento legal vigente, pero que nadie se cuidará de impugnarlos, tal vez por estar ungidos por un halo de religiosidad. Es la hora de las anomalías jurídicas, de la aparición de testamentos, de donaciones universales de bienes, de pactos sucesorios, buscando una vía legal adecuada; por ejemplo, los testamentos hechos a favor de Cristo, de los Santos, de los pobres; los testamentos eclesiásticos y el de las vírgenes y viudas consagradas a Dios; las donaciones universales hechas a monasterios por los que iban a ingresar en la vida monástica, es decir, disposiciones de última voluntad que van abriéndose camino poco a poco, hasta que, a partir del siglo IV, gozan ya de un trato oficial de favor, como se desprende de las obras de los grandes pensadores del cristianismo, San Agustín y San Juan Crisóstomo.

El privilegio concedido a estas últimas voluntades hechas a favor de la Iglesia u obras pías se debió al emperador Constantino y se concedió en el año 321, justo 32 años antes de que este mismo emperador declarara al cristianismo religión oficial del Imperio. Dice así el emperador Constantino en la L. *Habeat*. (*De sacross. eccls.* C. 1.2.1; C. th. 16.2.4): «Tenga facultad cada cual para dejar, al morir, los bienes que haya querido al santísimo, católico y venerable concilio, y no sean nulas las últimas voluntades. Porque nada hay que más se deba a los hombres, sino que sea libre la disposición de la última voluntad, después que ya no puede querer otra cosa, y lícito el arbitrio, que no vuelve otra vez».



La ruptura absoluta con las exigencias de forma, tratando de salvar las últimas voluntades en favor de la Iglesia, la constituye la L. *Iubemus*. (*De sacross. eccls.* C. 1.2.14), del año 470 y de los emperadores León y Antemio. Dice entre otras cosas esta ley: «Mas si por testamento, hecho en cualquier forma de derecho, o por codicilo, o por sola manifestación verbal, o por legado, o fideicomiso, o donación por causa de muerte, o por otra cualquier última voluntad, o habiendo hecho ciertamente una liberalidad entre vivos, o por contrato de venta, o de donación, o por otro cualquier título, hubiere querido alguno que pertenezca a la mencionada venerable Iglesia su patrimonio, o una parte cierta de su patrimonio... conserven invariablemente todas estas cosas absolutamente sin ninguna alteración...».

Es conveniente que nos fijemos en el concepto amplio que esta ley da sobre la categoría de actos de última voluntad, todos ellos válidos si su destinatario era la Iglesia, ya se hubiera dispuesto de la totalidad del patrimonio o de una parte cierta: *Verum sive testamento quocunque iure facto, seu codicillo, vel sola nuncupatione, legato, vel fideicommisso, aut mortis causa donatione, aut alio quocunque ultimo arbitrio*. Dentro de este inciso final: o cualquier otra última voluntad, tenemos que señalar nosotros que se encontraba la sucesión por pacto y es admitida en no pocas constituciones imperiales, entre ellas, la que ya hemos visto de Diocleciano y Maximiano referente a los militares, es decir, la L. *Licet inter privatos. De pactis*.

En el año 472, los mismos Emperadores León y Antemio (C. 1.3.33 (34)), concedieron un privilegio nuevo a los eclesiásticos sometidos a la patria potestad; el privilegio de disponer libremente de los bienes que constituían su peculio cuasi castrense: *testandi vel donandi vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa*, para fines piadosos. A esta plenísima facultad de disposición se referirá más tarde Justiniano, en el año 531 (C. 1.3.49 (50)): *Cum lege leoniana viris reverentissimis episcopis et presbyteris et diaconis peculium habere quasicastrense concessum est*, pero extendiendo esta plenísima facultad de disposición también a los *diaconos et subdiaconos et lectores et cantores, quos omnes clericos appellamus*.

Pero lo que fue un privilegio imperial concedido a todos aquéllos que disponían *mortis causa* en favor de la Iglesia, se convirtió con el tiempo en un nuevo régimen de libertad de forma, de carácter general,

para todos los ciudadanos del Imperio. La extensión de este privilegio *ad populus* se hizo en el año 339 y fue obra del mismo emperador Constantino, que ya en la L. *Habeat*. había determinado que no fueran nulas las últimas voluntades en favor de la Iglesia. En esta nueva ley *Quoniam indignus est* (C. 6.23.15), el emperador clasifica las disposiciones *mortis causa* en dos grandes categorías: testamentos y últimas voluntades, en las que podemos ver las dos formas de delación voluntaria: la testamentaria y la contractual. Dice así esta ley: «Porque es indigno que por causa de una vana observancia se invaliden los testamentos y las últimas voluntades de los difuntos, plugo, que, quedando suprimidas aquellas formalidades, cuyo uso es imaginario, no sea necesario para la institución de heredero el empleo de ciertas palabras, ora se haga con palabras imperativas y directas, ora con indirectas. Porque no importa que se diga: «hago heredero», o «instituyo», o «quiero», o «mando», o «deseo», o «sea», o «será», sino que valga la institución hecha con cualesquiera frases, expresadas con cualquier manera de hablar, con tal que por ella fuere evidente la intención de la voluntad... Así, pues, también en las disposiciones de las últimas voluntades estará suprimida la necesidad del empleo de palabras solemnes, de suerte que tengan la libre facultad, los que desean disponer de sus propios bienes, para escribirlo en cualquier materia, destinada a instrumento, y para usar de cualquiera palabras», *Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere... liberam habeant facultatem.*

Esta ley podría interpretarse de varias maneras; una sería que la ley se refiere a dos categorías de disposiciones *mortis causa*, una el testamento, y las demás (codicilos, legados, fideicomisos, donaciones *mortis causa* y la todavía no clara categoría de los pactos sucesorios) englobadas bajo la expresión de últimas voluntades. Refiriéndose a la primera, es decir, al testamento, el emperador Constantino señala la libertad de forma y expresión en la institución de heredero, mientras que al referirse a las últimas voluntades se refiere también a la libertad de forma, pero esta vez, aludiendo a la disposición de los bienes, con lo que se podría pensar que por pactos sucesorios, comprendidos dentro de esta expresión amplia de últimas voluntades, no se podía instituir heredero, sino solamente disponer de los bienes *mortis causa*. Pero

esta interpretación va en contra de la L. *Licet inter privatos* del año 290, en la que el emperador Diocleciano catalogó de última voluntad un pacto sucesorio hecho por dos hermanos militares, en el que se instituían recíprocamente herederos de todos sus bienes.

Lo que está claro es que en el Derecho postclásico y justiniano, el fundamento de las últimas voluntades estaba en la sola voluntad del disponente o disponentes: con tal de que por ellas fuera evidente la intención de la voluntad, y no en los requisitos formales. Pero volvamos otra vez a las disposiciones *mortis causa*, muchas de ellas irregulares, hechas a favor de la Iglesia o de los monasterios, tan frecuentes durante la era cristiana y que constituyeron el nervio central de todo el Derecho hereditario cristiano bizantino y medieval.

En esta época se aconsejaba imperativamente e incluso violentamente, y se recuerda constantemente la obligación de todos los cristianos, y muy especialmente de los monjes, vírgenes y viudas consagradas a Dios, de «devolver» a Cristo, en el momento de disponer *mortis causa* de sus bienes, al menos una parte de los bienes que por liberalidad divina habían recibido, es decir, la cuota *pro anima*. Pero con frecuencia no se trataba de disponer de esa cuota *pro anima*, sino que los que profesaban o entraban en religión hacían una verdadera sucesión universal de sus bienes; una auténtica sucesión universal entre vivos y de carácter bilateral, coincidiendo con el momento de su ingreso en un monasterio o en una orden religiosa.

Desde el punto de vista espiritualista y monacal, se veía al que profesaba como una persona «muerta», una persona que ya había dejado de existir para el mundo y la sociedad; desde el punto de vista de la ley romana, la «muerte» religiosa no se reconocía, pues desde el punto de vista del Derecho vigente, el monje era un hombre libre y romano, con capacidad jurídica y capacidad de disponer de sus bienes *inter vivos* o *mortis causa*. Dice Murga<sup>80</sup>, que tanto la norma teodosiana, como la contenida en el Código, evitan, para estos supuestos, cuidadosamente la palabra *successio*, aunque de hecho se producía una verdadera sucesión universal entre vivos; por ello recurrió a la idea de una donación universal, que se diferenciaba del testamento en su bilateralidad y, de manera más clara, por su irrevocabilidad. Sólo mediante

---

<sup>80</sup> MURGA, J. L., *Donaciones y testamentos*, ob. cit., págs. 138 y s.

una donación a causa de muerte, dice Vismara<sup>81</sup>, irrevocable, se podía dar al futuro sucesor *mortis causa* (la Iglesia, el monasterio) la mayor seguridad posible de conseguir los bienes que se le habían atribuido, sin que, por otra parte, el disponente se viera privado de ellos durante su vida. La cláusula de irrevocabilidad que se ponía en estas donaciones estaba completamente conforme a la disciplina romana de la *mortis causa donatio*, tan frecuente en los documentos greco-egipcios, en los que aparecen también donaciones *mortis causa* revocables, aunque eran las menos.

También era frecuente que los que iban a profesar recibieran sólo de la herencia paterna el usufructo de determinados bienes y no su propiedad, como también fueron frecuentes, por el mismo motivo de su ingreso en religión, que éstos y sus padres celebraran pactos sucesorios renunciativos, a través de los cuales el profeso renunciaba a todos sus derechos sobre la herencia paterna<sup>82</sup>. Por lo que se refiere a las mujeres, vírgenes y viudas, eran frecuentes los casos en los que se entregaban en cuerpo, alma y patrimonio a la vida religiosa, haciendo donaciones universales a los conventos o monasterios en donde se ingresaban. El emperador Marciano (Nov. Marc. 5.2; C. 1.2.13), declaró válidas las disposiciones *mortis causa* hechas por las viudas y religiosos en favor de la Iglesia, de cualquier modo en que estuvieran redactadas<sup>83</sup>.

Si el que intentaba profesar tenía hijos, antes de profesar dividía inmediata e irrevocablemente su patrimonio entre sus hijos, lo cual constituía un verdadero pacto sucesorio y sucesión en vida del causante. Es famosa la división que hizo entre sus hijos el emperador Publio Elvio Pertinace (a. 193). El emperador Valentiniano III (Nov. Valent. 3.3.1 año 439), admite que él, cuando entrara a formar parte del clero, podía dividir su patrimonio entre sus hijos, reservándose una cuota: *facultates suas pro virili portione singulis filiis dividat sibimet simili parte reservata*. También el emperador Justiniano, en la Novela 13, se refiere a la división de la herencia hecha en vida por el padre o la

<sup>81</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 41 y s.

<sup>82</sup> TAMASSIA, N., *La melioratio dei figli nell'antico diritto ereditario germanico* (Módona, 1921), pág. 10.

<sup>83</sup> VOLTERRA, E., *ob. cit.*, pág. 734.

madre que querían entrar en un monasterio. Disposiciones de este género, que son verdaderos pactos sucesorios, debieron ser particularmente frecuentes (Nov. Justiniano 123, c. 38, año 546)<sup>84</sup>.

## VI. LOS PACTOS SUCESORIOS ENTRE PADRES E HIJOS

Ya hemos visto cómo el Príncipe y la Augusta tenían el privilegio de que todos los contratos que hicieran, como las donaciones que recíprocamente se constituyeran, eran válidas, tenían la fuerza de la ley y no necesitaban de ningún apoyo externo; veremos, más ampliamente en el capítulo dedicado al Derecho común, cómo este privilegio se extendió a las nobles familias; privilegio que en la Edad Media veremos recogido en los Estatutos y reconocido como costumbre inmemorial, por la que a los nobles les estaba permitido disponer de sus bienes *mortis causa* por pactos sucesorios.

Nos hemos referido también a la otra clase de nobleza, los militares, que podían disponer de sus bienes a causa de muerte como quisieran y pudieran y, dentro de este derecho, hemos visto sancionado, con carácter general, un pacto sucesorio recíproco entre dos hermanos militares. Por último, nos hemos referido al privilegio concedido por el emperador Constantino a las últimas voluntades hechas en favor de la Iglesia primero y, luego, privilegio general para todos los ciudadanos.

Pues bien, al privilegio de los príncipes, nobles, militares e Iglesia, tenemos que añadir ahora el privilegio concedido a las disposiciones *mortis causa* hechas por los padres en favor de sus hijos, ya se hubieran hecho éstas en un testamento, o un codicilo, legado, fideicomiso, donación *mortis causa* o cualquier otra última voluntad. En las últimas voluntades de los padres en favor de sus hijos, se estará también a la sola voluntad del difunto, aunque estas disposiciones se hubieran hecho sin las solemnidades exigidas para los testamentos y se hubiera manifestado esta voluntad de cualquier manera.

El favor de las últimas voluntades de los padres hacia los hijos lo encontramos en la L. *Filii patri*, del emperador Diocleciano, del año

---

<sup>84</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 130 y s.

293, tres años más tarde del reconocimiento de la validez del pacto sucesorio recíproco hecho por dos hermanos militares (C. 3.36.16 y 21 *Familiae erciscunde*). Se dice en esta ley que los hijos no pueden rescindir el testamento de su padre, a no ser que probaran que era inoficioso. Fuera de este supuesto, estableció el emperador que «fuera suficiente su voluntad» aunque su voluntad hubiera sido declarada en algunas palabras. En estos casos «se significó con la autoridad del derecho que... debe el juez, a quien se hubiera recurrido en el juicio de partición de la herencia, atenerse a la voluntad del padre» aunque ésta se haya manifestado «en su testamento o cualquier indicio».

Si es sólo la voluntad de los padres la que se tiene en cuenta en las disposiciones *mortis causa* a favor de sus hijos, un modo cómodo de disponer de sus bienes para después de su muerte era la *divisio inter liberos*, frecuente modo de disponer de sus propios bienes los ciudadanos orientales. Se trata de una división hecha en vida de los padres, con su consentimiento y el de sus hijos, a través de un pacto sucesorio. Tal pacto podía llevarse a cabo de dos maneras: 1.<sup>a</sup> En un pacto sucesorio hecho por los propios hijos sobre la herencia futura de su ascendiente, bien por iniciativa de éste o simplemente con su consentimiento. 2.<sup>a</sup> Por un pacto entre padres e hijos por el que aquél divide en vida su propio patrimonio entre sus hijos<sup>85</sup>.

Este modo de regular la propia sucesión debió de ser muy frecuente en la práctica, pues no son pocas las constituciones imperiales que se ocupan de ello, sin olvidar que estas constituciones son posteriores a la Constitución Antoniana (año 212 d. C.), que concedió la ciudadanía romana a casi todos los habitantes o súbditos del Imperio, los cuales, como hemos visto anteriormente, desconocían el testamento y dispusieron siempre de su herencia en vida y, sobre todo, mediante una división de sus bienes entre sus hijos, generalmente a través de donaciones<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 122.

VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *ob. cit.*, págs. 734 y s.

BONFANTE, P., *Le affinità...* *ob. cit.*, pág. 379.

SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, pág. 108.

RE, C., *ob. cit.*, págs. 185 y s. y VIII, págs. 96 y s.

BRAGA DA CRUZ, G., *ob. cit.*, págs. 100 y s.

<sup>86</sup> GAUDEMET, A *propos du...* *ob. cit.*, pág. 293.

Ya Papiniano (D. 10.2.20,3) se ocupa de ella y se cuestiona si se trataba de una simple donación o de un *supremo iudicio*. Faltaba en ella, dice Besta<sup>87</sup>, la institución de heredero, pero no faltaban los herederos. La división podía hacerse por testamento o *scripturam*, y ésta incluso irrevocable; de lo que nadie dudaba era que a la muerte del padre o de la madre, se les asignaban los bienes a los hijos, según la cuota que a cada uno le hubiera correspondido, *iure hereditario*.

En el año 321, el emperador Constantino en la L. *Inter omnes dumtaxat* (C. 3.36.26 *Familiae eriscundae*), vuelve a repetir que se está a la voluntad última de los padres, «ya se dijese que hay un testamento comenzado y no acabado, o un codicilo, o una carta del ascendiente, ya si de cualquier otro modo se hallaron dejadas escrituras con algunas palabras o indicios... aun si tal disposición estuviera destituida de las solemnidades de las leyes».

Cinco años más tarde, en el año 327, el emperador se refiere a un pacto sucesorio hecho en vida por una madre y sus hijos, en el que la madre divide su herencia entre ellos (C. th. 2.24.2). En esta ley se dice que nadie tiene derecho a apropiarse de los bienes de una persona viva, ni siquiera para dividirlos, pues ambas cosas atentaría contra las buenas costumbres. Pero si la madre lo ha permitido y los hijos, con su consentimiento, se hubieran repartido sus bienes, en este caso, estimó el emperador Constantino que debía mantenerse la división a toda costa, siempre y cuando ésta (la madre) no hubiera expresado su voluntad contraria durante su vida. *Contra bonos mores concessa licentia est: sed si praecipiente matre bona eius inter se liberis diviserunt, placuit omnifariam nobis huiusmodi divisione durare, si modo usque ad extremus eius viventi spotium voluntas eadem perseverasse doceatur.*

Como puede verse, se trataba de un pacto sucesorio celebrado entre los hijos sobre una herencia ajena, la de la madre, y en vida de ella. Es el primer tratamiento de un pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero, que en esta ley es reprobado como contrario a las buenas costumbres, pues nadie tiene derecho a apropiarse de los bienes de una persona viva, ni siquiera para dividir esa herencia. El emperador

---

<sup>87</sup> BESTA, E., *Le successioni nella storia del Diritto italiano* (Padua, 1935), vol. XIII, pág. 129.

Constantino manifiesta así, al principio de la ley, su rechazo a estos pactos sobre la herencia de un tercero sin su conocimiento y sin su consentimiento; pero si el supuesto que se le plantea hubiera sido otro, es decir, que la madre lo permitió y que los hijos, con su consentimiento, se dividieron los bienes de la herencia de su madre, en este caso y solamente en éste, debe mantenerse el pacto con la condición de que la madre *perseverantia voluntatis*, durante el resto de su vida.

Según Samper Polo<sup>88</sup>, la expresión y la condición *perseverantia voluntatis*, fue una creación de los juristas del Derecho romano vulgar, que tendría amplia fortuna con el tiempo; era éste un concepto casi desconocido en la jurisprudencia romana, pero que empezará a ser aplicado en todos aquellos casos de donaciones en los que existía una nulidad o ineficacia inicial, sea de Derecho civil y honorario, para lograr que la donación subsistiera firme después de la muerte del donante. Finalmente, este concepto pasaría a las donaciones *mortis causa* y, según veremos, a los pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero, que solamente serían válidos y eficaces si aquél de cuya herencia se trataba prestaba su consentimiento y perseveraba en él hasta el final de sus días. Esta idea o esta condición la asumirá y reiterará más tarde el emperador Justiniano en la L. *De quaestione* del año 531, que veremos más adelante.

Al pacto sucesorio celebrado entre padres e hijos lo llamaron los emperadores Teodosio y Valentiniano, en el año 493 y en la L. *Ex imperfecto*, (C. 6.23.21,3 *De testamentis et quomadmodum testamento ordinetur*), testamento imperfecto, pero válido por un trato de favor especial entre padres e hijos solamente. Dicen así los emperadores: «Mas no queremos que en virtud de un testamento imperfecto tenga validez la voluntad de un difunto, a no ser que sea hecho por los ascendientes de uno y otro sexo entre sólo los descendientes. Pero si en tal testamento se hubiera mezclado con los hijos otra persona extraña, es cierto que este testamento se considera nulo solamente en cuanto a aquella persona que se mezcló, pero que acrece a los descendientes».

Este llamado testamento imperfecto pudiera ser perfectamente un pacto sucesorio entre padres e hijos mediante una escritura, aunque esta disposición estuviera destituida de las solemnidades de las leyes;

<sup>88</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, pág. 125.



si en este testamento imperfecto, o especie de testamento contratado, se hubieran mezclado personas extrañas, los emperadores no hicieron más que aplicar el principio general o la máxima *utile per inutile non vitiatur*, por la que se salva el testamento imperfecto por tratarse de padres e hijos y se declara nula únicamente la disposición que hiciera referencia a la persona extraña<sup>89</sup>.

La idea de privilegio especial de las últimas voluntades entre padres e hijos aparece, de nuevo, en la Novela de Teodosio (16.5): *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi solo liberos habeatur, non volumus*.

Incluso en una Ley *Haereditas extraneis* (C. 5.14.5 *De pactis conventis*), los emperadores Diocleciano y Maximiano, en el año 290, es decir, en el mismo año y los mismos emperadores que declararon válido el pacto sucesorio recíproco celebrado entre dos hermanos militares, establecieron que «La herencia se les da a los extraños por testamento»: *Hereditas extraneis testamento datur*, que interpretada en sentido contrario nos afianzaría en la idea de que, por privilegio especial, la herencia entre padres e hijos se podía transmitir por pacto sucesorio, pero únicamente entre ellos.

También en el Código Teodosiano (C. th. 2.24.1) y en la L. *Cum dividundae*, se le atribuye a las escrituras imperfectas el valor de un testamento: *quemadmodum valent scripturae simpliciter incoatae, quas nulla solemnitate defendunt solis nixae radicibus voluntatis. Licet enim sub testamenti vocabulo coeptae, cum perfecta non sint, porque entre padres e hijos y según el Derecho civil vel auxilio praetoris... considerari specialiter voluntatem placet; en esta ley se señala también que las últimas voluntades... favorem debent*.

Los padres tenían, pues, la facultad de dividir la herencia entre sus hijos en vida, ya que la L. *Parentibus arbitrium* (C. 3.28.8 *De inofficioso testamento*) establecía que «no se les ha de quitar a los padres el arbitrio para dividir la herencia entre sus hijos» incluso con anterioridad a su muerte, «si ejerciendo a previsión, con la idea de su futura sucesión, el oficio de árbitro de la partición de la herencia, declaró el padre común su voluntad en su testamento o con cualquier

<sup>89</sup> MARÍN PADILLA, M.<sup>ª</sup> L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos, «utile per inutile non vitiatur»*, (Barcelona, 1990).

otro *iudicio suo vel qualibet iudicio suam declaravit voluntatem*, según la L. *Si cogitatione*.

Por tanto, y según estos textos, en las últimas disposiciones de los padres a favor de los hijos triunfa siempre la voluntad del difunto, cualquiera que sea la manera o forma empleada para manifestarla, siempre que se probara suficientemente que aquélla era su verdadera voluntad<sup>90</sup>; pero estas disposiciones o divisiones de herencia entre los padres y los hijos, que se redactaban en escritura, sin someterse a formalidad alguna, no parece que fuera ni un testamento, ni un codicilo, sino que podía ser perfectamente un pacto sucesorio, tal y como se hacían en las provincias orientales del Imperio, ya que ésta era una manera más sencilla de disponer de los bienes *mortis causa* que por testamento, institución que desconocían anteriormente<sup>91</sup>.

Los pactos sucesorios de división de la herencia paterna y materna en vida de los padres y en favor de los hijos, ya con el reconocimiento oficial de las constituciones vistas, debieron ser cada vez más frecuentes, como lo prueba la Novela 102 de Justiniano, del año 541. El título de esta Novela es: «De los testamentos imperfectos hechos por los padres a favor de los hijos y de la división de los bienes hecha y suscrita por los hijos en presencia del padre y de los bienes de éste». En el prefacio de esta Novela se vuelve a repetir: «es menester que las voluntades de los que fallecen, cuando son los padres, tengan de todos modos validez entre los hijos», siempre que «apareciesen por algunos indicios o conjeturas y por cualquier escritura, sean también de este modo válidas».

Parece como si el emperador Justiniano estuviera cansado ya de responder a consultas sobre la validez o no de disposiciones *mortis causa*, presentadas o manifestadas de forma irregular; los términos empleados en la Novela son amplios y a las expresiones anteriores, se añaden otras que el emperador Justiniano se apresura a decir que «también sean válidas». Al aparente cansancio se añade, sin embargo, una queja, ya que «aprovechándose los hombres de esta licencia han llegado

---

<sup>90</sup> SOLAZZI, S., *L'origine del «testamentum inter liberos»*, in *Scritti di Diritto romano* (Nápoles, 1963), T. IV, pág. 506.

<sup>91</sup> MAYR, R., *ob. cit.*, T. II, pág. 327.

a tanta oscuridad, que estas cosas necesitan más de adivinos que de intérpretes».

En el capítulo III de esta Novela dice el emperador Justiniano: «Mas como sabemos que algunos hacen las divisiones entre sus propios hijos y procuran que ellos las subscriban, admitamos también esta forma. Porque si alguno dividiera sus propios bienes, y llamando a sus propios hijos, hiciera que subscribieran tales divisiones, y que las consideren válidas, y que confiesen que ésta subsistirá de tal modo, sea también válido esto sobre la división de tales bienes con arreglo a nuestra constitución, que por causa de tal establecimos, y que mandamos por medio de esta ley que sea válida en todos los casos que en esta contiene. Mas si también él mismo hubiere suscrito la división, y todo lo hubiera dejado claro mediante su firma, sea también esto válido, porque también esto está ya contenido en nuestra ley». «Con tal que esta escritura se le añada la firma o del mismo ascendiente, o de todos los descendientes entre los que se hace la partición» (Novela 18. c. 7 Authent.).

El carácter de pacto sucesorio no se puede dudar con el consentimiento prestado por los descendientes, sus firmas y el juramento de que cumplirán lo establecido. La ley a que hace referencia el emperador Justiniano es la *L Scrupulosam* (C. 8.37 (38).11) del año 528, a través de la cual pone fin, de una vez, a todos los problemas planteados por la admisión o no de los pactos sucesorios en el Derecho romano, y en la que reconoce ya claramente que la delación voluntaria de la herencia podía hacerse por testamento y por contrato. Pero de esta ley hablaremos más adelante.

Veamos ahora los pactos sucesorios en los contratos matrimoniales y con ocasión de la emancipación de los hijos.

## VII. LOS PACTOS SUCESORIOS EN LOS CONTRATOS MATRIMONIALES Y LA SITUACIÓN DE LA MUJER.

El carácter familiar y el mismo destino familiar que, en la época postclásica toman tanto los *sponsalia* como la dote, hacen de estas li-

beralidades instrumentos adecuados para constituir pactos sucesorios, bien entre los esposos, bien entre estos y sus hijos<sup>92</sup>.

Según el Derecho antiguo, dice Ihering<sup>93</sup>, el sexo no creaba ninguna diferencia apreciable en cuanto a los hijos sometidos al poder paterno. Los hijos y las hijas heredaban por partes iguales. Pero donde la posición de las hijas parece que llegó a ser diferente era al contraer matrimonio, porque las hijas obtenían, bajo la forma de dote, una parte de la fortuna paterna, mientras que el hijo no gozaba de esta ventaja. No era, sin embargo, más que el principio de igualdad lo que se les aplicaba. Por el matrimonio la hija salía del poder del padre y entraba en el del marido, perdiendo así el derecho a la herencia de aquél, mientras que el hijo lo conservaba. La dote indemnizaba a la hija de la pérdida de ese derecho, no siendo otra cosa que un anticipo de la herencia o una legítima anticipada<sup>94</sup>.

La finalidad de la dote, por tanto y originariamente, no era la de sobrellevar las cargas del matrimonio, concepción que parece presentarse al final de la época clásica, como el liquidar a la hija sus derechos hereditarios. La misma *Lex Voconia*, del año 169 a. C. probablemente para evitar que los patrimonios se concentraran en manos femeninas, prohibió que las mujeres fueran instituidas herederas por los ciudadanos inscritos en las primeras filas del censo, es decir, los que tenían un patrimonio no inferior a 100.000 sestercios.

La jurisprudencia extendió el principio de la *Lex Voconia* a las sucesiones intestadas, estableciendo que las mujeres tuvieran sólo derecho a suceder abintestado a los consanguíneos (padres, hermanos y hermanas); en los demás supuestos sólo los varones eran admitidos en la sucesión<sup>95</sup>.

El padre de familia romano favorecía mucho más a los hijos que a las hijas; tratándose de varones, salvo justas razones de desheredación, el padre los quería a todos iguales, como se ve en un testamento romano escrito en un papiro de Osirinco, estudiado por

<sup>92</sup>SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, pág. 186.

VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 119.

<sup>93</sup>IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, vol. II, cap. 2, pág. 116.

<sup>94</sup>NICCOLAI, F., *La formazione...*, *ob. cit.*, págs. 100 y s.

<sup>95</sup>VOLTERRA, E., *ob. cit.*, *Instituciones...*, pág. 698.

MAYR, R., *ob. cit.*, T. I, pág. 235.

Mitteis<sup>96</sup>. Igual papel desempeñaba la dote en los matrimonios greco-egipcios, en los que las hijas dotadas se consideraban contentas con la dote, que equivalía a la liquidación de sus derechos hereditarios; después de establecida la dote, la mujer no podía hacer valer derecho alguno sobre la herencia del padre. Esta práctica estaba muy extendida por las provincias del Imperio, así como en Occidente, a pesar de la oposición de la ley romana<sup>97</sup>.

Aunque la costumbre era que la hija debía considerarse contenta con la dote, considerada como anticipo de su herencia, no debieron ser pocas las ocasiones en las que la mujer dotada pedía también y reclamaba su derecho a la herencia paterna, porque en un papiro estudiado por Mitteis (II, 1, pág. 223-4), algunos hermanos se lamentan de que la hermana ya dotada había alegado su derecho sobre el patrimonio paterno y materno, sobre el que, por el hecho de haber sido ya dotada, sabía que no tenía derecho alguno sobre la herencia de los padres<sup>98</sup>. Para evitar estos casos, debieron ser muy frecuentes los pactos sucesorios renunciativos de las hijas en el momento de la constitución de su dote, en los que renunciaban al derecho sucesorio que pudiera corresponderles, en la herencia paterna<sup>99</sup>.

Pero estas costumbres, tanto de las provincias orientales del Imperio, como en Occidente, chocan con el Derecho romano clásico que consideraba estos pactos sucesorios renunciativos como contrarios a las leyes. Una renuncia a la sucesión legítima era imposible, porque

<sup>96</sup>TAMASSIA, N., *La melioratio dei figli nell'antico diritto ereditario germanico* (Módona, 1921), pág. 10.

<sup>97</sup>MAYR, R., *ob. cit.*, T. I, pág. 277.

TAMASSIA, N., *ob. cit.*, págs. 20 y s.

<sup>98</sup>TAMASSIA, N., *ob. cit.*, pág. 22.

MITTEIS, *Crestomazia papirologica*, vol. 2.º, n.º 1, pág. 223-4 y ns. 311, 312 y 313, citado por Tamassia.

VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 146 y s.

<sup>99</sup>VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 149 y s.

MICHAÉLIDÉS-NOUAROS, *ob. cit.*, pág. 68.

RE, C., *ob. cit.*, VII, págs. 183 y s.

BRAGA DA CRUZ, G., *ob. cit.*, pág. 99.

CAPITANT, H., *La prohibición des pactes sur les successions non ouvertes*, en *Studi in onore di Ascoli*, XLII, págs. 274 y s.

NAST, V., *Etude sur la prohibition des pactes sur successions future: histoire, droit civil moderne, legislation*, París, 1905, págs. 16 y s.

equivalía a renunciar a la cualidad de *suus*, lo que resultaba incompatible con la estructura familiar romana, o a renunciar al *ius adgnationis* que también tenía que ver con el *status familiae*. Así decía el jurista Hermogeniano en la L. *Qui superstitis* (D. 29.2.93. *De acquirenda vel omittenda hereditae*): «Al que repudia los bienes del que sobrevive, no se le prohíbe adir después de la muerte de éste la herencia, así como tampoco pedir la posesión de los bienes». La misma respuesta da Modestino (D. 2.17.34 (35) *De pactis*): *ius adgnationis non posse pacto repudiari, Juliani sententia est*, es decir, porque el derecho de agnación, según dice Juliano, no se puede repudiar por pacto, ya que sería como si alguien dijera que no quería ser dueño de sí mismo: *non magis quam ut quis dicat nolla suum esse*.

En la L. *Pater instrumento dotali* (D. 38.16.16 *De suis et legitimis heredibus*), Papiniano considera que la renuncia de la hija dotada por el padre a la herencia paterna, inserta en una cláusula del instrumento dotal, no tenía ninguna eficacia. Dice así esta ley: «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 cierto que esta escritura no alteró el derecho a la sucesión, porque la convención de los particulares no es considerada por la autoridad de las leyes», *ius successionis non mutasse constitit*.

El mismo caso debió presentarse, en el año 230, al emperador Alejandro Severo y su respuesta fue similar a la dada anteriormente por Papiniano. Dice así la L. *Pactum dotali instrumento* (C. 6.20.3. *De collationibus*): «Es desaprobado por la autoridad del derecho el pacto comprendido en la 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 a su padre intestado. Pero debe ciertamente llevar a colación con los hermanos que permanecieran bajo potestad la dote que recibió». Según Niccolai<sup>100</sup>, el rescripto del emperador Alejandro Severo no se insertó en el Código Teodosiano, de donde se deduce que tal renuncia podía ser hecha por la hija, de común acuerdo con sus padres y durante la vida de estos. Los pactos sucesorios renunciativos celebrados con ocasión del matrimonio de la hija y la constitución de su dote fueron sancionados legislativamente

<sup>100</sup> NICCOLAI, F., *ob. cit.*, págs. 101 y s.

como válidos en la Novela 50 del emperador Juan el Grande, el cual, en interés del Estado que exigía que la potencia económica de las principales familias permaneciera íntegra, estableció que las hijas dotadas no tuvieran ningún derecho sobre la herencia paterna.

Estos pactos sucesorios establecidos en los instrumentos dotales, no pueden privar al padre de la libertad de hacer testamento, dicen los emperadores Valeriano y Galieno, en el año 259, aunque el pacto sucesorio a que ellos se refiere era un pacto de igualdad entre los hijos. Quizá la desigualdad se había producido por el hecho de que la hija había sido ya dotada y además el padre le había prometido, con ocasión de la constitución de la dote, que sería también su heredera, en unión con su hermano. Dice así la L. *Pactum quod dotali*, (C. 2.3.15. *De pactis*) : «El pacto que se comprendió en el instrumento dotal, para que si el padre falleciese fuera heredera de su padre, en unión de su hermano, por partes iguales, la que entonces se casaba, no produce obligación alguna, ni pudo quitar al padre de la mujer la libertad de hacer testamento». Según Vismara<sup>101</sup>, este pacto no puede considerarse como un pacto institutivo, sino simplemente como una obligación sobre el *quantum* de la cuota hereditaria.

Tampoco tenía ningún valor, ni tenía acción ninguna para pedir los bienes de una mujer premuerta, en cuyo instrumento dotal se pactó que después de su muerte sus bienes irían al que, por lo que parece, era un extraño. Según los emperadores Diocleciano y Maximiano, en la ley ya citada anteriormente, la herencia se les daba a los extraños por testamento. L. *Hereditas extraneis* (C. 5.14.5. *De pactis conventis*): «La herencia se les da a los extraños por testamento. Así, pues, como afirmas que en vez de testamento se interpuso en el instrumento dotal pacto, para que después de la muerte de la mujer te pertenecieran sus bienes, que no se te obligaron a título de dote, ten entendido que con ninguna acción puedes demandar a sus herederos o sucesores, para que se te restituya lo que de ningún modo se te debe».

Otra manera por la que se trataba de impedir que la hija dotada o el hijo beneficiado con una donación *propter nuptias* u otra liberalidad con ocasión de su emancipación, pudieran más tarde pedir sus derechos hereditarios sobre la herencia paterna o materna, era el pactar, en el acto mismo de la liberalidad, que renunciaban a hacer valer la *querella*

<sup>101</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 80.

*inofficiosi testamenti*. Por las mismas razones, tampoco este pacto renunciativo era válido, según Papiniano, al que se refiere el emperador Justiniano en el año 531, en la L. *Illud etiam sancimus* (C. 3.28.35). El motivo de la nulidad de semejante pacto, que debió aducir Papiniano, sería que con tal pacto se violaba la regla de la sucesión *contra tabulas*, que al ser de derecho público, era obligatorio *ius cogens*<sup>102</sup>.

El aparente conflicto entre la sociedad romana y la ley romana ha llamado la atención de sociólogos y juristas, que han tratado de justificar la antítesis, no de conciliarla<sup>103</sup>. El mismo Ihering decía que los romanos habían separado las costumbres del Derecho y Mitteis señaló que los pactos sucesorios renunciativos eran muy frecuentes, a pesar de la oposición de las leyes y de los emperadores romanos<sup>104</sup>. El Derecho justiniano, dice Fadda<sup>105</sup>, no pudo erradicar esta costumbre, aunque está claro que lo intentó<sup>106</sup>.

El trato desigual que los romanos daban a las mujeres y que daba lugar a estos pactos sucesorios renunciativos, está probado en la Novela 6 del Maiorano, del año 458 (*De sanctimonialibus vel viduis et de successionibus earum*). Con esta *edictalis lex* se quiere poner un freno a los romanos que forzaban la libre voluntad de la hija para ingresarla en un monasterio, y a la viuda, que no por amor a la continencia, sino por vivir con un sistema de vida más libre, no quería de ninguna manera contraer matrimonio. El legislador prohibía que la noble doncella romana se pudiera consagrar a un monasterio antes de los 40 años, bajo la pena de una multa a ella y a sus padres. La finalidad de los padres era clara: deseaban conservar el patrimonio a los varones y si las hijas entraban en religión o se volvían a casar, se les dejaba una pequeña parte de la sustancia doméstica<sup>107</sup>. Esta Novela, dice Ferrari, pone de manifiesto la práctica frecuente y manifiestamente contraria a la mujer en las regiones occidentales del Imperio.

<sup>102</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 151 y s.

<sup>103</sup> BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I: *Diritto di famiglia* (Roma, 1925), págs. 39 y s.

<sup>104</sup> TAMASSIA, N., *ob. cit.*, pág. 10..

<sup>105</sup> FADDA, C., *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano* (Nápoles, 1900-1901), pág. 325.

<sup>106</sup> BONFANTE, P., *La affinità...*, *ob. cit.*, págs. 346 y s.

<sup>107</sup> FERRARI, G., *Ricerche sul Diritto ereditario in Occidente nell'alto medioevo con speciali riguardo all'Italia* (Padua, 1914), págs. 32 y s.



Si la mujer, dice el número 3 de esta Novela, quiere dedicarse al culto divino, que lo haga libremente y sin coacción de ninguna clase, y no presionada por los padres para excluirlas de su sucesión o para evitar dotarlas convenientemente en el caso de haber contraído matrimonio. Esta costumbre está también reconocida por Justiniano en la Novela 21, del año 536. Dice Justiniano que era costumbre en la región de los armenios y costumbre de los bárbaros que las mujeres estuvieran excluidas de la sucesión de los padres, de los hermanos y de otros parientes, pero reconoce también que ésta no era sólo costumbre bárbara, «sino que también otras gentes de tal modo degradan a la naturaleza e injurian al sexo femenino, como si no hubiera sido creado por Dios, ni sirviera para la generación, sino como vil y despreciable, y excluido de todo el honor que le corresponde».

Pero no podemos creer que todas las constituciones imperiales fueran contrarias a los pactos sucesorios renunciativos, puesto que el emperador Justiniano, en el prefacio de la Novela 118, reconoce la existencia de estas leyes y las deroga. «Hallando que en los tiempos antiguos se promulgaron muchas y diversas leyes, por las que sin justicia se introdujeron diferencias en las sucesiones abintestato entre los agnados procedentes de varones y los de las hembras», que «queden sin aplicación las anteriores leyes por tal causa establecidas», de manera que de ahora en adelante «mandamos que en todas las sucesiones deje de haber diferencias entre agnados y cognados, ya si en las antiguas leyes se establecía por medio de persona femenina, ya si por emancipación, ya si por cualquier otro modo, y disponemos que todos sin ninguna diferencia vayan abintestato a la sucesión de los cognados con arreglo a su grado de cognición».

Voy ahora a referirme a algunas constituciones imperiales que aceptan y reconocen como válidos ciertos pactos sucesorios establecidos en los contratos matrimoniales, lo que prueba, una vez más, que el Derecho romano no estableció ninguna prohibición genérica de los pactos sucesorios, ni mucho menos sintió repugnancia hacia ellos, como lo volveremos a demostrar a lo largo de este capítulo. Empecemos por referirnos a la *L. Mulier de dote* (D. 23.4.29,2). En esta ley se admite como válido un pacto sucesorio de restitución de la dote, celebrado entre la mujer que se dotaba a sí misma y su hermano, en el momento de la constitución de esta dote; se trata por tanto de un pacto sucesorio

a título particular, es decir, solamente en lo referente a los bienes dotales. Pactaron los dos hermanos que si la mujer moría en el matrimonio, los bienes dotales debían de devolverse a su hermano, habiendo intervenido en el acto también el esposo. Para Scaevola este pacto sucesorio no sólo era válido, sino que el hermano tenía acción para reclamarlos.

Este es el caso que se le planteó a Scaevola: «Una mujer pactó, respecto de la dote que dio, que si hubiera fallecido en el matrimonio, se le devolviese a su hermano, y éste estipuló para este caso; al fallecer la mujer legó a su marido y a otro algunas cosas de la dote, y manumitió algunos de los esclavos de la dote; se le preguntó a Scaevola: ¿está obligado el marido al hermano por razón de las cosas que legó la mujer, y de los esclavos que manumitió? Respondí, que nada se proponía para que no estuviese obligado, como quiera que también los herederos de la difunta están obligados así a los legatorios, como a las manumisiones».

La cuestión, dice Vismara<sup>108</sup>, es saber a través de qué acto la mujer había pactado la restitución de su propia dote a favor de su hermano. El acto, no obstante, presenta los elementos de un pacto sucesorio: la bilateralidad: *mulier pacta est*, y la irrevocabilidad. Si el pacto sucesorio hubiera sido revocable, se trataría, sin lugar a dudas, de una revocación parcial del pacto sucesorio, limitada a algunas cosas pertenecientes a la dote; pero puesto que Scaevola declara que los herederos de la mujer *tam legatariis, quam libertatibus obnoxii sint*, se debe argumentar que el pacto sucesorio concluido entre la mujer y su hermano, con la intervención del marido, sería irrevocable, y como objeto del negocio o pacto, la sucesión futura a título particular de los bienes dotales; y el pacto hecho en vida por aquélla de cuya herencia se trataba.

Podría haberse dado el caso de que la mujer, después de pactar con su hermano que su dote se le restituiría a su fallecimiento, hubiera hecho un testamento posterior y dispuesto de parte de los bienes dotales en favor de su marido y de otra persona; en este caso, y si el pacto sucesorio hubiera sido revocable, se trataría simplemente de la revocación parcial por un testamento posterior

<sup>108</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 87 y 120 y s.

de un pacto sucesorio anterior, por lo que el marido tendría derecho a los legados de los bienes dotales, al igual que la otra persona instituida legataria.

Similar contestación dio el jurista Africano de un pacto sucesorio establecido en otro instrumento dotal; es la L. *Pater* (D. 23.4.23 *De pactis dotalibus*). En un instrumento dotal se pactó que si la hija moría dejando uno o varios hijos que le sobrevivieran, se le devolvería al padre, deducida la tercera parte de la dote, la restante dote, o si hubiera muerto, que se le devolviera a aquél de sus hijos que estuviera todavía bajo su potestad. Se le preguntó al jurista Africano si podrían pedir los herederos las dos partes en virtud de semejante estipulación; el jurista respondió que podían pedirla «porque éste es el alcance de esta estipulación».

Según Scaevola y Africano estos dos pactos sucesorios celebrados en el momento de constitución de la dote, son válidos y conceden a los que intervinieron en él, o mejor dicho, a quienes lo celebraron, una *actio ex stipulatii*.

En el año 476, el emperador Zenón renovó una constitución del emperador Constantino, en la que se establece claramente las tres clases de delación hereditaria: por testamento, abintestato y por pacto; además esta ley viene a reconocer como válidos, con carácter general, los pactos sucesorios celebrados con motivo de la constitución de la dote, de la emancipación de los hijos y de las donaciones *propter nuptias*. Se trata de la L. *Divi Constantini* (C. 5.27.5 *De naturalibus liberis*). El emperador, después de equiparar a los hijos legítimos y a los naturales por el subsiguiente matrimonio de los padres, establece que todos son llamados a la herencia del padre por testamento o abintestato o por pacto: «perteneciéndoles también a las personas de los mismos los pactos que al tiempo del matrimonio se hubieren hecho sobre los bienes dotales o de las donaciones de antes de las nupcias, a fin de que junto con sus hermanos, acaso nacidos de los mismos padres después, o solos, si ninguno otro hubiera sido procreado, reciban, a tenor de las leyes, los emolumentos de la dote y de la donación de antes de las nupcias, y no menos de los pactos».

Pero la victoria definitiva del reconocimiento de los pactos sucesorios celebrados en los contratos matrimoniales y el triunfo

definitivo de la *consuetudo contra legem*, se debe al emperador León el Filósofo y a su Novela 19<sup>109</sup>. Se trata en esta Novela de un pacto sucesorio hecho entre un padre y un hijo con ocasión del matrimonio de éste. En el pacto se obligó el padre a nombrarlo heredero, junto con sus otros hermanos, por partes iguales. Se dice que si, a pesar de este pacto, el padre tenía la facultad, si quisiera, de desatender este pacto y darles más a los otros hijos y asignarle menor parte a aquél a quien el pacto concedió igual porción en la herencia. Al emperador León le pareció que el que semejante pacto pudiera revocarse por el padre no tenía acogida entre los hombres: «por su evidente absurdo no halló de ningún modo lugar o acogida en el ánimo de los hombres, y que, por consiguiente, no tiene fuerza alguna ni eficacia», porque al permitírsele al padre alterar el pacto, «estableció ciertamente cosa contraria a la igualdad natural, que por los padres se le debe a los hijos, y le abre al padre la puerta de la injusticia contra el hijo, y no sólo ésta, sino que para complacerle hace que el padre esté sujeto a la mentira y obligado al dolo».

Sigue diciendo el emperador León que, aún antes que su sanción, lo rechazó la misma voluntad de los hombres, así que al igual que éstos «privamos al mismo tiempo también nosotros absolutamente de todo uso a aquel decreto». «Así pues, por otra parte, no estando ciertamente eso en uso en la república, y rechazándolo también por decreto nuestro, le prohibimos de todos modos su acceso a la república, y mandamos que ningún padre intente alterar los derechos de los hijos a quienes en los contratos nupciales hubiere prometido que se les igualaría una porción de la herencia igual a la de los demás hijos, de suerte que si alguno le hubiera parecido conveniente menospreciar sus propios actos, y disminuir la porción de aquél a quien se le hubiera prometido tanto cuanto hayan de tener sus otros hermanos, tenga entendido que había de ser considerado sin valor y vana su voluntad cambiada por el arrepentimiento. Porque el hijo sucederá en los bienes por igual con sus otros hermanos con arreglo al pacto hecho. Y no es verdad que la mentira sea antepuesta a la verdad, ni justo, ni conveniente al animal racional, que, desaprobándolos, sean alterados los pactos convenidos;

<sup>109</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 142.

VOLTERRA, E., *Diritto romano e diritti orientali, ob. cit.*, págs. 273 y s.

sino que si alguna cosa cuadra al hombre es ésta, prestar fidelidad a sus palabras...».

Como podemos comprobar no hay manera de apreciar en esta ley, como en las anteriores, que existiera entre los romanos un rechazo total de los pactos sucesorios, sino todo lo contrario; con la mayor naturalidad se aceptan unos y se rechazan otros, éstos siempre cuando se trata de pactos sucesorios en escrituras dotales y en los que la mujer renuncia al derecho a la herencia del padre. De esta ley se extrae que la regla *pacta sunt servanda* se aplica incluso aunque el pacto sea sucesorio y, podíamos pensar también, que al tratarse de pactos sucesorios, éstos eran irrevocables, como hemos visto en esta ley y en la L. *Mulier de dote*, de Scaevola y en la L. *Pater*, de Africano.

También en esta ley, como en la L. *Divi Constantini*, se habla claramente de sucesión por pacto: «porque el hijo sucederá en los bienes por igual con sus otros hermanos con arreglo al pacto hecho», así como los hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres sucederán, junto con sus hermanos, por testamento, abintestato y también por los pactos que al tiempo del matrimonio se hubieran hecho.

¡Qué lejos está de nuestra mente esa pretendida repugnancia hacia los pactos sucesorios que, reiteradamente, se ha venido diciendo, sentían el pueblo romano y las leyes romanas!; pero sigamos adelante y veamos los pactos sucesorios y las donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros.

## VIII. LOS PACTOS SUCESORIOS Y LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*

Como hemos visto, en el Derecho postclásico y justiniano, se dieron muchas constituciones imperiales que favorecían todas las disposiciones de última voluntad. Valgan todas las últimas voluntades, ya se hagan éstas por testamento, hecho en cualquier forma de derecho, o por codicilo, o por sólo manifestación verbal, o por legado, o por fideicomiso, o donación *mortis causa*, o cualquier otra última voluntad, dijeron los emperadores León y Antemio, en la L. *Iubemus* (C. 1.2.14

*De sacros. eccles.*). Subsistan de todos modos válidas y firmes las últimas voluntades quedando suprimidas para el futuro toda duda en negocios de esta clase, según la L. *Generaliter sancimus* (C. 1.2.13 *De sacros. eccles.*).

En el Derecho romano vulgar el instrumento sucesorio fundamental lo constituyó las donaciones *mortis causa*; todas las formas testamentarias se van, progresivamente, disolviendo en la más simple de la donación *mortis causa*, o de la donación en general. Pero otra manera de suceder *mortis causa* fueron los pactos sucesorios que, ya hemos visto, se celebraban válidamente entre príncipes y nobles familias, entre militares, a favor de la Iglesia, entre padres e hijos y entre éstos mismos en los contratos matrimoniales.

Las disposiciones *mortis causa* se caracterizaban por su revocabilidad, por lo que la figura opuesta al testamento, no sería una donación *mortis causa*, sino un pacto sucesorio. Y ésta es, en Derecho romano vulgar, la *summa divisio* en lo que a la sucesión voluntaria se refiere.

Pero un pacto sucesorio o contrato celebrado en consideración a la muerte de una persona todavía viva, podía tener una causa gratuita u onerosa; lo más frecuente era que se dispusiera de los bienes a través de actos de liberalidad, a través de donaciones y en estos casos la doctrina se ha venido planteando las siguientes preguntas: ¿Hasta qué punto y en qué casos una donación romano vulgar puede contener un pacto sucesorio? ¿Es posible la sucesión contractual a través de otros medios que no sean las donaciones? ¿Qué diferencia existe entre las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios? ¿Cómo diferenciarlos? Dar respuesta a estas preguntas es sumamente difícil, por no decir imposible, en el Derecho romano vulgar, ya que no podemos extraer de él un concepto unitario sobre pactos sucesorios, aunque si un reconocimiento general por Justiniano en las leyes *scrupulosam*, *Quum et stipulationes*, y *De quaestione* que estudiaremos en el siguiente epígrafe.

Las donaciones *mortis causa*, desconocidas como tales en el Derecho romano clásico y originariamente extrañas al Derecho hereditario o sucesorio, fueron entrando poco a poco en él, y en el Derecho romano vulgar se produjo el desplazamientos por estas donaciones, no sólo de los legados, sino del mismo testamento, creándose, según Ihering, entre las donaciones *mortis causa* y los testamentos, una afinidad funcio-

nal<sup>110</sup>. Y nosotros podemos añadir que más que una afinidad funcional entre el testamento y las donaciones *mortis causa*, lo que se produjo en el Derecho romano vulgar fue la aparición de una nueva forma de delación voluntaria, la contractual, aunque la doctrina siempre se está refiriendo a las donaciones *mortis causa*, que no deben confundirse con los pactos sucesorios, aunque éstos se celebren, casi siempre, a través de donaciones.

En el Derecho romano vulgar, junto a las donaciones *mortis causa*, los testamentos, una vez perdida la *heredis institutio* la categoría de *caput testamenti*, presentan una similitud no sólo funcional, sino también estructural, que llevaría finalmente a la asimilación total<sup>111</sup>. Resulta imposible, dice Samper Polo, en la economía de los medios jurídicos, mantener formas complejas si se pueden obtener los mismos resultados con medios más sencillos. Desde el mismo momento en que una donación revocable cumpliera iguales fines que un testamento, el medio más formal, el que había significado un mayor esfuerzo de creación, estaba destinado a desaparecer. Los términos *testamentum* y *donatio*, unidos generalmente por una conjunción disyuntiva, aparecen como equivalentes, para indicar que unos mismos son los efectos o las condiciones de ambos.

Aunque la última voluntad sea el género, y el testamento, las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios sean la especie, es muy frecuente el uso vulgar de la palabra testamento para indicar cualquier declaración de última voluntad<sup>112</sup>. A un contrato sucesorio en el que los cónyuges sin hijos se instituyen recíprocamente herederos *ad in vicem heredem scribere qui alteri supertes extiterit*, se le llama testamento recíproco en la constitución de Valentiniano del año 446 (21.1); a los pactos sucesorios entre padres e hijos se les llama testamentos

<sup>110</sup> RABIE, G., *L'acte juridique «post mortem» en Droit romain: Valité et fonction* (Milán, 1955) pág. 471.

VALLET DE GOYTISOLO, J. M., *Panorama del Derecho de sucesiones*, vol. I: *Fundamentos* (Madrid, 1982), págs. 993 y s.

CUGIA, E., *Indagni sulla doctrina della causa del negozio giuridico. L'espressione «mortis causa»* (Nápoles, 1910), pág. 47.

VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *ob. cit.*, pág. 806.

<sup>111</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, págs. 95 y s.

<sup>112</sup> BESTA, E., *Le successioni nella storia del Diritto italiano* (Padua, 1935), vol. XIII, pág. 138.

imperfectos; en un caso de recíproca institución de herederos entre dos cónyuges sin hijos, el pacto sucesorio se hizo en una *chartula scriptae communi consensu* y, sin embargo, se le llama testamento recíproco.

En el Derecho alto medieval, dice Arvizu<sup>113</sup>, se encuentran miles de documentos otorgados bajo el nombre de *testamentum* o *charta testamenti*, aunque la voz podía tener varias acepciones: actos unilaterales irrevocables; actos dispositivos de carácter patrimonial realizados en consideración a la muerte. Los documentos nos ofrecen numerosísimos ejemplos de donaciones *pro anima* realizados bajo el nombre de *testamentum* y, a veces, se equiparan expresamente la palabra *testamentum* a la palabra *donatio* y a la palabra *pactum*, sin especificar el tipo de pacto. También bajo este nombre se celebran numerosísimas donaciones *post obitum*, ya de todos los bienes o de algunos de ellos: *Facta regula pactum vel testamentum* (Lib. de Regla, n. 14, pág. 165, 7 julio 933 o 967). *Ideo ego Donna Sendina pactu vel testamentu facio a Deo* (Lib. de Regla, n. 23, págs. 49 y s., 3 marzo 1019). *Ideo ego Annaya et Maria pactum vel testamentum facimus* (Lib. de Regla, n. 23, págs. 27 y s., 1128-1157). *Ego Domina Iusta una cum consensu mei filii Petro Monnior et Iuliana Vermudis pactum vel testamentum facimus a Deo*. También aparecen en los documentos donaciones de todos los bienes presentes y futuros usando esta expresión: *et ego Roderico Gutierrez in hoc pactum vel testamentum quod fecit a Deo* (Lib. de Regla, n. 11, págs. 13 y s., 27 febrero de 1111).

Todo esto demuestra que ya en el Derecho romano vulgar y en la larga etapa altomedieval se había producido una degeneración de la institución testamentaria; degeneración o transformación del testamento que debió ocurrir, entre otros motivos, por el influjo del cristianismo y el ingreso de los bárbaros en los ejércitos imperiales y, sobre todo como hemos visto, por la amplísima licencia concedida a los militares para disponer de sus bienes a causa de muerte como quisieran o pudieran.

Entre el testamento clásico romano y el testamento que Besta llama románico se dan estas diferencias: 1.<sup>a</sup> El viejo testamento romano

<sup>113</sup> ARVIZU, y GALARRAGA, F. de, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media* (Pamplona, 1977), págs. 25 y s.



era revocable; el nuevo testamento románico no. 2.<sup>a</sup> El viejo testamento romano era un acto unilateral; el nuevo testamento románico no. 3.<sup>a</sup> El viejo testamento romano era un acto unipersonal; el nuevo testamento románico no <sup>114</sup>.

Besta parece como si estuviera pensando en un cambio o evolución entre el testamento romano clásico y el que llama testamento románico, cuando en realidad son dos formas de delación voluntaria de la herencia: la testamentaria y la contractual. Podemos decir, por tanto, que el término testamento se utilizó como sinónimo de última voluntad aunque ésta podía llevarse a cabo o por un testamento o por una donación *mortis causa* o por un pacto sucesorio. ¿Cómo distinguir estos dos últimos si ambos son actos bilaterales hechos en consideración a la muerte? Para Michaélidès-Nouaros <sup>115</sup>, es imposible distinguir no sólo en la práctica, sino también teóricamente la *mortis causa donatio* y el pacto sucesorio, así como la *stipulatio post mortem* y el pacto sucesorio.

La *mortis causa donatio*, dice Vismara <sup>116</sup>, es un acto bilateral que asumió, a través de un desarrollo del Derecho romano clásico al justiniano, la naturaleza de acto a causa de muerte, aunque nació como un acto entre vivos. La *mortis causa donatio* produce los efectos propios de la libre disponibilidad por acto de última voluntad, y no debe considerarse algo distinto (C. 8.56.4 año 530; Inst. 2.7.1; Nov. 87 *prir.* año 539). En el Derecho justiniano la *mortis causa donatio* es siempre revocable al arbitrio del donante, al menos que esta facultad de revocar se halle expresamente excluida mediante el oportuno pacto. La insistencia con la que el emperador Justiniano en la Novela 89, afirma la posibilidad de hacer una *mortis causa donatio* irrevocable mediante expresa renuncia del donante, atestigua que la *mortis causa donatio* irrevocable debía responder a precisas exigencias de la vida social. Para Vismara, que considera que la irrevocabilidad no es un elemento esencial del pacto sucesorio, la *mortis causa donatio* es en todo caso, aunque sea revocable o irrevocable, un pacto sucesorio.

<sup>114</sup> BESTA, E., *ob. cit.*, págs. 137 y s.

<sup>115</sup> MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G., *ob. cit.*, págs. 30 y s.

<sup>116</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 114 y s.

Un buen número de papiros atestigua la existencia, todavía durante la época justiniana, de la tendencia a celebrar *mortis causa donatio* irrevocables. Durante el período del s. III al VI, la irrevocabilidad respondía a la tendencia y a la necesidad del que se preparaba a disponer de sus bienes a causa de muerte.

Si la revocabilidad de las donaciones *mortis causa*, no las separa de los pactos sucesorios ¿qué diferencias o relaciones hay entre ellas? Según Vismara<sup>117</sup>, hay que distinguir entre una *mortis causa donatio* bajo condición resolutoria y una *mortis causa donatio* bajo condición suspensiva; la primera por el hecho de producir un traspaso inmediato de la propiedad y de la posesión, no puede considerarse como un pacto sucesorio; lo contrario debe decirse en la *mortis causa donatio* bajo condición suspensiva. La afinidad entre la *mortis causa donatio* y el pacto sucesorio es todavía naturalmente más íntima cuando la *mortis causa donatio* se establece por la previsión genérica de la muerte *ex solo cogitatione mortalitatis*.

Pero cuando se concibe, sigue diciendo Vismara, como en el Derecho romano postclásico y justiniano, la *mortis causa donatio* como un acto a causa de muerte, entonces sin lugar a dudas la identidad de la *mortis causa donatio* y del pacto sucesorio es también teórica, además de práctica, siendo idéntica la naturaleza jurídica de ambos negocios. A esta conclusión llega también al final Michaélidès-Nouaros<sup>118</sup>.

También Ferrara<sup>119</sup> considera que la *mortis causa donatio* constituye la forma típica del pacto sucesorio, cuyo elemento constitutivo es la irrevocabilidad. Las donaciones *mortis causa*, dice Samper Polo<sup>120</sup> se convierten en verdaderos testamentos contractuales o pactos sucesorios.

La *mortis causa donatio*, es para Vismara<sup>121</sup>, un pacto sucesorio a título particular, por cuanto atribuye al beneficiario, no la cualidad

---

<sup>117</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 4 y s.

<sup>118</sup> MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G., *Contribution à l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (Justinien et post Justinien)*, (París, 1937), págs. 30 y s.

<sup>119</sup> FERRARA, F., *Teoría del negozio illecito nel diritto civile italiano* (Milán, 1914), pág. 105, citado por Vismara.

<sup>120</sup> SAMPER POLO, Fco., *Las disposiciones «mortis causa» en el Derecho romano vulgar*, AHDE. XXXVIII (Madrid, 1969).

<sup>121</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 117.

de heredero, sino algunos elementos del patrimonio, incluso aunque se trate de la donación de todos los bienes presentes y futuros. Señala Solazzi<sup>122</sup> que el Derecho romano no fue hostil a estas donaciones *mortis causa*, como lo fue a los pactos sucesorios, cosa que nosotros rechazamos y vamos demostrando poco a poco que es falso.

Aunque Vismara sostenga que las donaciones *mortis causa* son pactos sucesorios a título particular, incluso aunque se trate de donaciones de todos los bienes presentes y futuros, lo cierto es que entre los juristas del Derecho común se plantean los problemas propios de los pactos sucesorios cuando tratan precisamente de esta donación universal, que, según mi opinión, dan lugar a veces, a una verdadera y propia institución de heredero.

Que estas donaciones universales se hacían en la época del llamado Derecho romano vulgar, nos lo demuestran varias constituciones imperiales. Así en la L. *Si totas* (C. 3.29.5), los emperadores Diocleciano y Maximiano, previenen esta posibilidad: «Si consumistes todos tus bienes en donaciones inmoderadas»; en la L. *Si unquam* (C. 8.56.8), de los emperadores Constantino y Constante, los cuales consideran válida la donación hecha por un patrono sin hijos a sus libertos de «todos sus bienes o alguna parte de su hacienda» aunque revocable si con posterioridad a la donación el patrono tuviera hijos; en la L. *Si quis argentum* (C. 8.54.35,4), en la que el emperador Justiniano estableció que si alguno hiciera donación de la totalidad o de las dos terceras partes, o de la cuarta, o de otra porción cualquiera, o aún de todo, «sea apremiado el donador por la autoridad de nuestra ley a entregar tanto como donó»; en las leyes *Sed et si* y *Sed si quidem* (C. 8.53.35,4 y 5. *Quae sit longa consuetudo*), es decir, en el epígrafe que se titula: cuál sea la costumbre de largo tiempo o costumbre inmemorial. Dice el emperador Justiniano en el número 4 de esta ley: «Más también si alguien hiciera donación de la totalidad, o de dos terceras partes, o de la mitad de sus bienes, o de una tercera parte, o de la cuarta, o de otra porción cualquiera, o aún de todo, si contra ello no reclamare la razón de la inoficiosidad de las donaciones, sea apremiado el donador por la autoridad de nuestra ley a entregar tanto cuanto donó». La contestación de Justiniano en esta ley parece demostrar un cierto cansancio del emperador

<sup>122</sup> SOLAZZI, S., *Diritto ereditario romano* (Nápoles, 1932), vol. I, págs. 246 y s.

ante las preguntas que, seguramente, con mucha frecuencia se le plantearon sobre la validez de estas donaciones, sobre todo cuando se disponía por donación de todos los bienes presentes y futuros; el emperador parece querer zanjar de una vez por todas las cuestiones sobre estos extremos; no hay que olvidar que la ley aparece en la regulación de la costumbre inmemorial.

En el número 5 de esta ley hace referencia el emperador Justiniano a la *donatio reservato usufructo*, que debieron ser también muy frecuentes, sobre todo, en las donaciones hechas a favor de la Iglesia y monasterios. Dice así en el n.º 5 de esta ley: «Pero si verdaderamente en todos los antes mencionados casos se hubiere retenido por el donador el usufructo, se entiende que de derecho se hace también la entrega... Porque estando al arbitrio de cualquiera hacer lo que determina, es conveniente o que de ningún modo él se precipite a ello, o que cuando se hubiera apresurado a llegar a ello, no falte a su propósito con algunos imaginados artificios, y no encubra tanta informalidad con ciertos pretextos como si fueran legales. Y con tanta más razón sean firmes estas disposiciones, si la donación hubiera sido hecha para actos piadosos o a personas religiosas... a fin de que el donador no sea considerado en las susodichas causas por virtud de ciertas maquinaciones, no solamente indevoto, sino también impío y haya de esperar no sólo las penas legales, sino también las del cielo».

Para Savigny<sup>123</sup>, sin embargo, las donaciones de todos los bienes presentes y futuros son radicalmente nulas para el Derecho romano, porque no es más que un contrato absurdo, relativo a una sucesión, por la que el donante se prohíbe toda disposición de sus bienes para el porvenir. «Con esta donación, el donante renuncia, no sólo al derecho de testar, sino también a la facultad de dejar su patrimonio a sus herederos naturales; abandona, en una palabra, dice Savigny, toda influencia sobre el ulterior destino de sus bienes, y he aquí por qué no admite el Derecho romano semejante contrato.

Se ha dicho, según Savigny, que esta donación, no solamente admitía, sino que implicaba también necesariamente la presencia de un heredero, sin el que la donación no podía efectuarse, una vez que la tradición no puede tener lugar hasta después de la muerte del donante.

<sup>123</sup>SAVIGNY, *Derecho romano actual*, vol. III, págs. 98 y s.

Con razonamientos similares a los de Savigny, Fadda<sup>124</sup> señala que estas donaciones universales para el Derecho romano eran nulas por contrarias a las buenas costumbres y limitativas de la facultad de testar.

No existe ninguna razón para pensar que en el Derecho romano vulgar no pudieran realizarse donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros, ya que éstas tenían un carácter sucesorio. Las que sí eran frecuentes son las donaciones universales con reserva de usufructo, que en el Código Teodosiano (C. Th. 8.13.3) aparecen ya reconocidas, siendo su aceptación clara en la *Interpretatio* a las Novelas de Teodosio II (IN. Th. 22.1) y en los Fragmentos de Gaudenzi (Fg. 9)<sup>125</sup>.

Según Samper Polo<sup>126</sup>, en la *Interpretatio* al Código Teodosiano (IN. Th. 8.12.1), que constituye un resumen de la doctrina vulgar sobre donaciones, se reconocen dos grandes categorías de donaciones: directas y *mortis causa*; junto a ellas establece la categoría intermedia de la donación con reserva de usufructo. Dice que la *Interpretatio* debió apartar la donación con reserva de usufructo del género, precisamente por sus peculiaridades que la hacían susceptibles de ser empleadas como pacto sucesorio. Hay en estas donaciones con reserva de usufructo, como en la *mortis causa donatio*, una *cogitatio mortalitatis* que sirve de fundamento al acto.

La difusión de las donaciones universales con reserva de usufructo está probada por fuentes seguras. En el Código Teodosiano (C. Th. 8.5.2) parece que se dice que existía la tradición de que la *donatio mortis causa* se entendía, aunque no se hubiera dicho en la estipulación, que era con reserva de usufructo, según los emperadores Honorio y Teodosio: *quia reservatio usufructus, etiam si stipulatio inserta non fuerit, pro traditione habetur*. Como más tarde veremos al referirnos al Derecho común, las donaciones universales *quotidiana sunt*.

Pasemos ya al epígrafe central de este primer capítulo, al reconocimiento y validez, con carácter general, por el emperador Justiniano, de los pactos sucesorios y de la delación hereditaria contractual.

<sup>124</sup> FADDA, C., *ob. cit.*, *Concetti fondamentali...*, pág. 322.

<sup>125</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 126 y s.

<sup>126</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, págs. 187 y s.

## IX. RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ, CON CARÁCTER GENERAL, POR JUSTINIANO, DE LOS PACTOS SUCESORIOS Y DE LA DELACIÓN CONTRACTUAL

Según Vismara<sup>127</sup> no se encuentra en las fuentes romanas una formulación genérica y abstracta de los pactos sucesorios, sino más bien aplicaciones en hipótesis específicas y en supuestos concretos; tampoco un reconocimiento claro de los pactos sucesorios positivos; ni existió esa pretendida aversión o repugnancia del Derecho romano a los pactos sucesorios. Lo que sí tuvieron era una justa e irreductible aversión a introducir nuevos institutos de naturaleza pactista que hubieran, en breve tiempo, causado una gran confusión en el campo de la sucesión hereditaria, que era de vital importancia para el pueblo, que se fundaba sobre la libertad individual y la propiedad privada. Frente a los pactos sucesorios, el Derecho romano no había hecho la pretendida cruzada, sino que a través de las constituciones imperiales se llevó a cabo una acción dirigida a contener el fenómeno y, más tarde, a dominarlo en un intento de conseguir su progresivo encuadramiento en las instituciones jurídicas del pueblo romano.

El punto final a esta evolución de aceptación, poco a poco, por el Derecho romano de los pactos sucesorios, fue puesto por el emperador Justiniano en tres leyes. Ya era un hecho, oficialmente reconocido, que los pactos sucesorios se celebraban válidamente entre los príncipes y nobles familias, entre militares, entre padres e hijos, con ocasión de contratos matrimoniales y a través de disposiciones a favor de la Iglesia u obras pías. El emperador Justiniano hizo algo más que aceptar los pactos sucesorios en uno u otro supuesto; admitió como válidos los pactos sucesorios, con carácter general, por razones de utilidad común a todos los hombres y en base a razones de humanidad. Además, reconoció expresamente que junto a la delación testamentaria existía y él admitía, una delación contractual. Pero veamos en qué me baso para hacer semejante afirmación.

De las tres leyes: L. *Scrupulosam* (C. 8.37 (38).11 *De contrahenda et comittenda stipulatione*), L. *Quum et stipulationes* (C. 4.11.1 *Ut*

---

<sup>127</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 105 y s. y 139.

*actiones et ab heredibus et contra heredes incipiunt*) y L. *De quaestione* (C. 2.3.30 *De pactis*), se extrae que Justiniano establecía dos clases de pactos sucesorios: los pactos sucesorios celebrados por aquél de cuya herencia se trataba y los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento. Los pactos sucesorios sobre la propia herencia los considera Justiniano válidos con carácter general; los pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero son nulos, a no ser que aquél de cuya herencia se trate consienta en él y persevere este consentimiento hasta el final de sus días.

Veamos detenidamente cada una de estas leyes.

**A. — Los pactos sucesorios celebrados por aquél de cuya herencia se trata.**

Como he dicho antes, en el año 528, el emperador Justiniano puso el punto final a una larga polémica sobre la validez o no de los pactos sucesorios en el Derecho romano; éstos, como hemos tenido ocasión de comprobar, fueron introduciéndose en el Derecho romano como consecuencia de la fusión de las distintas culturas y Derechos de los pueblos que llegaron a formar el Imperio romano, primero como una forma privilegiada de disponer de los bienes *mortis causa*, más tarde con carácter general para todos los ciudadanos del Imperio.

Dice la L. *Scrupulosam*: «Suprimiendo en absoluto la escrupulosa investigación de si uno ha estipulado, o dejado alguna cosa en testamento a título de legado o de fideicomiso para después de su muerte, o para cuando muera, o para un día antes de que muera, mandamos que, aunque se conozca que fue escrito para después de la muerte o para un día antes de que muera, sea, sin embargo, válido a tenor del contrato o del testamento, todo lo que estipularon o pactaron los contratantes en un contrato cualquiera, o todo lo que el testador dispuso en su testamento». *Omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit... pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus.*

Está claro que el emperador quiere terminar, de una vez por todas, con todas las cuestiones relativas a las disposiciones *mortis causa* hechas en contratos o en testamentos, a través de la delación voluntaria:

testamentaria y contractual. Es válido, dice, todo lo dispuesto a causa de muerte, ya se haya hecho a través de una estipulación o un contrato o a través de un testamento: *pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus*.

Dos formas de delación voluntaria: la testamentaria y la contractual. Testamento, contrato y ley, las tres formas de delación hereditaria conocidas en el Derecho romano justiniano.

Justo tres años más tarde, el emperador Justiniano explica en la L. *Quum et stipulationes*, cuáles fueron las razones y los motivos de la ley anterior. Para explicar las razones que lo han movido a reconocer como válidos estos pactos sucesorios, alude a la historia legislativa que se refiere a los pactos sucesorios. Dice así el emperador en esta ley: «Aun cuando la antigüedad rechazaba ciertamente las estipulaciones, los legados y otros contratos referidos a después de la muerte, nosotros, sin embargo, hallamos, atendiendo a la común utilidad de los hombres, que era conveniente enmendar con humanidad también aquella regla de que se servía la antigüedad. Porque los antiguos no concedían que las acciones comenzaran en los herederos o contra los herederos por razón de estipulación o de otras causas referidas a después de la muerte. Pero para que no dejemos la materia del antiguo vicio, nos es necesario quitar de en medio aun la misma regla, a fin de que sea lícito que las acciones y las obligaciones comiencen en los herederos y contra los herederos, al objeto de que no se impida la latitud de la voluntad de los contratantes por demasiada sutileza de las palabras. *Quum et stipulationes, et legata, et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recipimus, consentaneum erat, etiam illa regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare*.

Por razones de utilidad común a todos los hombres y por humanidad era necesario enmendar, o mejor suprimir, la antigua regla por la que los que habían celebrado pactos sucesorios no tenían derecho ni acción para exigir su cumplimiento. De ahora en adelante, se puede disponer de los bienes a causa de muerte a través de pactos sucesorios y las partes que los han celebrado tendrán derecho y acción para reclamar su estricto cumplimiento.

En ningún momento en estas dos leyes ha dicho el emperador Justiniano que los pactos sucesorios hechos por aquél de cuya herencia



se trataba fueran contrarios a las buenas costumbres, sino que viene a reconocer, ya no con carácter particular, sino general, que estos pactos sucesorios eran costumbre frecuente entre los ciudadanos de su Imperio, por lo que por razones de la utilidad común a todos los hombres y por humanidad, él los reconoce plenamente y suprime las antiguas leyes.

No sé por qué estas dos leyes no las he visto citadas, por los que han estudiado los pactos sucesorios en concreto, ni siquiera por el mismo Vismara en su extraordinaria monografía sobre la historia de los pactos sucesorios.

#### **B. — Los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento.**

A esta clase de pactos se refiere expresamente el emperador Justiniano en la L. *De quaestione*, del año 531, es decir, tres años más tarde que la L. *Scrupulosam* y el mismo año que la L. *Quum et stipulationes*.

En esta L. *De quaestione*, el emperador Justiniano no hace más que reproducir lo que ya, en el año 327, estableciera el emperador Constantino refiriéndose a un pacto sucesorio hecho en vida por una madre y sus hijos, por el que se dividía la herencia de la madre entre ellos (C. Th. 2.24.2). En aquella ocasión Constantino dijo que nadie tiene derecho a apropiarse de los bienes de una persona viva, ni siquiera para dividirlos, pues ambas cosas atentan contra las buenas costumbres. Ésta es una apreciación con carácter general de los *pacta de hereditate tertii*, que son contrarios a las buenas costumbres; pero el emperador Constantino hace una matización: si la madre lo ha permitido y los hijos, con su consentimiento, se hubieran repartido sus bienes, en este caso, debía mantenerse la división a toda costa, siempre y cuando la madre no hubiera expresado su voluntad contraria durante su vida: *si modo usque ad extremus eius viventi spotium voluntas eadem perseverasse doceatur*.

Al emperador Justiniano, en el año 531, se le plantea la misma cuestión que se le presentó al emperador Constantino: ¿son válidos estos pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento? Para calificar mejor la contestación que dio Justiniano, voy a dividir esta ley en cinco partes.

La primera parte de la L. *De quaestione* plantea la situación de hecho: «Por el Colegio de abogados de Cesárea hemos sido consultados sobre esta cuestión: dos o más personas abrigaban la esperanza de que, atendido su parentesco, quizá había de ir a ellas una herencia ajena, y celebraron pactos entre las mismas sobre esta futura herencia, en los cuales se declaraba especialmente, que, si muriese aquél y fuera a ellos la herencia, se observarían ciertas formalidades respecto de la misma herencia, o que, si acaso el provecho de la herencia fuera a alguno de ellos, se celebrarían determinados pactos. Y se dudaba, si pactos de esta naturaleza deberían cumplirse. Mas hacíaseles cuestión de esto, porque este pacto se celebró cuando aún vivía aquél de cuya herencia se esperaba, y porque no fue concluido como si la herencia hubiera en todo caso que corresponderles a ellos, sino que fue subordinado a dos condiciones, si aquél hubiere muerto, y si fuesen llamados a la herencia los que hicieron el pacto».

El pacto sucesorio a que se refiere esta ley es muy distinto de los pactos sucesorios que hemos visto sancionados por las constituciones imperiales, ya que en aquéllas se trataba siempre de pactos sucesorios celebrados por las personas de cuya herencia se trataba, así que no es sorprendente que los abogados de Cesárea dudaran sobre qué hacer en esta clase de pactos sucesorios. Vismara, sin embargo, dice que es curioso que los jurisconsultos de Cesárea dudaran sobre la validez de un pacto sucesorio dispositivo, cuya nulidad había sido ya repetidamente sancionada; esta duda demuestra, dice Vismara, no sólo la existencia de una corriente favorable a la validez del pacto, como la existencia de una cierta base jurisprudencial, sobre la que tal decisión jurisprudencial se apoyaba<sup>128</sup>.

El pacto sucesorio, como hemos visto, estaba sujeto a dos condiciones: 1.<sup>a</sup> a la premoriencia de la persona de cuya herencia se trataba, y 2.<sup>a</sup> a la vocación hereditaria de los que pactaron o de alguno de ellos.

<sup>128</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 99.

RE, C., *ob. cit.* VII, págs. 184 y s.

CAPITANT, »,., *ob. cit.*, págs. 274 y s.

NAST, V., *ob. cit.*, págs. 16 y s.

BRAGA DA CRUZ, G., *ob. cit.*, págs. 98 y s.

GRECO, G., *Patti successorii di renunzia in «Il nuovo diritto», Rivista teorico-práctica di Dottrina e Giurisprudenza*, 1939, XVII, pág. 177.

En la segunda parte de esta ley, el emperador Justiniano, como en su día el emperador Constantino, da su parecer, con carácter general, sobre esta clase de pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero: «A nosotros, todos los pactos de esta naturaleza nos parecen odiosos y preñados de tristísimas y muy peligrosas eventualidades», porque «qué razón hay para que, viviendo una persona y sin su conocimiento, se celebren estos convenios pactados sobre sus bienes».

Esta apreciación particular de Justiniano a esta clase de pactos sucesorios es la que he visto aplicada, con carácter general y sin distinción alguna, a toda clase de pactos sucesorios. Todos los pactos sucesorios son contrarios a las buenas costumbres; todos nulos; todos odiosos y preñados de tristísimas y muy peligrosas eventualidades. Qué error más grande, creo yo. Claro está que desconocen o, por lo menos no las he visto citadas, las anteriores leyes de Justiniano que consideran válidos los pactos sucesorios por razones de utilidad general y humanidad. No podemos hacer extensiva la condena del *pacto de hereditate tertii*, a todos los pactos sucesorios en general. No podemos extender de golpe este rechazo a todos los pactos sucesorios, ni podemos decir que, porque el Derecho romano rechazó una clase de pactos por contrarios a las buenas costumbres, rechazó y le repugnó todos los pactos sucesorios.

En la tercera parte el emperador reconoce que en su Imperio se celebran pactos sucesorios de esta naturaleza y que a él y a los juristas de todos los tiempos no les sorprenden, dada la naturaleza humana. Aun así, el emperador decide que: «Mandamos, pues, de conformidad con las antiguas leyes, que los pactos como éstos, que contra las buenas costumbres se han celebrado, sean rechazados por completo, y que no se observe nada de tales pactos».

Según Vismara<sup>129</sup>, las condiciones morales de la sociedad imperial, y particularmente de la clase rica, eran verdaderamente graves, tanto en Roma como en los distintos territorios del Imperio. Proluaban entre otros los llamados *captatores hereditatis*. Existía también otra categoría de especuladores, que fomentaban los vicios en la juventud mediante préstamos de dinero con altísimas tasas de interés. Aunque éstos no podían considerarse verdaderos captadores de herencias, sí daban lugar

<sup>129</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 84 y s.

a pactos mediante los cuales los deudores aseguraban al usurero una parte de la herencia que ellos recibirían del padre o madre que todavía vivían. Pactos sucesorios de esta clase y por estos motivos daban verdaderamente ocasión a que se produjeran el *votum mortis*, es decir el deseo o la muerte del progenitor o del rico y próximo pariente, satisfaciendo así, por un lado, al usurero y, por el otro, a los hijos que no veían otro modo de liberarse de sus deudas ni satisfacer, por falta de dinero, el propio libertinaje.

El mismo Séneca<sup>130</sup> señala que la actividad de estos captadores estaba dominada por el *votum mortis*, y que no se podía descartar que los captadores de herencia recurrieran también al delito<sup>131</sup>, por lo que ya el emperador Adriano, según testimonio de Ulpiano (C. 29.6.1 pr. Ulp. 48 *ad edictum*), había negado la acción hereditaria a los captadores de herencias, mientras que un senadoconsulto (D. 28.5.71 Pap. 6 resp.) prohibió la institución captatoria. Los efectos sociales de estos personajes eran bastante graves y preocupación constante, durante mucho tiempo, de los legisladores. Considera incluso Vismara<sup>132</sup> que estos captadores de herencia no pertenecieran al pueblo romano, sino que se tratara probablemente de provinciales expertos en el arte oriental del «raggiro».

De indignos cataloga Papiniano a los que se apresuran, contra las buenas costumbres, sobre la herencia del que todavía está vivo: «Porque se había apresurado, contra las buenas costumbres y el Derecho de gentes» (D. 39.5.29, 2 L. *Quidam in iure*). El que donó la herencia del que todavía estaba vivo, es indigno, dice Marciano, y se le privará de la herencia que pasará al fisco (D. 34.9.2,3).

En la L. *Ex eo instrumento* (C. 8.38.4. *De inutilibus obligationibus*), los emperadores Diocleciano y Máximo dijeron que «en virtud del instrumento en el que contra las buenas costumbres se interpuso una estipulación sobre una herencia futura, porque es de ningún valor todo lo que contra las buenas costumbres se incluye en el pacto o estipulación». Así como «ninguno está obligado a cumplir lo prometido con oferta de su propia herencia» dijeron los mismos emperadores en

<sup>130</sup> SENECA, *De beneficiis*, 4.20.3.

<sup>131</sup> MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, *ob. cit.*, págs. 51 y 64 y s.

<sup>132</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 85.

la L. *Quim donationis* (C. 2.4.34 *De transactionibus*). Pactos de esta clase, sobre la herencia de un tercero que todavía vive, hacen que aparezca el *votum corvinum* o *captandae mortis* (D. 39.5.29,2 y C. 8.38.4).

El jurista Tholosano<sup>133</sup> cita como casos de pactos sucesorios indignos los siguientes: Cita a Lutorio Priscus, *poeta nobilis*, que escribió sobre el indigno pacto que hizo Tiberio con Druso, que fue considerado por los senadores romanos de *indignissimum a Senatu condemnatus vita decesserit*. A Plinio (Lib. 29, cap. 1), que destacó en el arte de la medicina, *medicinae artem*, que dejó escrito *¿Quid, venenorum pertilius, aut unde plures testamentorum insidiae?*, cuántas muertes prematuras han ocasionados estos pactos, *periculum enim imminet, mortem eius acceleret*. A Luciano (Dialog. *Crate et Drogen*), al mismo Homero, a Herodoto (Melpomene), a Platón (X, *De Republica*), a Salustio (Iugurt. bell.), a Virgilio (I Eneida), y a Eurípides (Hecuba Virg. 3 Eneida.). El mal que se deriva de estos pactos fue señalado, dice Tholosano, por el mismo Cayo Calígula que propuso un Edicto senadoconsulto (Dio. Cass. Lib. 59).

En la cuarta parte de esta ley, y también por razones de utilidad, el emperador Justiniano, siguiendo al emperador Constantino, establece una excepción a la nulidad total de estos pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero, pero la misma excepción establecida se convierte así mismo en regla general, pues no está pensada para un caso o supuesto especial. La excepción puesta por Justiniano y, antes, por Constantino, no es, nada más ni nada menos, que la *voluntas* de aquél de cuya herencia se pacta: «salvo si aquél, sobre cuya herencia se pactó, acomodase a ellos su voluntad, y perseverase en ésta hasta el último momento de su vida»: *nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit*.

La razón de esta excepción es que «en este caso, habiendo desaparecido la odiosísima esperanza, le será lícito, sabiéndolo y mandándolo aquél, cumplir tales pactos», es decir, que al ser el consentimiento de aquél de cuya herencia se trata revocable, no se le privaba

<sup>133</sup> THOLOSANO, P. G., *Syntagma iuris universis legum omnium pene gentium et rerum* (Venetiis, 1593), lib. 41, cap. 4.

al *hereditandus* de la libertad de testar en otro sentido, ni induciría al voto corvino, ni produciría esas tristísimas y peligrosas eventualidades. ¿Cómo se puede decir que los romanos o el Derecho romano rechazaban los pactos sucesorios cuando en éstos, que verdaderamente produjeron un rechazo general de las personas y de las leyes romanas, la repugnancia sentida cede ante razones de utilidad? Si era tanta la repugnancia sentida, ¿cómo explicarse esta excepción en base a la voluntad de aquél de cuya herencia se trata?

Considerando además este consentimiento revocable hasta el final de sus días, se cumplía con la regla romana de que «nadie podía limitar la libertad de las últimas voluntades», establecida por Ulpiano en la *L. Idem respondit* (D. 17.2.59,9 *Pro socio*), *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*. Es inútil, por contrario a las buenas costumbres, dice Juliano, la estipulación establecida en estos términos: ¿Prometes dar tanto, si no hicieres heredero? (D. 45.1.61 *De verborum obligationibus*), *L. Stipulatio hoc modo*.

Por último, reconoce el emperador Justiniano, que él no ha hecho nada contrario a lo que hicieron anteriores leyes y constituciones, aunque él lo ha tratado con mayor claridad: «Lo que tampoco es desconocido en las anteriores leyes y constituciones, aun cuando por nosotros ha sido presentado con mayor claridad». «Pues la opinión de nuestro tiempo no consiente que se haga ni se pacte nada sobre bienes ajenos contra la voluntad de su dueño».

Según Vismara<sup>134</sup>, el emperador Justiniano se refiere a una época no muy próxima a él, porque es costumbre de Justiniano indicar siempre el nombre de los emperadores a los que se refiere, a la reforma o innovación introducida en el ordenamiento jurídico por algunos de sus más inmediatos antecesores en el trono imperial. No debió tratarse de dudas recientes y limitadas a las regiones orientales del Imperio<sup>135</sup>.

Con relación a esta clase de pactos sucesorios sobre la herencia del que todavía vive, dice Fadda<sup>136</sup> que el Derecho romano clásico los consideró nulos, mientras que el Derecho romano justiniano los consideró nulos sólo cuando lo ignora aquél de cuya herencia se trataba.

<sup>134</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 102 y s.

<sup>135</sup> MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS, *ob. cit.*, pág. 128.

<sup>136</sup> FADDA, C., *Concetti fondamentali... ob. cit.*, pág. 261, § 193.

Al no considerarse inmoral el pacto que se hizo con el consentimiento de aquél de cuya herencia se trataba, estaba claro que no se podía ser indigno; sin embargo, para el Derecho romano clásico, la indignidad existía siempre, incluso aunque se hubiera dado dicho consentimiento. Papiniano no hace distinción alguna, mientras que Marciano supone la ignorancia de aquél sobre cuya herencia se pactó. Sospecha Fadda que esta expresión *ignorantia* hubiera sido introducida por los compiladores, aunque podría suponerse también que Marciano fuera uno de los que sostenían la distinción sancionada definitivamente por Justiniano, aunque hay que señalar de nuevo que el consentimiento prestado por el *hereditandus* no era vinculante para él.

Algunos romanistas consideran que fueron razones, sobre todo de tipo moral las que movieron a los juristas romanos a rechazar los pactos sucesorios, por la influencia del cristianismo sobre el Derecho romano<sup>137</sup>. Vassalli<sup>138</sup>, incluso relaciona la prohibición de los pactos sucesorios con la idea de los Severos de suministrar caudales al fisco.

Pasemos ya al último epígrafe de este capítulo.

## X. LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES EN EL DERECHO ROMANO VULGAR

Mucho se ha discutido entre los romanistas si el Derecho romano conoció además de la delación testamentaria y legal, la delación contractual. La mayoría de la doctrina suele poner el testamento y la ley como las únicas vías de delación hereditaria admitidas en el Derecho romano, sin distinguir si se trata del Derecho romano clásico o post-clásico y justiniano. Se suele decir también que la delación contractual es una especialidad del Derecho germánico, con lo que, según Fadda<sup>139</sup>,

<sup>137</sup> VALIÑO, E., *Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo, en Derecho romano. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijero* (Valencia, 1974), pág. 475.

PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano* (Roma, 1928), pág. 491.

BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. VI, págs. 172 y s.

BIONDI, B., *El Derecho romano cristiano* (Milán, 1952), págs. 67 y s.

<sup>138</sup> VASSALLI, *Miscellanea critica di Diritto romano, Studi giuridici* (Milán, 1960), T. III, vol. I, págs. 335 y s.

<sup>139</sup> FADDA, C., *Concetti fondamentali... ob. cit.*, pág. 315, § 237.

se han precipitado, porque la crítica histórica no se ha preocupado de fijar su evolución, ni la doctrina del Derecho común germánico se han puesto de acuerdo en fijarla.

Lo mismo que se viene afirmando sistemáticamente que al Derecho romano le repugnaron especialmente los pactos sucesorios, de la misma manera se niega tajantemente que el Derecho romano conociera la sucesión contractual. Mientras el Derecho romano prohíbe los pactos sucesorios, el Derecho germánico los admite todos; así se suele expresar la mayoría de la doctrina. Estudiar los pactos sucesorios y, a través de ellos, la sucesión contractual, con esquemas doctrinarios *a priori* o aplicar criterios vigentes en épocas posteriores para esclarecer el problema que ellos representan, es renunciar a la búsqueda de la solución conforme a los presupuestos históricos y jurídicos de la propia institución.

Estudiar los pactos sucesorios teniendo en cuenta o basándose exclusivamente en la lógica jurídica del sistema romano clásico, resultará siempre falso y antihistórico<sup>140</sup>, mientras que estudiarlos a través de las constituciones imperiales, especialmente de Diocleciano, Constantino, León el Filósofo y Justiniano es estudiarlos dentro de la época en la que fueron admitiéndose unas veces y rechazándose otras, y en las circunstancias que propiciaron que, junto a la delación testamentaria, se fuera consolidando, cada vez más hasta su completa aceptación, la delación contractual.

Las XII Tablas establecían que su orden de suceder sólo se aplicaría si *intestato moritur*. De las dos formas de delación hereditaria, la testamentaria y la legal, la primera se generalizó muy pronto, incluso antes de las XII Tablas, llegando a ser la sucesión normal<sup>141</sup>. Las dos formas antiguas de testamentos fueron el *testamentum calatis comitiis*, delante de la curia, dos veces al año, y el *testamentum in procinctu*, delante del ejército formado en orden de batalla. Gayo recuerda un *tertium genus testamenti*: La *mancipatio familiae* y el *testamentum per aes et libram*. De este tercer género de testamento, dice Volterra<sup>142</sup>, y por la descripción de Gayo (2.103;105), parece que la transmisión

<sup>140</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, pág. 164.

<sup>141</sup> MAYR, R., *ob. cit.*, págs. 233 y s.

<sup>142</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones...* *ob. cit.*, págs. 723 y s.



del patrimonio al *familiae emptor* tenía lugar cuando todavía el disponente estaba vivo, lo que lleva a algunos modernos a afirmar que la *mancipatio familiae* no era un acto *mortis causa*. Sin embargo, el mismo Gayo decía que el *familiae emptor heredis locum optinebat*. El Derecho romano, por tanto, no ignoró un acto a causa de muerte irrevocable y bilateral como la *mancipatio familiae mortis causa*, así que puede decirse, dice Vismara<sup>143</sup>, que el Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo no ignoró actos *mortis causa* bilaterales e irrevocables, por lo que no se puede afirmar *a priori* su pretendida aversión hacia ellos.

En este tercer género de «testamento» podía darse perfectamente una sucesión contractual, ya que por la cualidad de heredero que tenía el *familiae emptor*, el testador le daba el encargo de asignar o distribuir los propios bienes, después de su muerte, según él había manifestado, lo cual significaba aceptar y obligarse a cumplir el *familiae emptor* la voluntad del testador. En la *mancipatio familiae* originaria se producía inmediatamente el traspaso de todo el patrimonio del testador al *familiae emptor* y, posteriormente, a la muerte de aquél la transferencia de los bienes del *familiae emptor* a los designados.

En la evolución sufrida por el testamento romano es conveniente señalar o referirnos al mal llamado testamento pretorio, porque el pretor no introdujo ningún nuevo tipo de testamento. El pretor declaró únicamente en su edicto que concedía la *bonorum possessio* a cualquiera que la solicitara, presentando una escritura redactada sobre cualquier material, firmada por siete testigos. A las *tabulae* se les asignaba sin más el valor de un testamento, es decir, el escrito donde el disponente manifestaba su última voluntad, siempre con la firma de siete testigos.

En la terminología edictal y en la jurisprudencia la expresión *tabula* se usaba como sinónimo de testamento. Un testamento de esta forma, que no hubiera observado las formalidades, era nulo *iure civile* y daría lugar a que se abriera la sucesión intestata. Pero el pretor al conceder a los herederos indicados en las *tabulae* la *bonorum possessio*, dio lugar a una oposición entre el *ius civile* y el edicto del pretor.

Primeramente, prevalecieron los herederos civiles abintestato, pero después de una rescripto de Antonino Pío se les concedió a los here-

<sup>143</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, pág. 63 y 73 s.

deros indicados en las *tabulae* el poder rechazar las exigencias de los primeros mediante una *exceptio doli mali* (Gayo, 2.120; 147-149; Collatio, 16.3.1), de manera que también el Derecho imperial prefirió el *heres scriptus al heres iuris civilis*.

Pero el Derecho Imperial fue todavía más lejos, pues en el año 242, Gordiano (C. 6.11.2), sancionando probablemente una interpretación jurisprudencial arraigada en la práctica, concedió la *honorum possessio* a los herederos que hubieran sido designados como tales oralmente, delante de siete testigos, por un sujeto que tenía la *testamenti factio activa*. Se daba así un mayor valor a la voluntad del testador<sup>144</sup>.

La historia del testamento en la época postclásica es la historia de su extinción como figura autónoma, aunque siguen utilizando la expresión *testamentum* para catalogar lo que ya son verdaderas disposiciones sucesorias contractuales. Según Mayr<sup>145</sup>, el Derecho romano no admitió jamás el llamamiento a heredar mediante pacto sucesorio, pero reconoce más tarde que en la era del Derecho imperial y de los Derechos nacionales, por el predominio del helenismo en todas las esferas de la vida, y por el cristianismo, el Derecho romano, menos cosmopolita que el griego, se negaba en principio a reconocer toda relación del Derecho hereditario entre romanos y extranjeros. Pero como los extranjeros gozaban de sus derechos hereditarios nacionales, hasta el Derecho romano tuvo que allanarse muchas veces a las prácticas hereditarias de los nuevos ciudadanos, produciéndose así la evolución del formalismo propio del antiguo Derecho romano, a la libertad de formas del Derecho oriental.

No fue propiamente que el Derecho romano se allanara a las prácticas hereditarias de los nuevos ciudadanos romanos, sino que terminó por aceptarlas y hacerlas suyas, así que el ciudadano romano en el Bajo Imperio podía disponer de sus bienes por últimas voluntades unilaterales o bilaterales, por testamento o por últimas voluntades, dentro de las cuales se contaban las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios. Para el Derecho romano vulgar, los pactos sucesorios constituyeron una tercera forma de delación hereditaria<sup>146</sup>. En el De-

<sup>144</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones...* ob. cit., págs. 728 y s.

<sup>145</sup> MAYR, R., ob. cit., págs. 205 y s.; 247 y s. y 426.

<sup>146</sup> BONFANTE, P., *La affinità...* ob. cit., pág. 320; *Corso...* ob. cit., VI, pág. 169.

recho romano vulgar se dieron dos grandes grupos de disposiciones *mortis causa* identificables: donaciones *mortis causa* revocables y pactos sucesorios <sup>147</sup>.

En una primera época del Derecho romano, bajo la expresión de *favor testamenti*, lo que se quería salvar era la designación o institución de heredero, más que la verdadera voluntad del testador. En tiempos del emperador Justiniano, dice Perego <sup>148</sup>, el *favor testamenti* equivalía a un favor por la voluntad testamentaria, por una *benigna interpretatio*. Se trataba de dar una amplia actuación a la voluntad del testador, atribuyendo al *favor testamenti* la función de instrumento apto para realizar la voluntad del testador. Pero yo creo también que el Derecho romano vulgar se caracteriza por su favor a las últimas voluntades, categoría más amplia, dentro de la cual se comprendían no sólo el testamento, sino otras disposiciones de última voluntad, como las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios.

Son muchas las constituciones imperiales que prueban que de las últimas voluntades se tenía un concepto amplio. La última voluntad era el género al que pertenecían diferentes especies, y aunque de ellas destacara el testamento, que tantas vigiliass costó configurarlo, según Justiniano, no fueron menos importantes para el Derecho romano vulgar, las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios celebrados entre príncipes e ilustres familias, entre militares, en disposiciones a causa de muerte en favor de la Iglesia u obras pías, entre padres e hijos con ocasión del matrimonio de éstos, de la constitución de la dote, de donaciones *propter nuptias* y emancipación de los hijos, entre otros.

«No sean nulas las últimas voluntades» dijo el emperador Constantino en el año 321, en la L. *Habeat. De sacros. eccls.*, «porque nada hay que más se deba a los hombres, sino que sea libre la disposición de su última voluntad, después que ya no puede querer otra cosa, y lícito el arbitrio, que no vuelve otra vez», «porque es indigno que por causa de una vana observancia se invaliden los testamentos y las últimas voluntades», dijo también este emperador en el año 339 y en la L. *Quoniam indignus est*.

<sup>147</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, págs. 162 y ss.

<sup>148</sup> PEREGO, E., *Favor legis es testamento* (Milán, 1970), págs. 3 y s.

MURGA, J. L., *ob. cit.*, pág. 126 y s. y 205.

Ya con anterioridad, el emperador Diocleciano en el año 290, había señalado que el pacto sucesorio celebrado entre dos hermanos militares, no era un testamento, ni una donación *mortis causa*, sino un pacto que tenía la fuerza de última voluntad.

«Así, pues, también en las disposiciones de las últimas voluntades estará suprimida la necesidad del empleo de las palabras solemnes, de suerte que tengan libre facultad, los que desean disponer de sus propios bienes, para escribirla en cualquier materia, destinada a instrumento, y para usar de cualesquiera palabras:»: *et in postremis ergo iudicii... qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere... liberam habeant facultatem*, dijo Constantino en la L. *Quoniam indignus est*, ya citada, del año 321.

Las disposiciones a favor de la Iglesia son válidas, tanto si se ha dispuesto «por testamento o por otra cualquiera última voluntad», según los emperadores León y Antemio, en el año 470 y en la L. *Iubemus. De sacros. eccl.* El emperador Anastasio (C. 5.27.6): «*Vel per ultima voluntates vel per donationes seu alio legis cognitos titulos si voluerint tranferae*» (a. 517). El emperador Justiniano (C. 5.27.2.8) : «*liceat per donationem vel ultimam voluntatem... dare vel relinquere*» (a. 528). Zenón (C. 6.23.22), se refiere a los que redactan los testamentos u otra cualquier última voluntad: *testamenta vel aliam quamlibet ultimam voluntatem* (a. 480). El emperador Justiniano (C. 6.22.9,1): *testamentis vel ultimis voluntatibus vel dotibus vel donationibus* (a. 528); (C. 6.59.11): *vel inter vivos, vel per ultimas dispositiones, vel ab intestato descendunt* (a. 529). El emperador Teodosio (C. 6.36.8,3): *in omni autem ultimam voluntatem excepto testamento* (a. 424).

Generalmente en las constituciones imperiales se suelen contraponer testamento y últimas voluntades, destacando siempre el testamento; las demás últimas voluntades abarcan las nuevas disposiciones *mortis causa* que aparecieron, entre otras causas, por la fusión del Derecho romano y los derechos de las provincias romanas; el testamento era la creación del Derecho romano, las últimas voluntades las nuevas disposiciones admitidas ya por el Derecho romano postclásico y justiniano.

Las últimas voluntades hacen referencia a los contratos; luego en la expresión *testamentum vel ultimam voluntatem* está centrada y expresada la delación voluntaria de la herencia: la testamentaria y la

contractual, como hemos podido demostrar en las L. *Scrupulosam* y *Quum et stipulationes*, del emperador Justiniano, de los años 528 y 531, respectivamente.

Dice la L. *Scrupulosam* (C. 8.37 (38) 11) «Suprimiendo en absoluto la escrupulosa investigación de si uno ha estipulado o dejado alguna cosa en testamento a título de legado o de fideicomiso para después de su muerte, o para cuando muera, o para un día antes de que muera, mandamos, que, aunque se conozca que fue escrito para después de la muerte o para un día antes de que muera, sea, sin embargo, válido a tenor del contrato o del testamento, todo lo que estipularon o pactaron los contratantes en un contrato cualquiera, o todo lo que el testador dispuso en su testamento»: *omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit... pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus*.

«Porque aun cuando la antigüedad rechazaba ciertamente las estipulaciones, los legados y otros contratos referidos a después de la muerte, nosotros, sin embargo, hallamos, atendiendo a la común utilidad de los hombres, que era necesario enmendar con humanidad también aquella regla de que se servía la antigüedad...» L. *Quum et stipulationes* (C. 4.11.1).

No es posible dudar, tras el estudio de estas dos leyes, y de las anteriormente citadas en este capítulo, que el Derecho romano vulgar conoció y sancionó las dos formas de la delación hereditaria voluntaria: el testamento y el contrato, es decir, *testamentum vel ultimam voluntatem*.



## CAPÍTULO II

### LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA EDAD MEDIA

Mucho se ha discutido por la doctrina si los visigodos conocieron el Derecho Justiniano; Savigny, Dahm y Halban lo niegan y consideran que ni en nuestra Península, ni en Occidente se conoció el Derecho Justiniano. Mayer y Conrat sostienen que fue recibido plenamente en las colonias bizantinas. En España las campañas contra los bizantinos se produjeron en los años 570, 571 y 572, es decir, cuando ya Justiniano había reconocido y sancionado, con carácter general, las dos formas de delación voluntaria de la herencia: la testamentaria y la contractual y ésta en las leyes: *Scrupulosam* (C. 8. 37. (38) 11, *De contrahenda et comittenda stipulatione*), en la L. *Quum et stipulationes* (C. 4. 11. 1 *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiunt*) y L. *De quaestione* (C. 2. 3. 30 *De pactis*), sin olvidar las estancias de los visigodos en las regiones griegas antes de su establecimiento definitivo en nuestra Península, año 418.

Desde el primer tercio del s. III fueron los godos vecinos del Imperio romano. En el año 376, gracias a un Tratado con el Imperio, se establecen en la Tracia y conviven después con los romanos en las provincias imperiales y, por último, fundan el reino de Tolosa. En el nuevo ambiente en el que los visigodos se movieron, el Derecho que regía era el del Imperio romano, tal y como se manifestaba en las Constituciones imperiales y en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Junto a este Derecho no hay que olvidar que, precisamente en la mitad oriental del Imperio, tenía validez un Derecho nacional, —florecente aún después de la Constitución de Caracalla del año 212, y en el que la manera de suceder era la sucesión contractual—,

territorio en el que primero se establecieron los visigodos; así es que el Derecho visigodo no pudo escapar de ambas influencias<sup>1</sup>.

Los godos, dice Sánchez-Albornoz<sup>2</sup>, llegaron a nosotros más romanizados que los otros invasores germánicos del Imperio, además de la fugaz bizantinización del Sur y del Sudeste hispano. Se ve la huella evidente del Derecho romano vulgar en la ordenación civil, penal y procesal en el Código de Eurico y en el *Liber iudiciorum*.

El Derecho visigodo, como tendremos ocasión de comprobar, no es una amalgama de elementos diversos, sino un Derecho que integrado por elementos varios, logró adquirir personalidad propia; un Derecho que, en materia sucesoria, había recibido de la regulación del testamento militar romano la máxima que regirá su sucesión: la libertad de disponer de sus bienes como quieran o puedan y la libertad de disposición entre padres e hijos, ambas libertades reconocidas como privilegios en las Constituciones imperiales vistas en el capítulo I; libertades entendidas en el sentido de libertad de forma, basada en la sola voluntad.

Antes de adentrarme en el estudio de la sucesión contractual, única sucesión que conocieron y practicaron los pueblos germánicos que invadieron Europa, voy a referirme a dos cuestiones claves, fundamentales para mejor comprender la sucesión contractual en la Edad Media: la familia germánica y el papel de la Iglesia en la sucesión hereditaria.

### A. — La familia germánica

Lo primero que quiero hacer constar es que el germano, a diferencia del romano, no tenía personalidad individual o personal, pudiéramos decir; su personalidad era familiar; el germano se sentía miembro de una familia y como tal actúa, sobre todo, en sus relaciones familiares y sucesorias. El romano, con personalidad individual, podía libremente disponer de sus bienes para después de su muerte y la más esplendorosa

---

<sup>1</sup> TORRES y PRIETO BANCES, *Historia de España*, R. Menéndez Pidal, T. III, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 143 y s.

<sup>2</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, Claudio., *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*, T. II (Madrid, 1976), págs. 1011 y s.



manifestación de esa personalidad individual es su creación imperecedera: el testamento. Por su parte, el heredero romano no llegaba a serlo sino después de su aceptación; después de que, como individuo con personalidad individual, aceptara la herencia. Suele decirse siempre que mientras entre los germanos se es heredero, entre los romanos se hace al heredero.

El testamento, como expresión cumbre de su personalidad individual, no pudo comprenderlo el pueblo germano, el individuo germano, quien se sentía miembro de una familia y con unos derechos ya prefijados desde el momento de nacer; el padre germano, el visigodo concretamente, no tenía ninguna facultad de disponer de sus bienes libremente, sino que tenía la misión o función de distribuir su patrimonio, por iguales partes, entre sus hijos, excepto en una cuota de libre disposición, que era el quinto según la ley visigoda. La distribución se hacía en vida, a través de donaciones, con ocasión del matrimonio o emancipación de los hijos, como tendremos ocasión de comprobar.

Todos los estudiosos de la Edad Media repiten que los germanos no conocieron el testamento romano y yo añado que, si lo conocieron, no lo entendieron y, sobre todo, no lo aceptaron porque iba en contra de su propia ley: la ley de la familia. Pero si eran incapaces de entender y aceptar el testamento romano clásico, sí entendieron y comprendieron el llamado testamento militar que tan bien se avenía a su estructura familiar y circunstancias, ya que, como hemos visto, estaba basado única y exclusivamente en la sola voluntad del disponente o disponentes.

Según Pertile<sup>3</sup>, germano significa hombre de armas *Wehr* (armas) *Mann* (hombre) y parece que los bárbaros adquirieron tal nombre por su valor militar. Su honor y decoro estaban en sus armas, con las que se adornaban en las mayores solemnidades; perderlas era su mayor delito. La índole belicosa se correspondía con la severidad de sus costumbres y con su fuerza viril; no existía, dice Pertile, ninguna diferencia entre simples ciudadanos y militares, pues todos eran militares.

Como he dicho antes, el germano se sentía miembro de una familia y su personalidad era familiar, no individual o personal. La organización

<sup>3</sup>PERTILE, Ant., *Storia del Diritto italiano* (Turín, 1896), T. I, pág. 27.

familiar de los pueblos germánicos, dice Valdeavellano<sup>4</sup>, deriva de la constitución de la familia patriarcal. Los germanos fundamentaron el parentesco de sangre únicamente en la procedencia de un tronco paterno común; las mujeres se separaban de la *Sippe* y entraban por su matrimonio en la *Sippe* del marido, no originándose ningún vínculo de parentesco entre la hija y la *Sippe* de su madre.

La comunidad doméstica era una asociación de miembros iguales en derechos y en la que estaban jurídicamente equiparados, no sólo los jefes domésticos que la componían, sino todos los miembros masculinos que hubieran llegado a la mayoría de edad, es decir, a la aptitud física necesaria para sostener las armas. No existía, pues, en la *Sippe* una autoridad patriarcal suprema. Esta comunidad de linaje germánico estaba animada por un sentimiento de gran cohesión y solidaridad entre sus miembros y tenía, en ciertos aspectos, una significación jurídico-pública. La *Sippe* constituía una asociación de paz que, como dice Brunner, excluía toda hostilidad y enemistad entre sus individuos, quienes debían guardarse mutua fidelidad y protegerse recíprocamente contra cualquier ataque venido de fuera.

Se ha dicho, incluso, que los germanos desconocían un poder soberano que ejerciera coercitivamente la facultad normativa sobre sus súbditos. Todo grupo familiar se ordenaba y reglamentaba a sí mismo con manifestaciones colectivas de voluntad; cada grupo familiar se regía por su propia normativa.

Característica del hombre medieval, dice García Gallo<sup>5</sup>, es su existencia como miembro de una familia fuertemente unida. La familia entre los germanos, dice Pertile<sup>6</sup>, era una institución política, una sociedad de defensa común de las personas y de los bienes, estando todos los parientes obligados y dispuestos siempre a socorrerse en las guerras públicas y a asistirse en las privadas. En la Edad Media se sentía mucho el vínculo familiar, el fuertísimo vínculo familiar.

La *Sippe* fue, además, entre los germanos primitivos una comunidad agraria y todo el patrimonio, especialmente el territorial, era pro-

---

<sup>4</sup> VALDEAVELLANO, Luis G., *Estudios medievales de Derecho privado*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, n.º 32, págs. 301 y s.

<sup>5</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, *Del testamento romano al medieval; las líneas de su evolución en España*, AHDE, T. 47 (1977), pág. 449.

<sup>6</sup> PERTILE, A., *Storia del Diritto... ob. cit.*, T. III (Turín, 1894), págs. 274 y s.

piedad colectiva de la comunidad de linaje, exceptuándose solamente algunos objetos de uso personal, como las armas y las ropas que su poseedor llevaba consigo al sepulcro. A los jefes de las distintas familias o casas, sólo se le atribuía un derecho de disfrute sobre los bienes inmuebles de la *Sippe*.

Las comunidades familiares germánicas, dice Valdeavellano<sup>7</sup>, eran comunidades patrimoniales en las que participaban el padre y los hijos y, en defecto de éstos, los nietos. La mujer o la madre no eran, entre los germanos primitivos, miembros de esa comunidad jurídica existente entre el padre y los hijos respecto del patrimonio familiar; las hijas carecían de la capacidad de heredar en los bienes domésticos.

El padre, en cuanto jefe y representante de la comunidad patrimonial de la familia germánica, tenía un derecho de disfrute del patrimonio doméstico, que se extendía a todos los bienes muebles e inmuebles; el padre tenía sobre ellos una *Gewere* o tenencia vitalicia y únicamente podía disponer del patrimonio familiar con el consentimiento y cooperación de los hijos. Sólo a partir de las grandes migraciones germánicas, se le concedió al padre la facultad de disponer libremente de una cuota parte del patrimonio, la quinta parte de la herencia entre los visigodos, la cuota de libre disposición, *Freiteil*.

Los hijos, por el hecho de nacer en una familia, tenían un derecho a la sucesión que no podía serles substraído por nadie; un derecho que está reconocido exhaustivamente en todas las legislaciones germánicas, de donde es corriente que se diga, erróneamente según demostraré, que los germanos no conocían más que la sucesión intestada.

Los hijos tenían un derecho de expectativa hereditaria, un *Wartrecht*, al que tenían ya derecho desde el momento de su nacimiento, distinto entre los hijos varones y las hembras. La parte que a cada uno correspondía la recibían en vida, generalmente con ocasión de sus matrimonios respectivos o con ocasión de su emancipación; la sucesión se producía así *inter vivos* y por donaciones. El *heredes* en el mundo romano era el que recibía la herencia a la muerte del causante y el serlo suponía el fallecimiento de éste; en la Alta Edad Media, dice García Gallo<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> VALDEAVELLANO, L. G., *ob. cit.*, págs. 303 y s.

<sup>8</sup> GARCÍA GALLO, A., *El problema de la sucesión «mortis causa» en la Alta Edad Media española*, AAMN, X, (Madrid, 1959) págs. 260 y s.

*heredes* son, aún en vida del titular, los que a su muerte pueden adquirir sus bienes. *Heredes* de una persona son en algunos casos, dice García Gallo, los que con ella son coherederos en la sucesión paterna; por eso, en caso de morir el padre, ellos entran, *succedunt*, en el disfrute de los mismos, sin que, en realidad, haya una transmisión de bienes.

Por mi parte creo que la figura del heredero no aparece en los Reinos de España, sino a partir del s. XIII y por influencia del Derecho romano, en su recepción; hasta entonces, no creo que pueda hablarse de un heredero, sino simplemente de aquél de los hijos que seguía con la función de jefe de la familia, puesto que los hijos tenían el mismo derecho a los bienes familiares; me refiero a los hijos varones. Es en el s. XIII, cuando los nobles solicitan del rey que les sea concedido el privilegio de nombrar un heredero entre sus hijos y apartar a los demás con cierta cantidad, según quisieran, como fue el privilegio concedido por Jaime I a los nobles catalanes y aragoneses, privilegio que unos años más tarde se hizo extensivo a los demás ciudadanos.

Lo mismo que no podemos hablar de testamento romano clásico entre los germanos, por su falta de personalidad personal o individual, lo mismo tengo que decir de la figura del heredero; el heredero romano es el que sustituye al causante, el que se coloca en su lugar, el que prolonga la personalidad del causante, como se ha dicho; la personalidad individual que se coloca en lugar de otra personalidad individual. Entre los germanos, entre los visigodos y hasta el s. XIII, no creo que se pueda hablar de herederos en este sentido; el que no tiene personalidad individual no puede sustituir a otra personalidad individual; sí puede sustituir uno a otro en su función como jefe de la familia, pero nada más.

Como García Gallo no ha estudiado la sucesión contractual, dice que los hijos suceden sin que haya habido una transmisión de bienes cuando, en realidad, ésta se había producido en vida, a través de una sucesión contractual, a través de las donaciones hechas por el padre a los hijos con ocasión de su matrimonio o emancipación. Como esto no lo ve García Gallo dice que es necesario insistir, una vez más, en que la sucesión familiar en la AEM presenta un carácter propio: que no supone una transmisión de bienes, sino tan sólo un cambio de titularidad y que, por ello, como *heredes* se considera ya antes de operarse aquel cambio, antes de que se origine una *hereditas*, a los

que en su día habrán de convertirse en titulares por la ley, es decir, que ya son herederos desde que nacen, pero que no recibirán sus bienes sino a la muerte del causante, como si la sucesión se hubiera producido abintestado, cuando en realidad se ha producido por delación voluntaria: la contractual.

Los padres no podían privar a los hijos de los derechos que la ley de la familia, es decir, de la sucesión intestada, había establecido; por ello nos dicen los historiadores y medievalistas que existía en la Edad Media la costumbre de que en toda enajenación de bienes inmuebles se necesitaba el consentimiento de todos los herederos forzosos: *laudio parentum*, *Berspruchrecht*, o la intervención de los *parentes propinqui et proximi*, en todos los asuntos que afectaran a la familia y a sus bienes. En los documentos de los siglos IX, X y XI, dice Valdeavellano<sup>9</sup>, no aparece un individuo aislado como titular del derecho de propiedad sobre una tierra, sino que, por el contrario, los bienes rústicos son designados como propiedad del padre e hijos o del padre, madre e hijos e, incluso, otros incluyen también como propietarios a los nietos; en otros documentos las propiedades inmobiliarias pertenecen a todos los hermanos y a los hijos de éstos, lo cual está, según su opinión, perfectamente de acuerdo con el sistema de regulación de la sucesión legítima del Derecho de nuestra Edad Media.

En la disposición de la quinta parte del patrimonio de la que el *Liber iudiciorum* (L. V. IV. 5. I y V. 2.4) le había concedido amplia libertad de disposición en favor de quien quisieran, hijos o extraños, ni siquiera disponiendo de esta parte, aparece el padre actuando solo. Los documentos numerosísimos de disposición de esta quinta parte *pro anima*, nos presentan al padre acompañado de su mujer e hijos e, incluso, éstos consienten en la disposición del padre, lo cual nos hace sospechar que quizá estuviera disponiendo de más de la quinta parte y, por tanto, requería el consentimiento de los hijos, que vendría a ser un pacto sucesorio renunciativo. También es verdad que en estas disposiciones *pro anima*, es decir, donaciones hechas para conseguir el perdón de los pecados, no se pedía el perdón de los pecados del donante, sino que la donación iba dirigida al perdón de los pecados del donante, sus hijos, y sus antepasados; ni siquiera en la disposición de

<sup>9</sup> VALDEAVELLANO, L. G., *ob. cit.*, págs. 309 y s.

esta cuota vemos al hombre medieval actuando como individuo aislado, ni siquiera como responsable único de sus propios pecados.

En la Alta Edad Media, dice Arvizu <sup>10</sup>, tenía gran peso la estructura familiar. Cuando existían hijos, debían respetarse los derechos de éstos y cuando los Fueros consagran este derecho de los hijos a suceder a sus padres, se trata tanto de la sucesión legítima como de la voluntaria. Los padres sólo podían disponer libremente de su cuota libre; en las demás disposiciones concurren al acto y consienten los herederos. Se trata frecuentemente de donaciones *pro anima*, con entrega inmediata de los bienes donados o para después de la muerte, de bienes singulares. A veces, los cónyuges aparecen disponiendo con los hermanos de uno de ellos, con los sobrinos, con los herederos. En estos casos, todos ellos disponen *una pariter*, aunque en el documento figure un primer otorgante, en razón de ser el jefe de familia. También son frecuentes las donaciones pías o *pro anima*, e incluso *reservato usufructo, una pariter*.

Cuando los cónyuges no tenían hijos ni descendientes, hacían uso de *ius liberorum*, es decir, se donaban recíprocamente todos sus bienes, de manera que el sobreviviente de ellos se quedara con todos. Es conocido, dice Sánchez-Albornoz <sup>11</sup>, el carácter familiar de la propiedad de los Reinos de Asturias y León. Quienquiera que se haya asomado, aunque sea someramente, a los documentos de la época astur-leonesa sabe que del rey abajo todos realizaban sus negocios jurídicos uniendo a sus nombres el de sus esposas. Y consta, asimismo, que faltos de descendientes, los cónyuges se hacían libérrimas donaciones recíprocas que asimismo se proyectaban en la vida del derecho familiar de propiedad. Estas donaciones recíprocas no eran más que el ejercicio reconocido en las legislaciones germánicas de nombrarse recíprocamente herederos los cónyuges que carecían de descendencia, también llamado este derecho el *ius liberorum*.

Los diplomas de la época, sigue diciendo Sánchez-Albornoz, atestiguan que el marido y la mujer conjuntamente o en caso de viudez el

---

<sup>10</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, (Pamplona, 1977), págs. 47 y s.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *El reino astur-leonés (722 a 1037)*, *Historia de España*, T. III, vol. 1.<sup>o</sup>. *La España cristiana de los siglos VIII al XI*, págs. 131 y s.

cónyuge viudo, solían hacer sus actos de jurisdicción voluntaria invocando el nombre de sus hijos. Tales declaraciones implicaban el reconocimiento de los derechos de los vástagos de la pareja al patrimonio de la misma. El carácter familiar de la propiedad suponía, además, la futura división de la otra mitad de aquél entre los hijos de la pareja mediante un *collnillum divisionis* que partía de la igualdad de derechos de los mismos.

De manera distinta opina Braga da Cruz<sup>12</sup>, para el que nunca se llegó en el Derecho hispánico medieval a una verdadera propiedad familiar sobre la tierra, sino solamente a la imposición del principio del interés y destino fundamentalmente familiares de la propiedad inmobiliaria, aun siendo ésta individual. Para él, la solidaridad que animó y dio cohesión a la familia altomedieval no fue en la Península una herencia de la organización familiar germánica, sino más bien producto de las necesidades sociales creadas por la Reconquista y de la importancia económica adquirida por la tierra, la que habían determinado a los individuos a abdicar de su egoísmo respecto de la propiedad territorial y a imponer la idea de que la propiedad individual quedara dominada por el interés familiar, sin que ello supusiera que la propiedad de la tierra hubiera dejado de ser individual, ya que sólo los individuos continuaron siendo sus únicos titulares, con lo que, opina Braga da Cruz, el Derecho romano había vencido de una vez para siempre al Derecho germánico.

Con esta breve alusión a la familia germánica voy a referirme, a continuación, a la otra faceta del hombre medieval: el hombre cristiano y a la Iglesia.

## B. — El papel de la Iglesia en la sucesión voluntaria.

Ya hemos visto en el capítulo I que, lo mismo que los militares podían disponer de sus bienes a causa de muerte, olvidándose de los requisitos formales que se le exigían a los paganos, así también todas las últimas voluntades hechas en favor de la Iglesia o lugares píos

---

<sup>12</sup>BRAGA DA CRUZ, G., *O Direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar* (Braga, 1941), T. I, págs. 189 y s.

eran válidas, porque en estas últimas voluntades *liber est stilus*. El privilegio concedido a estas últimas voluntades hechas a favor de la Iglesia, está recogido en la ya sabida L. *Habeat* (C. I. 2. I; C. Th. 16. 2.4. *De sacross. eccles.*), en donde Constantino en el año 321, justo 32 años antes de que el mismo emperador declarara al cristianismo religión oficial del Imperio, estableció un principio que veremos recogido textual e íntegramente en varios Fueros. «Tenga facultad cada cual para dejar, al morir, los bienes que haya querido al santísimo, católico y venerable concilio, y no sean nulas las últimas voluntades. Porque nada hay que más se deba a los hombres, sino que sea libre la disposición de la última voluntad, después que ya no puede querer otra cosa, y lícito el arbitrio, que no vuelve otra vez».

Así como no es posible entender la sucesión contractual sin previamente tener una idea de la personalidad familiar del hombre medieval, tampoco se comprendería bien sin tener en cuenta que el hombre medieval es un individuo preocupado tremendamente por el más allá, por el juicio ante Dios a la hora de su muerte, con la creencia de que se obtiene el perdón de los pecados haciendo buenas obras en la tierra, es decir, disponiendo de parte de sus bienes en favor de la Iglesia o lugares píos. Ya es conocida por todos la idea, promovida por San Agustín y los Santos Padres de la Iglesia, de que si Jesucristo era hijo de Dios y los hombres hijos de Dios, Jesucristo era hermano de los hombres y como tal hijo debía tenersele en cuenta a la hora de disponer de los bienes.

La ferviente fe, dice Sánchez-Albornoz<sup>13</sup>, que triunfaba en toda Europa occidental había dado a la clerecía poder y riquezas en todos los países de Europa. En España se enriquecieron especialmente la iglesia del Apóstol Santiago y las sedes de Oviedo, Lugo, León y numerosos monasterios como los de Celanova, Sobrado y Sahagún. La fe calentaba los corazones de las gentes de todos los estratos sociales, del rey a los labriegos y a todos movía a hacer frecuentes actos de piedad. Los señores eclesiásticos se enriquecieron especialmente por concesiones graciosas de particulares; pobres y ricos se creían en la obligación de ceder parte de sus bienes para la salvación de sus almas. Empleaban fórmulas jurídicas muy diversas para hacer compa-

<sup>13</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *ob. cit.* Prólogo y pág. 332.



tible el interés material y el espiritual, para conseguir la misericordia divina sin grande riesgo del bienestar terreno; de esta manera se aseguraba el perdón de los pecados y la entrada en la mansión de los justos.

La Iglesia aparece así como la gran protagonista de esta época y como destinataria de la mayoría de las disposiciones *mortis causa*, dice Arvizu<sup>14</sup>; será así la destinataria de la cuota de libre disposición visigoda que pasa a ser, generalmente, la cuota destinada *pro anima*. En toda Europa existía la costumbre de dar o donar bienes a la Iglesia y monasterios pensando en el perdón de los pecados del donante, sus antepasados, su mujer e hijos y por sus parientes y, así, obtener el beneficio de estar con los justos en el paraíso.

Los cartularios de los monasterios, dice Maldonado<sup>15</sup>, están llenos de actos de disposición de esta índole. En muchos casos se trata de donaciones *inter vivos*, que suelen tener por objeto uno o varios predios concretos, pero la mayoría de los casos se trata de donaciones *post obitum*, especialmente cuando se dispone de todos los bienes del donante, que ocurría cuando los cónyuges no tenían hijos ni descendientes, en cuyo caso se solían entregar en cuerpo, alma y patrimonio a la Iglesia o a un monasterio, reservándose el usufructo, generalmente, hasta el final de sus días, llegando a ser esta expresión una fórmula de estilo, que se ve repetida en ciertos cartularios como el del Becerro gótico de Cardaña.

La intervención en estas donaciones de todos los parientes, que confirman y aprueban la disposición hecha a favor de la Iglesia y monasterios *pro anima*, era necesaria para que dicha disposición fuera válida, como consta en varios Fueros, como los de Brihuega, Cerezo, Plasencia y Ledesma, que tienen que ver con los límites de las disposiciones *pro anima*<sup>16</sup>; debió de ser frecuente que los fervorosos disponentes donaran más de lo que les correspondía, es decir, más de la quinta parte del patrimonio familiar, por lo que se hizo necesario el consentimiento y aprobación de aquéllos que tenían derecho sobre estos bienes, es decir, los hijos, los descendientes y la mujer.

<sup>14</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, pág. 25.

<sup>15</sup> MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Herencia en favor del alma en el Derecho privado*, edic. Revista de Derecho privado, (Madrid, 1944), págs. 25 y s.

<sup>16</sup> MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *ob. cit.*, págs. 50 y s.

Suelen, en estas donaciones *pro anima*, manifestar los donantes su temor de morir intestados, que de ninguna manera puede entenderse como temor a morir sin disponer de sus bienes, pues de éstos disponían en vida por contrato sucesorio, a medida que los hijos contraían matrimonio o se emancipaban; su temor a morir intestados era su temor existencial a morir sin haber dispuesto *pro anima*, es decir, sin haber dispuesto de parte de sus bienes para el perdón de sus pecados porque, como muy bien señala Alonso Lambán<sup>17</sup>, se ponía de manifiesto en esta época una unión entre confesión y testamento, hasta el punto de que morir *intestatus* equivalía en algunos textos a morir *inconfesus*.

La idea de la muerte obsesiona al hombre medieval, así como su creencia de que, mediante buenas obras en vida, es decir, mediante donaciones a la Iglesia, les eran perdonados sus pecados y podía así afrontar, con más seguridad, el juicio final ante Dios el día de su muerte; en todos los documentos se recuerda que se ha de morir, según la naturaleza humana, pero que no se sabe cuándo, con lo que era necesario irse preparando en vida para ese momento incierto con actos expiatorios.

La idea del mundo como escenario de una sacra representación es propia de la Edad Media y en ella es donde encuentra su plena aceptación y florecimiento. El mundo es un escenario de la historia sacra; desde su origen pende de su destino, la creación, la caída, el calvario, el temido milenio, el juicio final, son todas etapas o jornadas, de antemano prefijadas, del inmenso drama del mundo, y la Iglesia, como mítica fortaleza con sus legiones y jerarquías, la Jerusalén celestial<sup>18</sup>.

Este es el escenario del hombre medieval, que tan bien ha sabido mostrarnos Sánchez-Albornoz<sup>19</sup>, de León, ciudad que hasta en los menores detalles llegó a conocer. León, dice, vivía a ras de tierra, sin otro acicate que la sensualidad y sin otra inquietud espiritual que una honda y ardiente devoción. Mística y sensual, guerrera y campesina, la ciudad entera dividía sus horas entre el rezo y el agro, el amor y la

---

<sup>17</sup> ALONSO LAMBÁN, M., *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*, RDN, 5-6 (1954), págs. 50 y s.

<sup>18</sup> HUIZINGA J., *El otoño de la Edad Media*. Revista de Occidente, (Madrid, 1930), Ts. 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *ob. cit.* pág. 708.

guerra. Los laicos empuñaban la espada para luchar contra los infieles, o el arado para labrar la tierra; y los monjes, la azada para cavar el huerto o la pluma para copiar el Viejo y el Nuevo Testamento, la obra de los Santos Padres más famosos de la Iglesia cristiana o los libros litúrgicos al uso. Todos o casi todos amaban o rezaban; sólo una minoría de escogidos mantenía encendida la mortecina llama de la cultura clásica, al leer y copiar, aunque de tarde en tarde, los versos de Horacio o de Virgilio.

Con lo hasta aquí dicho, he querido resaltar las dos facetas del hombre medieval: su faceta como miembro de una familia y su faceta como hombre religioso preocupado por el más allá, facetas éstas que veremos representadas en la sucesión contractual, única que conocieron y practicaron en la Edad Media hasta el s. XIII; como miembro de una familia, veremos que la sucesión se producía en vida a través de donaciones con ocasión del matrimonio o emancipación de los hijos; como hombre religioso, lo veremos disponer de su cuota de libre disposición a través de donaciones *pro anima* o *post obitum*, a las que llama testamentos y que tanto ha confundido a los estudiosos del medievo; pero no adelantemos nada y pasemos a estudiar el Derecho visigodo, empezando por el Código de Eurico.

## I. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO DE EURICO (470-480)

Suele la doctrina señalar que el Código de Eurico es una fuente del Derecho romano vulgar o un monumento del Derecho romano vulgar, cosa que en relación al Derecho sucesorio es verdad, como veremos y hemos ya estudiado en el capítulo I. Eurico nació el año 440, en plena época teodosiana y su Código, a modo de *Edictum* del prefecto del pretorio para su pueblo, data del año 470.

En el Código de Eurico dos epígrafes se refieren y recogen la sucesión; uno *De Successionibus* (caps. 320 a 336), en el que se regula la ley fundamental de la familia, es decir, la sucesión legal o intestada, y el otro *De donationibus*, en el que se regula la sucesión contractual, única que conocían y practicaban.

A la sucesión contractual se le llama testamento, que como hemos

visto en el capítulo I, comprendía la sucesión, por privilegio, entre militares, príncipes y nobles familias y entre padres e hijos. Dice así el cap. 320, 1, *De successionibus*: «Si los padres murieran sin testamento... reciban las hermanas, en tierras y demás cosas, una porción igual que la de sus hermanos»; «y si quedó alguna soltera y se casó a su capricho, deje a sus hermanos o herederos de éstos toda la porción que habría recibido» (cap. 320,2). «Mas si permaneció virgen, tenga mientras viva la porción en las casas y fincas como sus hermanos y, a su muerte, vuelvan inmediatamente las tierras a los susodichos herederos, pudiendo disponer de los otros bienes en favor de quien quiera» (cap. 320,3). «Acercas de la religiosa que permaneció en castidad por voluntad de sus padres, mandamos que continúe» (cap. 320,4). «Y si los padres murieran sin dejar testamento, aquella hija soltera tenga en todo una porción igual a la de sus hermanos, que pueda poseer hasta su muerte en derecho de usufructo, pero, a su muerte, deje las tierras a sus herederos; en el resto de los bienes tenga potestad de disponer lo que quiera (cap. 320,5).

La sucesión intestada se preocupa de que los bienes de la familia vuelvan al tronco de donde proceden, cuando en usufructo se le ha adjudicado a la hija soltera, virgen o religiosa, estableciendo siempre el derecho de reversión de los bienes inmuebles; de los demás, la hija tiene plena facultad de disponer; la división de los bienes, como hemos visto, son por partes iguales.

A la reserva viudal del marido o de la mujer se refieren los caps. 321 y 322 respectivamente. Mientras el padre viudo permaneciera en este estado, poseía los bienes de los hijos, «de forma que no intente vender o malgastar o enajenar de otro modo cualquiera nada de aquellos bienes, sino que conserve todo íntegro y escrupulosamente para sus hijos». «Cuando el hijo tomare mujer o la hija aceptare marido, reciba inmediatamente de su padre su porción de los bienes maternos, dejando al padre una tercera parte en usufructo» (caps. 321,3). «El padre, al cumplir, tanto el hijo como la hija, los veinte años, restitúyales la mitad de lo que les tocó a cada uno de los bienes maternos, aunque no se hubieren casado; y quédese con la otra mitad mientras viva, para, a su muerte, dejarla a los hijos».

Si el padre viudo contraía nuevas nupcias «devuelva luego todos los bienes maternos a los hijos, para que, al pasar a una casa extraña

con sus cosas, no sean los hijos injuriosamente vejados por la madrastra» (cap. 321,5); la misma norma se observaba para los nietos (cap. 321,6).

Si era la madre la que quedaba viuda, recibía en usufructo una porción igual que la que correspondía a cada uno de sus hijos, con la misma prohibición de disponer de ella y, a su muerte, pasaba a los hijos (cap. 322,1); si por negligencia o maldad malgastaba esa porción paterna, los hijos tenían derecho a acudir al milenario, al conde de la ciudad o al juez, para que amonestaran a la madre públicamente (cap. 322,2); la madre tenía facultad de dar al hijo o a la hija que ella quisiera esa porción paterna que le habría correspondido en usufructo, es decir, tenía facultad de mejorar a un hijo, el que quisiera (cap. 322,3.); si había la madre malgastado algo de la porción usufructuaria, debía indemnizar a los hijos con sus propios bienes, a su muerte; cuando esto ocurría, la porción que había recibido de su marido revertía a los hijos por igual, pues no podían éstos quedar defraudados de la herencia paterna (cap. 322, 4 y 5); si contraía nuevo matrimonio, los hijos del primer matrimonio tenían derecho, desde ese momento, con el resto de los bienes paternos, a aquella porción usufructuaria (cap. 322,6).

La madre viuda, cuyo hijo le premurió, tenía derecho a toda su herencia, con tal de que siguiera en estado de viudedad a la muerte del hijo (cap. 327,2); el derecho de representación de los nietos, respecto al padre premuerto, está recogido en el cap. 327,3.

El *ius liberorum* está recogido en el cap. 334 y dice así: «el marido y la mujer se heredarán uno al otro tan sólo cuando no se encuentra ningún otro próximo o pariente cualquiera hasta el séptimo grado»; lo mismo los clérigos, monjes y religiosas que no dejaron herederos próximos o parientes hasta el séptimo grado y no habían dispuesto de su herencia; en este caso la iglesia a la que sirvieron tendría derecho a todo su haber (cap. 335).

En el epígrafe *De donationibus* se encuentran los polémicos capítulos 307 y 308 C.E. Antes de ver las distintas interpretaciones que se han dado a estos capítulos, es necesario que transcriba su contenido:

Cap. 307. 1.º «Si el marido donó algo a su mujer, confirme lo que quiera de ello en una escritura signada o suscrita de su mano, de

modo que accedan suscribiéndola dos o tres testigos que sean personas libres; y tal voluntad del mismo tenga validez.

2.<sup>o</sup> Si los testigos no estuvieron presentes..., sea nula la voluntad.

3.<sup>o</sup> Pero si hay necesidad, la voluntad se puede disponer de palabra tan sólo, en presencia de dos o más testigos.

4.<sup>o</sup> Obsérvese la misma norma de donación para la voluntad de la mujer que quisiera disponer en favor del marido.»

Según Álvaro D'Ors<sup>20</sup>, ésta es la forma general de toda donación *mortis causa*, es decir, la forma testamentaria; este capítulo, dice, nos da una valiosa información sobre las formas del testamento en el Derecho euriciano. El término *voluntas* alude claramente a la disposición testamentaria, a las donaciones testamentarias, y se complementa con el cap. 319, donde también se regula una donación *post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem*; según mi opinión, D'Ors tiene razón en ver en este capítulo una sucesión, que él llama testamentaria, pero que yo concreto más y digo que se trata de una sucesión contractual, hecha en vida de los cónyuges, con efecto en vida o después de su muerte, como señala el cap. 319.

Quiero señalar ahora que la definición que de pactos sucesorios da Torre, en su tratado sobre los pactos de futura sucesión, editado en Venecia el año 1673, es la de que éstos son «las promesas, convenciones, pactos o estipulaciones sobre la herencia o sucesión del hombre que todavía está vivo: *nil aliud sunt, quam promissionem, conventionem, pacta, vel stipulationem, super haereditate vel successione hominis viventis*<sup>21</sup>; luego el capítulo 307 C.E. no hace más que recoger la facultad que tenían los cónyuges de celebrar entre ellos pactos sucesorios, con la presencia de dos o tres testigos y por escrito o con la sola manifestación oral de su voluntad y la presencia de dos o tres testigos, es decir, lo que luego se clasifica como de testamento escrito u oral, y yo sucesión contractual hecha por escrito y con testigos u oralmente y con testigos, dos o tres en ambos.

El cap. 319 establece que la viuda que permanecía en estado de viudedad o pasaba a segundas nupcias, podía poseer las cosas donadas por su marido y dejarlas a quien quisiera después de su muerte, es

---

<sup>20</sup> D'ORS, Á., *Estudios visigóticos II. El Código de Eurico*. (Roma - Madrid, 1960).

<sup>21</sup> TORRE, J., *De pactis futurae successionis*, (Venetiis, 1673), lib. I, cap. 12, ns. 53 y s.

decir, se refiere a las *sponsalia*. La expresión *post obitum suo*, dice Samper Polo<sup>22</sup>, suele ser una designación genérica para toda disposición *mortis causa*, sea testamentaria o por donación; pero hay que hacer la salvedad de que no conocían el testamento, pero sí la sucesión contractual, así que disponían por contrato *inter vivos*, aunque con efecto a la muerte del donante; no es tan esencial el cuándo producirá efecto la donación, como cuándo se pactó o cuándo se hizo la donación o promesa de donación. Según Alonso Lambán<sup>23</sup>, la expresión *post obitum suum* es tan amplia que podría referirse a todo acto a causa de muerte; no olvidemos que estamos estudiando el epígrafe *De donationibus*.

Más polémico aún es el cap. 308, también en sede de donaciones, Dice así:

Cap. 308, 1.º «La cosa donada, si se entrega en presencia, no la revoque el donante en modo alguno, a no ser por causas ciertas y probadas.

2.º El que hace una liberalidad de modo que la cosa donada pertenezca después de su muerte a aquél a quien lo donó, como hay semejanza con el testamento, tendrá facultad de cambiar su voluntad cuando quisiera, incluso sin alegar que hubo ingratitud.

3.º El que engañado por una falsa donación gasta algo en utilidad del donante, recupérela del mismo donante o de sus herederos, a fin de que no sufra injustamente perjuicio quien había esperado un lícito lucro de una falsa promesa».

El n.º 1 de este capítulo se refiere a donaciones hechas en vida y entrega inmediata de bienes, con lo que la donación es irrevocable; en el n.º 2 la donación se ha hecho con efecto para después de la muerte del donante y como esta donación *similitudo est testamenti*, se considera revocable siempre y podrá el donante cambiar su voluntad, sin que tenga que alegar ingratitud, porque esto es un pacto sucesorio. Hay que tener en cuenta que en los cientos de documentos en los que se ha dispuesto de bienes o, mejor dicho, se han donado a la Iglesia bienes con tradición inmediata o *post obitum*, a ambos documentos se les denomina testamentos, como tendremos ocasión de comprobar más

<sup>22</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, págs. 175 y s.

<sup>23</sup> ALONSO LAMBÁN, M. *ob. cit.*, (1954), págs. 52 y s.

adelante; yo creo que el título por el que se hacía la sucesión hereditaria en la Alta Edad Media era la donación, *inter vivos*, con efecto inmediato o *post obitum*, pero disponiéndose de la herencia de una persona viva por contrato, estipulación, promesa o pacto.

La doctrina ha centrado su atención, especialmente, en el cap. 308,2, en donde se dice que la donación hecha para que la cosa donada pertenezca al donatario después de la muerte del donador, como se asemeja al testamento, es revocable siempre. Para D'Ors<sup>24</sup>, la donación del C.E. sigue siendo fundamentalmente igual a la vulgar romana; de ahí la aproximación de las donaciones al testamento y la revocabilidad de aquéllas y éste. Se puede decir, dice D'Ors, que este título *De donationibus*, es también el título «Sobre los testamentos». Y, según mi opinión, el título de «La Sucesión contractual».

Para Samper Polo<sup>25</sup>, el cap. 308,2 no constituye nunca una *donatio post obitum*, porque en ella el donante se reserva la libre facultad de revocar; nada importa que el texto use las palabras *post obitum suum*; si la donación es revocable es sencillamente porque es una donación *mortis causa*. No tiene sentido, dice, discutir, como hacen Vismara y Merêa, si las donaciones *post obitum* pueden revocarse o no, porque ¿qué diferencia podría haber entre una *donatio post obitum* revocable y una *donatio mortis causa*? La donación *mortis causa* se asimila al testamento y, por eso, es revocable. El C.E. pertenece a una época, dice, en la que el testamento se ha fundido en el común sistema de las donaciones revocables, aunque reconoce que en las fuentes sucesivas, cuando de alguna manera se alude a una equiparación entre donación y testamento, la referencia ya no se hace a la *donatio mortis causa*, sino a la donación en general; reconoce también Samper Polo, que en los documentos de la época y posteriores y en la legislación occidental subsiguiente al C.E., hasta en las Fórmulas visigóticas, no le ha sido posible encontrar más testimonios de *donationes mortis causa*. La razón no puede ser otra que el haberse fusionado todas las categorías de donaciones revocables, de haberse concentrado la atención de los donantes en el hecho de si el acto puede o no revocarse. La estructura del título de las donaciones del C.E. lo muestra con bastante claridad

---

<sup>24</sup> D'ORS, Á., *ob. cit.*, págs. 232 y s.

<sup>25</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, págs. 180 y s. y 147 y s.



y la tendencia práctica a renunciar a la revocabilidad en los documentos, generalmente con solemnes juramentos, da la pauta de cuál era el problema jurídico que realmente interesaba.

Centra, por tanto, Samper Polo su atención en la revocabilidad de estas donaciones *mortis causa*, pero dice que todas las donaciones comienzan a ser, en sentido estricto, *mortis causa*, es decir, hechas en consideración a la propia muerte, y como un adelanto testamentario. Incluso las donaciones «directas» o «*inter vivos*» se convierten en verdaderos testamentos contractuales o pactos sucesorios. En cierta manera viene a reconocer que estas donaciones, independientemente de que tengan efecto o no en vida o después de la muerte del donante, es un acto hecho en consideración de la muerte y, por tanto, dice él, un testamento contractual; por eso, porque son donaciones hechas en consideración a la muerte o con efecto para después de la muerte, los cientos de donaciones *pro anima*, hechas a la Iglesia o monasterios, ya tengan efecto inmediato o para después de la muerte del donante, se les llama testamentos, porque están dirigidas al perdón de los pecados y al juicio final ante Dios, al momento de la muerte.

Según Sánchez-Albornoz<sup>26</sup>, la donación en el C.E. es una institución de estirpe germánica. Von Schwerin, Levy, Merêa y Bruck han señalado como una peculiaridad del Derecho visigodo, la legitimación de las donaciones entre cónyuges por las leyes 307 y 319 del C.E., contra la norma prohibitiva del Derecho romano conservada aún en el Breviario de Alarico. Álvaro D'Ors, solo frente a todos, se niega a aceptar el rasgo de Derecho germánico en las leyes euricianas. Dice D'Ors que el C.E. 307 nos da la forma de las donaciones testamentarias y el 308,1 las de las donaciones *inter vivos* que se perfeccionan por la simultánea *traditio*. Considera Sánchez-Albornoz que D'Ors llega muy lejos en su obstinación antigermanista. ¿Cómo una mente tan clara puede negarse a admitir de modo tan absoluto y sin concesión alguna, la presencia de numerosas huellas de Derecho visigodo en la ley de un rey godo? Yo creo que decir que en el título *De donationibus* del C.E. está recogida la sucesión testamentaria (y yo la sucesión contractual) no es, de ninguna manera, una concesión al Derecho romano, sino más bien el reconocimiento del origen germánico de la sucesión

<sup>26</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *Viejos y nuevos... ob. cit.*, T. II, pág. 1043.

contractual que aceptó e hizo suya Justiniano en las mencionadas leyes: *Scrupulosam, Quum et stipulationes et De quaestione*.

Es preciso reconocer, dice Sánchez-Albornoz, que cuando los godos tomaron sedes definitivas en España, la tradición romana hubo de sufrir el impacto del Derecho visigodo. Porque, claro está, que por bajo de la superestructura romanizante de la ley euriciana, a la que creo dictada para la nación goda, las costumbres jurídicas visigodas pudieron y debieron permanecer vivas entre el pueblo por Eurico regido. Precisamente por lo cerrado e integral de la romanización del Código euriciano era más difícil que, en un abrir y cerrar de ojos, los godos cambiaran de Derecho por arte de magia. Más fácil habría sido el impacto de lo romano en las tradiciones jurídicas ancestrales del pueblo visigodo si la inundación y saturación de la ley por el Derecho romano vulgar no hubiera sido tan intensa y abarcante.

Sabemos hoy, sigue diciendo Sánchez-Albornoz, que los godos se establecieron en masas relativamente compactas en el Valle del Duero y que conservaron en él sus costumbres y vivieron apartados de los hispanos hasta la conversión al catolicismo a fines del s. VI. Aunque no tuviéramos ninguna prueba de que asimismo mantuvieron vivo su Derecho consuetudinario podríamos lícitamente imaginarlo. Su vida apartada en los que luego se llamaron Campos Góticos habría normalmente facilitado tal perdurabilidad.

El Derecho y las instituciones germánicas van adquiriendo corporeidad en la legislación hispanogoda con el correr de las décadas. Las leyes de Leovigildo habrían sido más germanizantes que las de Eurico, las de Chindasvinto más que las de Leovigildo y más aún las de los últimos reyes visigodos. Esa regresión no puede tener más que una explicación racional: la consagración legal de la tradición jurídica goda.

No es difícil explicar el creciente aflorar de normas jurídicas germanas en la legislación hispanogoda sin la que, suponemos, vivificación de la tradición gótica, mantenida en las costumbres diarias de las masas populares, al margen de las disposiciones romanizantes del Estado (menos en el Derecho de familia y sucesiones en el que imperó su ley y costumbres, según mi opinión). Los reyes visigodos, sigue diciendo el insigne historiador, del siglo V habrían vivido demasiado deslumbrados por la grandeza de la Roma imperial que conocieron de cerca y

rodeados de galos-romanos cultos que normalmente sentirían desdén frente a las simplistas prácticas jurídicas primitivas de los bárbaros. Fue por ello lógico que Eurico diera paso en sus leyes al Derecho vigente en el Imperio hasta dejarlas inundar por él (excepto, vuelvo a repetir, en lo concerniente al Derecho de familia y sucesiones). Pero no es menos lógico que con el correr de los tiempos, al alejarse y desdibujarse la imagen grandiosa de la Roma eterna, que todavía habían alcanzado a admirar los hijos de Teodredo, los reyes godos se sintieran poco a poco menos subyugados por el impacto de lo romano y más prestos a llevar a sus leyes las tradiciones jurídicas que su pueblo no había olvidado.

Volviendo, otra vez, a las distintas interpretaciones que se han dado a estos dos capítulos 307 y 308 C.E. Pérez de Benavides<sup>27</sup> dice que el cap. 308,2 C.E. se refiere a las donaciones *post mortem*, pero que el legislador no confunde con el testamento, aunque afirme que *similis est*; la semejanza entre estas donaciones y el testamento, dice, es una prueba de que todavía no se había producido la confusión entre ambas figuras jurídicas, porque aunque el C.E. no dice nada del testamento, no significa que lo desconocieran, sino que consideraban válidas las disposiciones romanas que lo regulaban. No estoy en absoluto de acuerdo con él, sobre todo cuando dice que el capítulo dedicado a las donaciones puede ayudar a reconstruir el régimen del testamento.

Para Alonso Lambán<sup>28</sup> la equiparación que hace el cap. 308,2 C.E., entre donación *mortis causa* y el testamento, es posible por haber sufrido el testamento una transformación que lo hacía susceptible de ser equiparado a cualquier otra disposición de última voluntad, al igual que el cap. 319 C.E., que es lo suficientemente amplia la facultad de disponer *post obitum* que muy bien podía referirse a todo acto a causa de muerte. El testamento en el C.E. está hasta tal punto disgregado, que se podría asimilar a cualquier acto de última voluntad. No va mal encaminado Alonso Lambán en su razonamiento, hijo de su conocimiento, a través de documentos, de las formas testamentarias en la Alta Edad Media en Aragón; si no hubiera sido por su temprana muerte,

---

<sup>27</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, M. M.<sup>a</sup>, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*. (Granada, 1975), pág. 77.

<sup>28</sup> ALONSO LAMBÁN, M. *ob. cit.*, pág. 52

habría llegado a ver que no se trataba de que el testamento había sufrido una transformación que lo equiparaba a cualquier acto de última voluntad, sino que junto al testamento había ya aparecido y se había regulado la sucesión contractual, la otra forma de delación voluntaria de la herencia. Desde aquí rindo homenaje a su memoria y a su buen hacer.

Para Merêa<sup>29</sup>, el C.E. muestra claramente que los visigodos, ya en el siglo V, conocían y practicaban el testamento, institución a la que se habían habituado en los siglos de convivencia con la población romana; en el cap. 308,2 insiste en la índole ambulatoria de las donaciones *mortis causa*, por su equiparación al testamento. Arvizu<sup>30</sup> considera que, en principio, el cap. 308,2 C.E., podría referirse a las donaciones *post obitum*, pero que, teniendo en cuenta su irrevocabilidad, su semejanza con el testamento queda totalmente diluida. Según García Gallo<sup>31</sup>, la similitud entre la donación *post mortem* y el testamento se destaca en el antiguo Código visigodo, pero no es confusión. Las donaciones *mortis causa* se hacen cada vez más frecuentes y esto trasciende a los tiempos altomedievales, en los que en todas las regiones de la Península aparecen como el tipo más generalizado de disposiciones sucesorias. La existencia de estos tipos de donaciones sucesorias y su generalización en todas partes en los primeros siglos de la Edad Media, tanto en España como fuera de ella, revelan claramente su arraigo ya en los últimos tiempos del Imperio romano. Las más frecuentes son las donaciones con reserva del usufructo y, menos frecuentes pero también muy generalizadas, las donaciones *post obitum*. Al lado de la facultad de disponer por testamento o abintestato, coexiste la facultad de disponer, dice García Gallo, *inter vivos mortis causa*. Ya a finales del s. III las donaciones *mortis causa* se habían generalizado. Esto hizo que se borrara prácticamente la distinción entre la facultad de disponer *post mortem* mediante testamento, fideicomiso o por donación, y que se admita que la voluntad de una persona puede actuar ampliamente después de fallecida y que sea inoperante que se manifestara en testamento o donación. La equiparación, no confusión,

<sup>29</sup> MERÊA, P., *ob. cit.*, *Sobre o testamento hispânico no século VI*, págs. 107 y s.

<sup>30</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, pág. 166.

<sup>31</sup> GARCÍA GALLO, A. *Del testamento romano... ob. cit.*, págs. 461 y s. y 444 y s.

del testamento y la donación *post mortem* es ya efectiva a mediados del siglo V, como se ve en el C.E., cuando dice: *Quia similitudo est testamenti*, revocable. Sólo más tarde, acaso por influencia de la Iglesia, principal beneficiaria de las donaciones *mortis causa pro anima*, se generaliza el hacerlas con carácter irrevocable.

Como puede verse, falta a todos estos autores el haber estudiado la sucesión contractual; sin este estudio, algunos se aproximan, como D'Ors, Alonso Lambán y, ahora García Gallo, pero les falta concretar que se trata de la delación contractual de la herencia.

Paso a tratar la sucesión contractual en la *Lex romana visigothorum* o Breviario de Alarico.

## II. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA *LEX ROMANA VISIGOTHORUM* O BREVIARIO DE ALARICO (AÑO 506)

En la *Lex romana visigothorum* o Breviario de Alarico aparecen también claramente diferenciadas las dos formas de delación voluntaria, la testamentaria y la contractual, apareciendo ésta, generalmente, bajo las expresiones *voluntas, suprema voluntas, iudicium, supremum iudicium, ordinatio...* y ambas formas de delación voluntaria con un tratamiento único, ya que no podemos olvidar que en el Derecho romano vulgar la sucesión contractual se impuso, al principio, como una forma privilegiada de hacer testamento los nobles, los militares y los padres respecto a los hijos.

Así, cuando en el Código Teodosiano (año 438) ((BA).IV. 4. I) se exige la presencia de testigos, se refiere tanto a la manifestación de la *voluntas testamenti*, como en otras *ceteris voluntatibus... sicut in voluntatibus testamenti*. La disposición de última voluntad, dice García Gallo<sup>32</sup>, deja de identificarse en este tiempo con el *testamentum* (N.Th. 16 (BA) 9) cuando se establece: *ut pro suo quisque testetur arbitrio, ut in potestate sua suam habeat voluntatem, ut invitus nemo nec taceat nec loquatur. Illud quippe est proprie testamentum quod testandis meram continet voluntatem*; de aquí las expresiones amplias de las últimas voluntades como *voluntas, suprema voluntas, supremum iudicium...*

<sup>32</sup> GARCÍA GALLO, A., *Del testamento romano... ob. cit.*, págs. 443 y s.

Lo normal, dice Pérez de Benavides<sup>33</sup>, es que en la Interpretación aparezca el término *voluntas* aludiendo directamente al testamento, como sucede en la interpretación (C. Th. (BA) 13.1.7) al referirse a *voluntas testamenti*, pero también en forma indirecta, con expresiones como *voluntas morientium*, *voluntas defuncti*, *posterior o postrema voluntas*, *extrema o suprema voluntas*, en las cuales se hace también referencia al testamento, según Pérez de Benavides. Para mí se refieren todas a los testamentos, perfectos o imperfectos, porque todavía la sucesión contractual no se había despegado del testamento para formar una forma de delación autónoma, sino que está en su fase de asemejarse a los testamentos privilegiados, o mejor dicho, por ser un testamento privilegiado.

En la Interpretación (C.Th. (BA), 4.4.5), aparece la palabra *voluntas* sin más aclaración, cuando con anterioridad se estaba haciendo referencia al testamento. *Testamentum et voluntas* aparecen contrapuestos en la interpretación al C.Th. ((BA), 4.4.6.) cuando se dice textualmente: *si contra parentum testamentum ac voluntatem agere voluerint*.

Las dos clases de testamentos: el perfecto y el imperfecto, pero válido éste por privilegio sólo en relación a la sucesión entre padres e hijos, se ven en otro pasaje de la interpretación que hace referencia a la revocación de los testamentos (Interpretación N. Th. (BA) 9.11 y 14). El supuesto es el siguiente: un testador instituyó en su primer testamento a un *extraneis* y en su segundo testamento posterior instituyó herederos a sus hijos; pues bien, esta segunda *voluntas*, aunque como testamento es imperfecto, revoca al testamento otorgado en primer lugar a favor de un extraño, porque éste es válido por privilegio de los emperadores romanos exclusivamente en el caso de que se trate de la sucesión de padres e hijos.

Para Pérez de Benevides<sup>34</sup>, esta *voluntas* no es un testamento auténtico, aunque la escritura que contenía la división de la herencia del padre entre los hijos hubiera sido hecha *sub testamenti vocabulo coeptae*, sino una *ultima dispositio* equivalente a la *voluntas intestati* a la que alude en otro momento la Novela. Para mí se trata de un

---

<sup>33</sup>Pérez DE BENAVIDES, M. M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, págs. 5 y s.

<sup>34</sup>Pérez DE BENAVIDES, M. M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, pág. 22.

auténtico testamento, aunque privilegiado, cuyo privilegio y validez se basó, fundamentalmente, en que por un contrato sucesorio o escritura, se estaba cumpliendo la sucesión legítima; de ahí el privilegio concedido, pero desde luego este pacto sucesorio no equivalía a una *voluntas intestati*, sino como se dice en la L. *Ex imperfecto* (C. 6.23. 21,3 *De testamentis*), testamento imperfecto, pero válido por un trato especial entre padres e hijos solamente: *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti nisi inter solo liberos habentur, non volumus*.

La contraposición entre testamento y contrato, testamento y donación aparece en otros pasajes de la interpretación; así la *voluntas defuncti* aparece manifestada en *testamento vel donatione*, en la interpretación (C. Th. (BA) 2. 19.6 y 9. 15.1); la misma contraposición entre testamento y donación cuando trata de la reserva viudal y de la obligación de reservar los bienes recibidos del primer marido y disponer *post obitum* en favor de los hijos del primer matrimonio *per testamento et per donatione*, sin que pueda disponer de estos bienes en favor de personas extrañas: *ad alias personas in transferendo nec per testamentum nec per donationem habitura licentiam* (Interpretación C. Th. (BA) 3.8.2).

A veces, aparece contrapuesto testamento a sucesión: *testamento vel successione*, que según Pérez de Benavides, equivale a la contraposición entre el testamento y la sucesión intestada. Y yo digo: entre testamento y contrato sucesorio entre padres e hijos, pero testamento también, aunque imperfecto.

Aparecen en la Interpretación recogidas tres clases de donaciones: la directa, la que tiene efecto después de la muerte y la hecha con reserva de usufructo (Interpretación C. Th. (BA) 8.5.1 y 8.12.1). Según Samper Polo<sup>35</sup> estos textos constituyen un resumen de la doctrina vulgar sobre donaciones y recogen dos grandes categorías de donaciones: directas y *mortis causa*; pero junto a ellas establece la categoría intermedia de donaciones con reserva de usufructo, que la Interpretación debió apartarla precisamente por sus peculiaridades que la hacían susceptible de ser empleada como pacto sucesorio. Se acerca a la donación *mortis causa*, porque ambas son modos de disponer *post mortem*. Reconoce Samper Polo que en la donación *mortis causa* el donante *sibi*

<sup>35</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, pág. 173.

*reservat* lo donado, lo mismo que en la donación con reserva de usufructo, porque en ambas donaciones hay una *cogitatio mortalitatis* que sirve de fundamento al acto. Para Arvizu<sup>36</sup> el tratamiento de las tres clases de donaciones por separado se debió a las peculiaridades de esta última que la hacen funcionar como pacto sucesorio.

Para mí, lo mismo que dije al estudiar el epígrafe *De donationibus* en el C.E., se está refiriendo a la sucesión contractual que se practicaba y regulaba en la Alta Edad Media; los padres podían distribuir los bienes entre sus hijos y pactar sobre su herencia a través de donaciones directas, con efecto inmediato e irrevocables o pactando la donación de determinados bienes, con ocasión del matrimonio de los hijos o de su emancipación, pero con efecto a la muerte del donante, o la tercera forma que era disponer en favor de los hijos, pero reservándose hasta su muerte el derecho de usufructo. La misma forma de disponer aparece en cientos de documentos cuando se hacen donaciones a la Iglesia o monasterios *pro anima*, llamados testamentos, ya se haga entrega inmediata de los bienes donados, ya se determine que la donación tendrá efecto a la muerte del donante o ya, como se hacía con frecuencia cuando los cónyuges no tenían hijos, cuando se donan a la Iglesia todos los bienes habidos o por haber, pero reservándose el donante el usufructo durante toda su vida.

Cuando los cónyuges no tenían hijos, la legislación visigoda les concedía el *ius liberorum*, es decir, nombrarse recíprocamente herederos a través de donaciones universales de uno en favor del otro y viceversa. A este derecho se refiere la Novela de Valentiniano del año 446 (N.V. (BA) 5.1) y lo considera un nuevo género de testamento: *genus testamenti*, en el que ambos cónyuges sin descendencia se instituyen recíprocamente herederos declarando su *supremum iudicium in unius chartae volumine*, exigiéndose a este pacto sucesorio, a estas donaciones universales recíprocas en favor del sobreviviente, el mismo número de testigos que el habitual en los testamentos, de cinco a siete testigos.

El testamento oral o *per nuncupatione* se opone, insistentemente, en la Interpretación (C. Th. (BA) 4.4.2 y 7) al *testamentum*; éste es el hecho por escrito o *per legitimam scripturam*, mientras que el *per nuncupationem* es el oral, pero ambos son manifestación de la sola

---

<sup>36</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, pág. 187.



voluntad del disponente: *testamentum aut nuncupatione; utrum ex testamentum, an per nuncupationem, an per fideicomissum; si quis per scripturam condiderit testamentum et post modum sine scriptura, hoc est per nuncupationem suam iterandam crediderit voluntatem*<sup>37</sup>. En la Interpretación a las Novelas de Marciano (I.N.Mc. (BA) 5), que se refiere al testamento de los clérigos, se vuelve a decir que éstos podían disponer de sus bienes: por testamento, por fideicomiso, *per nuncupationem*, por codicilo o cualquier tipo de escritura.

El que quería disponer de sus bienes *per nuncupationem*, tenía que convocar, a una hora determinada, a su casa a siete testigos y, tras decirles que les había convocado para comunicarles su voluntad respecto a la disposición de sus bienes, pasaba a manifestar ésta oralmente a los testigos que, luego, tenían la obligación de registrar esa voluntad *apud gesta*, y jurar que así como constaba en el escrito, así fue la voluntad de quien los convocó.

Como vamos comprobando, las formas privilegiadas de disponer de los bienes, se han generalizado, de manera que ya no vemos en estas leyes visigodas ninguna referencia al testamento militar, que se había extendido ya a todos los particulares; en el Código Teodosiano (BA 4.4.5 y 5.14.1) se equiparan a los *militaribus*, los *privatis*.

Veamos qué se dice de la sucesión contractual en la *Lex visigothorum o Liber iudiciorum*.

### III. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA *LEX VISIGOTHORUM O LIBER IUDICIORUM*

La cuota de libre disposición, es decir, la quinta parte del patrimonio, aparece regulada por dos leyes visigodas, una de Leovigildo y otra de Chindasvinto. En la primera ley: *Si mulier a marito* (L.V. 5.2.4) Leovigildo estableció que si una mujer tenía hijos de su matrimonio no podía disponer de los bienes recibidos de su marido, fuera de la dote, sino sólo de la quinta parte de los mismos; de esta quinta parte la mujer tenía plena facultad de disponer lo que quisiera: *et de quinta tantunde parte eorum rerum faciendi quod voluerit potestatem obtineat*.

<sup>37</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, M. M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, págs. 17 y s.

En la ley de Chindasvinto: *Dum inlicita* (L.V.4.5.1) se regula la mejora y la libertad de disponer de la quinta parte de los bienes. Dice así esta ley: «Muchas gentes, en efecto, viven de una manera irregular: para satisfacer sus gustos de licencia u otros perversos instintos, disponen algunas veces de sus bienes en favor de personas extrañas, despojando sin motivo a sus hijos y descendientes. Sin tener que reprocharles ninguna falta grave, prívanles de todo medio de ser útiles a la colectividad, cuando precisamente debieran de haber beneficiado a sus hijos con aquello que no es más que producto de su trabajo personal y del esfuerzo de sus padres. Por consiguiente, en este caso más que en ningún otro, el interés general no ha de verse pospuesto, ni olvidado el deber natural de afección que tienen los padres con relación a sus hijos y descendientes. Por ello, derogando las disposiciones de esa ley, por la cual el padre o la madre, el abuelo, o la abuela, tenían la facultad de ceder su patrimonio a extraños, así como la mujer la facultad de disponer libremente de su dote, promulgamos las presentes sabias medidas, que en lo sucesivo deberán ser respetadas por todos, por las que, sin privar en absoluto al padre o a la madre y a los abuelos de la facultad de disponer de sus bienes, se tiende a impedir que los hijos y descendientes sean olvidados completamente de la herencia de aquéllos por una decisión injusta. En su consecuencia, si el padre o la madre, el abuelo o abuela, mejora a alguno de sus hijos o descendientes deben sujetarse a las reglas siguientes: No podrán dar a los hijos o hijas, nietos o nietas mejorados más allá de la décima parte de sus bienes; tampoco podrán disponer de éstos en favor de personas extrañas a menos que carezcan de hijos o legítimos descendientes. No obstante, a pesar de tener hijos y descendientes legítimos, si quisieran hacer gracia de alguna liberalidad, ya a las Iglesias, ya a sus libertos o a algunas otras personas de su agrado, podrán disponer hasta el quinto de sus bienes».

En otra ley de Chindasvinto se vuelve a hacer referencia a la facultad de mejorar, con la décima parte de los bienes, a favor de cualquier nieto o nieta y de disponer libremente de la quinta parte. (L.V. 2.2.18). Se dice en esta ley que los padres suceden en la luctuosa herencia del hijo premuerto, con obligación de conservarla y dividirla entre sus nietos, aunque con la facultad de mejorar a uno de ellos: *nec meliorandi quemcumque repotum amplius quam decimam partem huius rei habeat potestatem*, y vuelve a repetir: *nam si ecclesiis vel libertis seu cuilibet*

*largiri de eadem facultatem voluerint, de quinta tantum partem ... potestatem habebunt.* Como veremos más adelante la disposición de la decima parte de los bienes en concepto de mejora o de la quinta parte de libre disposición, se podía disponer por testamento o contrato, por testamento o donación, por testamento o última voluntad, es decir, por testamento o sucesión contractual.

Como en la *Lex romana visigothorum*, también en esta ley la palabra *voluntas* aparece unas veces como *voluntas defuncti*, *voluntas donatoris*, *voluntas morientium*, *extrema voluntas*, *voluntate ordinare*, *epistola voluntatis*, *carta voluntatis*, *iudicium*, *ordinatio* y *definitio* (L.V.5.2.12; Formulas visigóticas 21, 23, 24, 25). Como en las anteriores, en la *Lex visigothorum* aparece el testamento contrapuesto a donación: *De successionibus eorum qui sic moriuntur, ut nec donationem nec ullum faciant testamentum* (L.V. 4.2.4. aut.); en este caso *qui gradu illis proximi fuerint, eorum obtinebant hereditatem*, es decir, que la sucesión intestada tenía lugar cuando ni por donación ni por testamento había ordenado su voluntad el causante; hay que destacar, además, que la sucesión por contrato aparece antes que la sucesión por testamento, lo que no dejaba de ser la constatación de una realidad: que la sucesión se producía por sucesión contractual. Todos los autores medievales suelen indicar que el testamento del obispo de Huesca, Vicente, testamento en sentido romano clásico, es un caso excepcional en la forma de disponer de la herencia en el medievo.

Como en el C.E., cap. 308,2, en la *Lex visig.* (L.V. 5.2.6) aparece, otra vez, la alusión a que las donaciones que tienen efecto a la muerte del donante *quia similitudo est testamenti, habebit licentiam mutandi voluntatem suam quando voluerit*, así como las donaciones con reserva del usufructo hasta el final de la vida del donante: *qui vero sub hac occasione largitur ut eandem rem ipse, qui donat, usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem.*

Si cuando se trata del C.E., cap. 308,2, se suscita polémica sobre la naturaleza de estas donaciones *post obitum*, ésta se agudiza cuando tienen que armonizar esta donación con la donación con reserva de usufructo, y esto sin verlo desde el punto de vista de la sucesión contractual. En este texto, dice Samper Polo<sup>38</sup>, se han acumulado conceptos

<sup>38</sup> SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, pág. 175.

que corresponden a donación *mortis causa o post obitum* con otros propios de la reserva de usufructo; este texto, dice Arvizu<sup>39</sup> parece confundir las donaciones *post obitum et reservato usufructo*. La introducción de la donación con reserva de usufructo, según Rubio Sacristán<sup>40</sup>, es un reflejo de un cambio de mentalidad. Mientras se siguen usando conceptos jurídicos romanos, en realidad lo que se está regulando es una institución de Derecho germánico. En éste, ambas donaciones tenían numerosísimos puntos de contacto, principalmente la igualdad de efectos económicos, lo que, en un Derecho poco elaborado como el germánico, lleva a configurar estas dos donaciones como iguales en el plano jurídico. Para Rubio esta ley es la prueba de la naciente germanización de nuestro Derecho altomedieval.

Se insiste mucho, por los medievalistas, en la imperfección de este Derecho, en su falta de madurez y de conocimientos técnicos jurídicos, porque todo lo ven desde la perspectiva del Derecho romano; las donaciones *post obitum*, son donaciones *mortis causa* romanas e, inmersos en ellas, no ven cómo armonizarlas con esta donación con reserva de usufructo, cuando la regulación de estas donaciones no es más que el reflejo lógico y armónico de un nuevo modo de suceder: la sucesión contractual. Merêa<sup>41</sup> reconoce que es muy imperfecto el conocimiento que tenemos de la práctica del testamento en la época de las Compilaciones de Eurico, Alarico y Leovigildo; el abastardamiento del testamento romano se debió, dice, sin lugar a dudas, a las prácticas de las donaciones *mortis causa*, aunque no es fácil precisar la importancia de estas donaciones en la vida jurídica del s. VI, ni en qué medida actuaban sobre los testamentos, aunque contribuyeron a adulterar la estructura genuina del testamento, originando formas híbridas y mal definidas.

Constata Merêa el incremento que se produjo de las disposiciones pías o *pro anima*, que obliga a adoptar para ellas normas especiales y a dar mayor elasticidad a la técnica del derecho testamentario y la importancia de los objetivos piadosos en los testamentos del s. VI.

<sup>39</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 166 y s.

<sup>40</sup> RUBIO SACRISTÁN, «*Donationes post obitum y Donationes reservato usufructo*» en *la Alta Edad Media de León y Castilla*, AHDE, T. IX, 1932, págs. 1-32.

<sup>41</sup> MERÊA, P., *Estudos de Direito... ob. cit.*, *Sobre o testamento hispânico no século VI*, págs. 104 y s.

El origen de esta confusión lo encuentra Pérez de Benavides<sup>42</sup>, en las Sagradas Escrituras, en las que, como señala San Isidoro en sus Etimologías, el testamento no es sólo la declaración de voluntad del testador que no se sabía sino hasta después de su muerte, sino también los *pacta o fuedus* irrevocables.

Para Vismara<sup>43</sup>, aunque la *Lex Visig.*, no menciona los pactos sucesorios, ni para prohibirlos, ni para permitirlos, no quiere ello decir que no regularon una especial figura de pactos sucesorios: *la donatio mortis causa*. Tanto en la práctica (Fórmulas visigóticas) como en la *Lex visig.*, se confunden el testamento con la *mortis causa donatio*, consideradas como dos formas distintas de la última voluntad, prevaleciendo por encima de cualquier otra la *donatio post obitum*; se echa de menos en la extraordinaria obra de Vismara una construcción de la sucesión contractual, cuando tanto sabe de pactos sucesorios.

Los autores han dado por supuesto, dice Arvizu<sup>44</sup>, que la donación a la que se refiere el C.E. 308,2, es la donación *post obitum*, sin hacer previamente una investigación a fondo. Los que han estudiado las donaciones *post obitum* han señalado que una de sus características es su irrevocabilidad, por lo que los autores partiendo de esta característica han señalado para la AEM una evolución hacia la irrevocabilidad de estas donaciones, cuando lo que debían preguntarse es si en un principio la donación *post obitum* fue o no revocable. Pretender deducir que el C.E. 308,2 no se refiere a la donación *post obitum*, porque si así fuera no se asemejaría a los testamentos, parece una conclusión aventurada, puesto que aun admitiendo la irrevocabilidad, la semejanza estaría en que los efectos de ambos negocios jurídicos se producirían a la muerte del *de cuius*. Las donaciones *post obitum* son plenamente irrevocables y el donante suele establecerlo con toda claridad, no sólo dejando patente su irrevocabilidad, sino también prohibiendo a sus herederos efectuar algo contra su voluntad, (Arvizu se refiere a las donaciones *pro anima*). ¿Por qué en esta época, se pregunta Arvizu, se produce un decaimiento del testamento y no de la donación *post obitum*? Porque la única sucesión que se conoce en la Alta Edad Media, le respondo

<sup>42</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, M. M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, pág. 84.

<sup>43</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti...* *ob. cit.*, pág. 169.

<sup>44</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 164 y s.

yo, era la sucesión contractual, precisamente a través de donaciones directas, con efecto a la muerte del donante o con reserva del usufructo; el testamento romano lo desconocen y además no lo comprenderían; lo que en esta época aparece bajo la denominación de testamentos, como veremos más adelante, no son más que las últimas voluntades o testamentos privilegiados, especialmente, en favor de la Iglesia y monasterios, pero esto lo trataré más adelante.

El hecho, dice Arvizu, de que se encuentren poquísimos testamentos (se refiere según el Derecho romano clásico) y bastantes más donaciones *post obitum* no puede explicarse porque la decadencia del primero fuese suplantada por el auge de la segunda en la época visigoda. La razón ha de buscarse en el carácter plenamente familiar del fenómeno sucesorio, y en el predominio de la sucesión legítima sobre la voluntaria, lo cual hace innecesario acudir al testamento; ¡Qué equivocado está al hacer esta afirmación! No se acudía al testamento, porque tenían otra manera de suceder voluntariamente que se avenía perfectamente con su ley de la familia: la sucesión por contrato, la sucesión por donación.

El *ius liberorum* aparece regulado en la *Lex visig.* (L.V. 4.2.8. Erv.) designado, indistintamente, como *donatio, ordo testationis et ordinatio voluntatis*. Al regular los derechos de los hijos póstumos, la ley de Chindasvinto (L.V. 4.2.19) dice textualmente: *Quod si vir et uxor in coniugio positi, antequam filios habeant, invicem sibi unus in alterius nomine de facultate propria donationis faciant scripturam, et post huius testationis ordinem filios talibus habere contingat, talis parentum testatio, si filii ipsi supprestes extiterint, omnino non valet*. Es decir, que el pacto sucesorio recíproco celebrado entre dos cónyuges cuando no tenían descendencia, nada vale si, después de estas donaciones, les sobreviven hijos.

Al igual que los cónyuges, los ingenuos o libres que no tuvieran descendencia, podían disponer de sus bienes libremente: *Omnis ingenuus vir adque femina, sive nobilis seu inferiores, qui filios vel nepotes aut pronepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quidquid voluerit indubitanter licentiam habebit* (L.V. 5.2.20 Resc.)

El testamento escrito y el oral aparece en la *Lex visig.* (L.V. 2.5.11 Resc.), cuando dice que *testandi de rebus suis vel alias quascumque definitiones faciendi seu per scripturam sive per idoneum testem*.

Para realmente llegar a conocer el Derecho vivido, ninguna fuente más rica para el conocimiento jurídico de esta época, que las Fórmulas visigóticas, una colección de formularios que se hizo, verosímelmente, por un notario de Córdoba en el reinado de Sisebuto. El *ius liberorum* aparece recogido en las Fs.Vs. 23 y 24. En la F.V. 25 aparece tal y como está regulado en la Novela de Valentiniano (N.V. (BA) 4.1). El marido, en virtud de un acuerdo anterior, deja todos sus bienes a la mujer, supeditando el pacto sucesorio a la inexistencia de hijos; si nacen hijos después de estas recíprocas donaciones universales, ellos serán sus herederos. El documento aparece redactado en forma epistolar dirigida por el marido a la mujer, pero implica su continuación en otro texto en el que será, ahora, la mujer la que dona sus bienes al marido. La fórmula coincide esencialmente con el texto añadido ervigiano a la *Lex visig.* (L.V. 4. 2. 19. Chind.)<sup>45</sup>.

La F.V. 24, con el mismo título que la anterior, aparece redactada en plural al principio del texto, para volver más tarde a redactarse en singular. En ésta no se menciona ya la posibilidad de que sobrevengan hijos, por lo que sería la fórmula para los que tenían la certeza de no tenerlos, por lo que se comprometen a no ir contra este pacto sucesorio recíproco o donaciones recíprocas, ni ellos, ni sus herederos, ni personas extrañas: *Quod propria et prona voluntate conscripsimus, omni stabilitate permaneat, et neque a nos neque a quemquam haeredum nortrorum aut ex transverso in lite veniente persona hoc aliquatenu possit infringi.*

Según Merêa<sup>46</sup>, estas dos Fórmulas visigóticas que ponen de manifiesto el uso en España de este derecho, como atestigua también San Isidoro de Sevilla, son una manifestación de la degeneración del testamento conjunto en el sentido de donación recíproca irrevocable; es un acto que se aproxima mucho a un pacto sucesorio. Para Vismara<sup>47</sup> se trata de una donación *post obitum* a favor de la mujer del donante, de todo el patrimonio del marido y viceversa, salvo los derechos de los hijos en el caso de que los tuvieran después de las donaciones recíprocas; en el caso de la F.V. 24, se trataría de un pacto sucesorio

<sup>45</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, M. M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, págs. 85 y ss.

<sup>46</sup> MERÊA, P. *Sobre o testamento hispânico... ob. cit.*, pág. 109.

<sup>47</sup> VISMARA, G., *Storia dei... ob. cit.*, págs. 169 y s.

recíproco, *ius liberorum*, irrevocable, inexpugnable y jurado, calificado también como *voluntas, spistola voluntatis*. Evidentemente, dice, la palabra *voluntas* tiene el significado genuino de disposición de última voluntad.

En la F.V. 35 se confirma que los padres acostumbraban a dar al hijo, con ocasión de su emancipación, la parte que le correspondía en la herencia de sus padres, lo mismo que la hija solía recibir su parte en concepto de dote: *cartula mancipationes et cartula dotalis*.

Algunas Fs.Vs. aparecen bajo la rúbrica de *testamentum* (F.V. 21, 22, 26), aunque en ninguna de ellas, dice Merêa<sup>48</sup>, se parece el testamento allí contemplado al testamento otorgado por el obispo de Huesca, Vicente; en estas fórmulas, por el contrario, aparece una forma bárbara e híbrida de testamento, una mezcla de testamento y donación, sin institución de heredero; es una manifestación de su decadencia. También es un negocio híbrido el testamento recogido en las Fórmulas visigóticas, para Vismara, resultante de la fusión de la *mortis causa donatio* y el testamento, que aparece simplemente calificado como *voluntas, spistola voluntatis*. Estos testamentos, generalmente, son donaciones *pro anima* a favor de la Iglesia y monasterios, no precisamente la sucesión familiar, sino la donación de bienes concretos y determinados o la donación de todos los bienes presentes y futuros, con o sin reserva del usufructo, en favor de la Iglesia y por el perdón de sus pecados; unas donaciones dirigidas al momento de la muerte o en consideración a la muerte y al juicio del donante ante Dios, juicio al que están preparándose en vida a través de donaciones que llaman testamentos y cuyo contenido, generalmente, es la cuota de libre disposición, es decir, la quinta parte del patrimonio; así la F.V. 21 recoge la liberalidad en favor de la Iglesia, seguida de la manumisión de esclavos, frecuentes también con el fin de obtener el perdón de los pecados, el día incierto de su muerte.

Como era frecuente que en estos testamentos *pro anima*, el donante se reservara el usufructo hasta el final de sus días, de los bienes donados, dice Vismara que esta práctica era absolutamente incompatible con el testamento, lo que prueba que esta cláusula de reserva de usufructo se ponía en un negocio jurídico muy distinto del testamento, a

<sup>48</sup>MERÊA, P. *Sobre o testamento hispânico... ob. cit.*, pág. 109.



una *donatio post obitum*; de ahí la cláusula de irrevocabilidad. También Alonso Lambán<sup>49</sup> califica este testamento de especie bárbara e híbrida de negocio jurídico: una mezcla mal forjada de testamento y donación o como una donación *mortis causa*. La introducción (F.V. 21) es la clásica fórmula romana: el *de cuius*. (Para mí el donante, preocupado por la salvación de su alma) declara estar enfermo en el lecho, pero sano de espíritu: *sana mente sanoque consilio*. Luego viene la cláusula codicilar, a la cual sigue la orden dada por el causante a su hijo, al que le dicta la disposición, para que la haga registrar en las actas municipales: *gestis publicus*. Sigue una donación de bienes raíces en favor de la Iglesia y Santos Mártires, dónde el otorgante desea ser enterrado y se manumiten varios esclavos dándoseles determinados bienes. Hasta aquí, dice Alonso Lambán, estamos ante un testamento de decadencia sin institución de heredero. Pero el carácter de acto de última voluntad está gravemente comprometido por la siguiente cláusula, más propia de una donación *mortis causa* o de una donación con reserva de usufructo.

¡Qué error más grande el de querer indagar o buscar todo el fenómeno sucesorio en las disposiciones del hombre medieval preocupado por la salvación de su alma! De ahí mi interés en resaltar al hombre medieval en sus dos facetas, como miembro de una familia y como hombre cristiano o religioso que cree, fervientemente, que con buenas obras, es decir, con donaciones a la Iglesia u obras pías y con manumisiones de esclavos, tiene asegurado el perdón de los pecados y la bienaventuranza en el cielo. Claro está que a estas donaciones las llamarán testamentos por el privilegio de las últimas voluntades a favor de la Iglesia; ¿qué otra disposición tenía en cuenta la muerte más que la que iba dirigida y ordenada para la salvación del alma? Estos testamentos no son más que disposiciones a título singular o universal si el donante no tenía hijos ni descendientes. ¿Y qué forma más lógica de proceder que no quedarse sin bienes en vida y conseguir, a través de la reserva de usufructo, compaginar el interés terreno y el interés espiritual? Nada de negocio jurídico bárbaro o híbrido, mixto de testamento y donación, sino manifestación de la preocupación constante del hombre medieval.

---

<sup>49</sup> ALONSO LAMBÁN, M. *ob. cit.*, págs. 57 y s.

La sucesión no hay que buscarla solamente ahí, en la manifestación de la faceta religiosa del hombre medieval, sino también en la manifestación de su otra faceta, la familiar, y en las donaciones hechas en capítulos matrimoniales o en las cartas de emancipación, por los padres en favor de los hijos que contraían matrimonio o se emancipaban. El centrar los historiadores, cegados por la expresión testamento, su atención en estas donaciones *pro anima*, les ha impedido ver, por completo, la sucesión contractual en la Edad Media. Como no ven representado el testamento romano clásico, hablan de barbarie y decadencia, cuando no es ni lo uno ni lo otro, sino otra forma de suceder de unos pueblos distintos del romano, de unos pueblos que no podían aceptar ni comprender el testamento romano, porque iba en contra de su propio ser, de su ley familiar. El historiador debe de desprenderse de los conocimientos adquiridos, según su cultura, e intentar ver a los hombre y a la sociedad que trata de investigar con la mirada limpia de ideas o categorías jurídicas que aprendimos muchos siglos más tarde.

En la F.V. 29, la facultad de mejorar de los padres o de los abuelos en favor, únicamente, de sus hijos o nietos, aparece ejercida por una *donatio filio vel filiae*, como recompensa por su conducta.

Vismara nos señala la similitud que existe en las prácticas sucesorias de todos los países de Europa; así en la Fórmula andecavense, n.<sup>o</sup> 41, se recoge, al igual que en la F.V. 23 y 24, el *ius liberorum*; en la F. andecavense, n.<sup>o</sup> 54, se recoge el pacto de *lucranda propter nuptias donatione* y, dentro de él, un pacto sucesorio. El marido constituye los *sponsalium* a favor de su esposa y ambos *pariter* pactan poseerlos y tenerlos en vida, pero a la muerte del marido pasarán a su mujer y a la muerte de ésta, a los hijos nacidos del matrimonio.

También en las Fórmulas turonenses, vulgarmente llamadas *sirmondicae* (s.VIII), se recoge en el n.<sup>o</sup> 17 el *ius liberorum*, con la fórmula recíproca entre marido y mujer de: *dono tibi per hoc epistola donationis*, con carácter irrevocable y disposición de todo el patrimonio. En la n.<sup>o</sup> 18, los cónyuges no tienen hijos; por tanto, donan sus bienes a la Iglesia, con reserva del usufructo; en la n.<sup>o</sup> 19 se reconoce la cuota legítima que en toda herencia corresponde a Dios y a su Iglesia; en la n.<sup>o</sup> 23 se recoge un pacto sucesorio hecho en una adopción, en el que el adoptado se obliga a prestar alimentos al adoptante hasta el fin de sus días, a cambio de la donación de todos sus bienes.

En los Fragmentos de Gaudenzi (s. VI), n.º 9, según mi opinión, está recogida esta doble faceta del hombre medieval, cuando se dice textualmente que la disposición de los bienes *dum sanus est per donationis cartulam, moriens per testamentum*, es decir, que en vida y en salud la herencia se distribuye entre los hijos, en capítulos matrimoniales o cartas de emancipación, siempre a través de donaciones, y enfermo, por testamento, que es la forma en que cientos de documentos nos presentan las donaciones hechas a la Iglesia por el perdón de los pecados; a la disposición en vida de los bienes de los padres nunca se les ha llamado testamento; esta expresión la ha acaparado las donaciones *pro anima*, unas veces con donaciones directas y efecto en vida y otras acudiendo, en el último momento, a disponer por la salvación de su alma. Es una observación que se me ha ocurrido, aunque también podía hacer referencia, únicamente, a la faceta religiosa del hombre medieval, en la salud, por donaciones directas y efectos inmediatos, y en la enfermedad, por donaciones con efectos después de su muerte.

Veamos a continuación si en Italia ocurrió algo similar en materia sucesoria.

#### IV. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA *LEX LONGOBARDORUM*

El rey ostrogodo Teodorico pertenece a la época de transición previa a la invasión longobarda. El rey Teodorico en su Edicto (489-526), que tuvo aplicación territorial, se propuso constituir un Estado romanizado junto con sus godos; por ello estableció que las leyes romanas deberían ser aplicadas también a los godos. Si esto era posible en las leyes que regulaban las relaciones jurídicas entre romanos y godos, era imposible su aplicación al Derecho de familia y sucesiones de los godos; el espíritu del Derecho romano y el espíritu del Derecho germano eran contrapuestos, entre otras cosas, por la personalidad individual del romano y la personalidad no individual, sino familiar de los germanos.

Como era imposible, por contrario a su pueblo, aplicar el Derecho romano que regula la sucesión de la herencia y previamente el Derecho

de familia, regula Teodorico la sucesión entre los romanos y entre los godos en capítulos diferentes. En el cap. 28 el rey concede amplia licencia de hacer testamento a los romanos según sus leyes: *Faciendorum testamentorum omnibus, quos testaris leges permittunt, damus lata licentiam*; a los godos se les concede la facultad de hacer testamento como quisieran o pudieran, según habían comprendido y asimilado la forma privilegiada de testar los militares; como los godos son militares, se les tiene que aplicar a ellos la legislación referente al testamento militar, cuyo único fundamento se encuentra en la *voluntas* del disponente o disponentes y en la facultad, concedida por los césares romanos, de disponer de sus bienes como quisieran o pudieran, máxima que fundamenta la sucesión en la Edad Media.

Según Ulpiano (D.29.1.1 *De testamentum militis*), los emperadores y el divino César, Tito, Domiciano, Nerva y Trajano habían concedido a los militares, por su ignorancia, simplicidad e impericia: *Imperitia, simplicitas et ignorantia*, la facultad de: *Faciant igitur testamenta... quomodo volent... quomodo poterit, quomodo velint et quomodo possint; Quoquo modo volint, et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse* (el emperador Antonino (C.9.21.3) y el jurista Paulo (D.29.1.4)).

El rey Teodorico piensa que sus godos son militares y, no ya por privilegio, sino como regla general, les concede amplia facultad de disponer de sus bienes como quisieran o pudieran; dice así el cap. 32 del Edicto: *Barbaris, quos certum est rei publicae militare, quo modo voluerint et potuerint, faciendi damus licentiam testamenti, sive domi sive in castris fuerint constituti*, es decir, la facultad de disponer como quieran o puedan, no ya en campaña, sino en sus casas, con carácter general, estén donde estén y sean cual sean las circunstancias del momento; el privilegio convertido en regla general en la Edad Media.

La voluntad de los muertos debe ser libre, establece Teodorico en su Edicto, en el cap. 30: *cum voluntates velimus esse liberas mortuorum* y nada contrario a lo establecido allí debe reivindicarse: *et nihil ibi sibi aliena debeat persuasio vindicare*. La disposición de sus bienes aparece en el cap. 31 como la facultad de hacer su voluntad: *quis voluntatem suam facere volenti. Testamenta sicut leges praecipunt allegentur, hoc modo fides voluntatis alienae titubare non poterit* (cap. 72, 62).

El rey Teodorico modifica la sucesión intestada cuando establece en el cap. 24, que *secundum legum veterum constituta*, cuando muere una persona sin parientes, ni hijos, ni nietos, ni agnados, ni cognados, ni mujer, ni marido que le suceda, sucede el Fisco: *Fiscus tunc agat*; sin embargo, dice el rey: *Nobis enim, fiscus et principes voluerunt, ius cum privatis volumus esse commune*; según el cap. 26, los clérigos y personas religiosas que mueran intestadas, se regirán por la ley de su iglesia: *locum ecclesiae suae secundum leges facere debere praecipimus*; de la sucesión intestada de los curiales excluye también Teodorico al Fisco, en el cap. 27: *Curialis, si sine successione, quem leges vocant intestatus defecerit, excluso fisco curiae suae locum faciat*.

#### A.— La *Lex Longobardorum*.

Los longobardos fueron de los últimos pobladores germánicos que vinieron a establecerse en las antiguas provincias del Imperio romano y ocuparon el país llamado hoy Lombardía, desde el Danubio hasta el Elba.

Según Vismara<sup>50</sup>, cuando los longobardos invadieron Italia, se encontraron un ordenamiento de las sucesiones hereditarias muy distinto al romano clásico; el padre no podía disponer libremente más que de una parte exigua de su patrimonio y la Iglesia había impuesto el deber obligatorio de disponer de parte de la herencia para el perdón de los pecados, por lo que en la práctica la parte de libre disposición del testador estaba casi por completo absorbida por las disposiciones *pro anima*; en el caso de que los cónyuges no tuvieran hijos, la disposición *pro anima* solía comprender todo el patrimonio, tanto los bienes presentes como los futuros, o sólo de todos los bienes que se encontraran en la hora de la muerte del disponente o disponentes.

Generalmente, dice Vismara, el objeto de estas donaciones eran bienes inmuebles, fundos rústicos, viñas, olivares, casas, bosques, iglesias, etc. y con frecuencia la donación iba acompañada de la reserva del usufructo en favor de la mujer, hijo, hermano, pariente o persona

<sup>50</sup> VISMARA, G., *Storia dei... ob. cit.*, págs. 207 y s.

*obsequiale* del *de cuius*; como vemos se trata de los testamentos medievales que son las disposiciones o donaciones hechas por el hombre medieval para obtener el perdón de sus pecados, es decir, la representación de esa faceta religiosa del hombre medieval.

La forma de estas donaciones (testamentos) dice Vismara<sup>51</sup>, son más o menos las siguientes. La *invocatio* y la *donatio*, a la que sigue, previa inscripción cuando el documento está redactado en forma epistolar, una *arenga*, es decir, una introducción en la que el donante se refiere a la propia previsión de la muerte por su naturaleza humana y que, como su muerte será cuando Dios quiera, quiere disponer por la salud de su alma con una liberalidad con el fin de glorificar a Dios en el culto y para las necesidades y supervivencia de los necesitados. A esto le sigue la propia *dispositio*, los nombres del donante y donatario y el objeto donado. Al final aparecen las cláusulas de maldición, prohibitiva o conminatoria, y la cláusula penal. Habitualmente la donación (testamento) la suscribe y firma el donante y después los testigos que intervienen en el acto, que unas veces son tres y otras cinco o siete, y el signo del notario; se dice expresamente en los documentos que el notario y los testigos fueron convocados por el *de cuius* para hacer aquel *testamentum*.

A veces, dice Vismara, el suscriptor de la *charta* es un eclesiástico, el mismo donante, el notario o un individuo que no viene muy bien determinado en el acto, con su firma. Estas donaciones o testamentos *pro anima* aparecen muchas veces con reservas de usufructo, como en los documentos más antiguos del territorio de Rávena; así la donación irrevocable con reserva del usufructo de un fundo hecha en el año 491 por una matrona llamada María, en unión de su marido, a la Iglesia de Rávena; la hecha por Iovanni Spatorio a la Iglesia de Rávena, al final del siglo VI y principios del VII, con renuncia del donante y los herederos a pedir la nulidad de la donación por vicio. Estas disposiciones, como señala Vismara, no están exentas de egoísmo pues, por un lado, se preocupan de conseguir ventajas espirituales y por otras evitan una pérdida económica inmediata.

De cantidad de documentos conteniendo donaciones *pro anima*, nos habla Ferrari<sup>52</sup>, incluso anteriores a la invasión longobarda; unas

---

<sup>51</sup> VISMARA, G., *Storia dei...* *ob. cit.*, págs. 262 y s.

<sup>52</sup> FERRARI, *ob. cit.*, págs. 134 y s.

veces en negocios jurídicos bilaterales *inter vivos*, otras como unilaterales de última voluntad; lo mismo dice Pertile<sup>53</sup>.

Como ha ocurrido en España, también en Italia se ha centrado toda la atención en estos testamentos o donaciones *pro anima*, como si fueran comprensivos de todo el fenómeno sucesorio, cuando no son más que la faceta del hombre medieval religioso y cuando se trata de disponer de la cuota de libre disposición o de todo el patrimonio si no se tienen hijos; la sucesión contractual del patrimonio familiar se encuentra en los títulos *De donationibus*. Desde esta visión parcial Vismara dice que para la disposición de los bienes en esta época se recurre a las donaciones *mortis causa* y a las donaciones con reserva del usufructo; si los donantes no tienen hijos acuden antes a una adopción que a un testamento; los actos más frecuentes, en esta época, son las donaciones *post obitum* que se presentan como una forma de *donatio mortis causa*, que se perfeccionan a la muerte del donante que durante su vida conserva la propiedad y posesión de lo donado; como la donación *post obitum* procede de la donación *mortis causa*, tiene la función de una última voluntad<sup>54</sup>, por tanto, revocable, a no ser que el donante renuncie a la facultad de revocarla.

Los documentos del Reino longobardo aparecen bajo las denominaciones de *chartae*, *chartae dotis*, *cartula o pagina dotalium*, *charta donationis*, *pagina decreti*, *cartola hordinationis*, *iudicatum*, *pagina testamenti*... y aunque, generalmente, los destinatarios de estos actos son la Iglesia o un monasterio, también aparecen los parientes más próximos del *de cuius*: hijos, hijas, hermanos, hermanas, nietos, mujer...; así como la liberación o manumisión de esclavos. Yo creo que en esta enumeración aparecen mezcladas las disposiciones de los bienes familiares a través de donaciones con ocasión del matrimonio de los hijos o su emancipación y la disposición por donación-testamento para el perdón de los pecados; la sucesión contractual a través de donaciones a favor de la familia y la sucesión, también contractual, en favor de la Iglesia y monasterios por el perdón de los pecados del donante, hijos, descendientes y antecesores.

Sin olvidar su cultura jurídico-romana, Vismara dice, que cuando

<sup>53</sup> PERTILE, A., *Storia dei... ob. cit.*, T. IV, págs. 4 y s.

<sup>54</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 220 y s.

el donante muere el donatario se coloca en su lugar, pero siempre a título particular, puesto que la donación *post obitum* no es válida para abrir una sucesión a título universal. Según mi opinión, estas expresiones no pueden trasladarse a esta época, donde la sucesión universal a título de heredero era impensable y, más aún que un donatario se coloque en lugar del *de cuius*, ya fuera a título universal o particular. La herencia se distribuía en partes iguales entre los hijos en sus capítulos matrimoniales o en sus cartas de emancipación, con reserva en lo que respecta a la parte recibida por las hijas en concepto de dote y como anticipo de su legítima, al igual que los hijos varones; nadie sustituye a nadie; el padre se limita a cumplir la función del jefe de la familia según su ley y a disponer, para el perdón de sus pecados, de la parte de libre disposición; disposición que llaman testamento porque era lo que, para ellos, más se aproximaba a una disposición para después de la muerte.

Como veremos en España más adelante, en Italia es frecuente que en estas donaciones *post obitum* intervenga un dispensador o executor testamentario. La preocupación del hombre medieval de no morir intestado, es decir, no morir sin haber dispuesto de una parte de sus bienes a favor de la Iglesia o monasterio para el perdón de sus pecados, hacía que, a veces, encargara esta misión a un mandatario o incluso que los propios hijos o la mujer, si el padre o marido no habían dispuesto *pro anima*, dispusieran en su lugar y apartaran ellos mismos esta parte de sus bienes para tal fin. Así dice Vismara que el dispensador está vinculado con la *lex traditionis*, es decir, por un negocio fiduciario con fin pío o *pro anima*. En el Reino longobardo el dispensador o executor testamentario aparece siempre en idéntica posición o junto a algunos donatarios, de la disposición *post obitum* y, a veces, los mismos donatarios son los dispensadores; claro, porque en alguna ocasión serían los mismos confesores.

También se producía en esta época la adopción o *adfilatio*, con el pacto sucesorio de que el adoptado tendría los bienes como si fuera su hijo legítimo, como la adopción que dice Vismara<sup>55</sup>, celebrada en el año 770 por un tal Audipert, en previsión de su muerte y donando todos sus bienes a los hijos naturales de un hermano: *in omnibus vos*

<sup>55</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 272 y s.



*mihi succidatis, tanquam si de semine meo procreati fuissitis, et cum omnia, ut dixit, vos mihi heredes legitimi succidatis*, tanto de los bienes presentes como de los que en un futuro pudiera adquirir. También se encuentran documentos con pactos sucesorios recíprocos, como uno celebrado en Pavía el año 762.

Según Re<sup>56</sup>, en la legislación longobarda se manifiesta una nueva forma de suceder a través de donaciones *mortis causa* universales, con carácter irrevocable, con lo que está excluida toda idea de testamento. Llega a decir Re que el espíritu de conservación de la familia entre los pueblos germánicos les impidió que se desarrollaran entre ellos las disposiciones de última voluntad. En esta forma germánica de donaciones *mortis causa*, no se encuentran los caracteres del testamento, pero sí de un contrato sucesorio que, según Re, se desarrolla en una época más tardía, en el s. XVI nada menos; se está refiriendo a su elaboración científica como autónoma forma de suceder por contrato.

#### A. — El *Edictum* de Rotario (a. 643).

En el Edicto de Rotario, los hijos legítimos son los herederos necesarios del padre sobre toda su herencia, de manera que el padre que tenía hijos varones legítimos no tenía más que una cuota de libre disposición que no se sabe bien cuándo se estableció (Rotario, 170 y 171). La desigualdad entre los hijos varones y las hembras es manifiesta<sup>57</sup>; en esta sociedad la mujer no podía tener la misma consideración que el varón, pues no estaba llamada a la vida pública, ni era capaz de sostener los derechos con las armas, tan importante para el individuo de aquella sociedad. La mujer aparece con un derecho sobre la herencia del padre y sobre el feudo limitado.

A la hija le correspondía una parte de la herencia del padre, que éste o su hermano, heredero legítimo, estaban obligados a entregarle el día en que contrajera matrimonio (Rotario, 181): «Cuando el padre

<sup>56</sup> RE, Camillo, *Del pacto successorio. Studi e Documenti de Storia e Diritto*, anno VII 1886, Fasc. 1.º y anno VIII, Fasc. 1.º, 1887

<sup>57</sup> FERRARI, *ob. cit.*, págs. 53 y s.

da a su hija o un hermano a su hermana en matrimonio, ella debe ser satisfecha con la parte de fortuna que el padre o el hermano le hubieran dado el día de las nupcias, y ella no exigirá más»; así en concepto de dote, que equivalía a su legítima, la hija recibía su herencia y era costumbre que en el mismo documento la hija, contenta con la dote, hiciera un pacto sucesorio con el padre o hermano, renunciando a lo que pudiera corresponderle en lo sucesivo en la herencia legítima del padre.

Regula ampliamente el Edicto de Rotario, como las demás leyes germánicas, la sucesión intestada que llega hasta los parientes del séptimo grado. Se regula lo que corresponde a cada hijo, así como el pacto hecho por los hijos legítimos en favor de los hijos naturales de su padre, porque, según el Edicto de Rotario (151), nadie podía atribuir a sus hijos naturales igual porción que a los hijos legítimos, salvo que estos últimos, llegados a la edad legítima, es decir, a los doce años cumplidos, consientan voluntariamente en ello.

De la cuota de libre disposición podían disponer, por donación en salud o enfermo y en peligro de muerte, por testamento, y ambas disposiciones constituyen verdaderos pactos sucesorios. En el Edicto de Rotario, dice Pertile<sup>58</sup>, aparecen dos expresiones para designar dos maneras de disponer de bienes; las expresiones son *andigare et arigare*; la primera es una donación propiamente dicha y no un testamento. De la segunda, Hugo Grocio, en su glosario, no dice nada, pero los viejos glosadores suelen emplear la palabra *andigare* para designar la donación hecha en estado de salud y *arigare*, la donación hecha estando enfermo (Rotario, 228).

En ambos casos se están refiriendo a la disposición de la cuota parte hecha, generalmente, para obtener el perdón de los pecados; ya se haya dispuesto por donación con efectos *inter vivos* o por donación con efecto a la muerte del donante, ambas donaciones van dirigidas al día de la muerte o juicio final ante Dios, y ambas, en España, se denominan testamentos, como veremos más adelante; que unas donaciones tengan efecto en vida o después de la muerte del donante no impide que ambas estén dirigidas al mismo fin: a que les sean perdonados los pecados, y a la misma fecha: el día incierto, pero seguro, de la muerte del donante.

<sup>58</sup>PERTILE, A., *ob. cit.*, T. II, págs. 148 y s.

Los cónyuges que no tenían hijos ni descendientes podían disponer de sus bienes libremente, así que si una persona enferma y sin esperanza de tener hijos hacía un testamento, si después sobrevenían hijos, el testamento era nulo, ya se hubiera dispuesto en estado de salud, *andigare* o en la enfermedad, *arigare* (Rotario, 170 y 171).

Según Pertile, si en la donación simple o *andigare* se donaba una cosa, se recibía otra a cambio, que los longobardos llamaban *launegild* o *launchild*, palabra puramente teutónica que significa plata, dinero o recompensa (Rotario, 228 y Fórmula II de esta ley); si la donación era testamentaria o *arigare*, se hacía por un *thinx*, es decir, por un acto jurídico escrito. Cuando el donador-testador disponía de todos sus bienes por carecer de descendencia, el acto se denominaba *garathinx*. Tanto en una u otra forma, es decir, con *thinx* o *garathinx*, estas donaciones se hacían por escrito en presencia de testigos: *gisiles* o *gesellen*, compañeros. Dice así Rotario, 172: «Aquel que por testamento quiera disponer de sus bienes, no puede hacer este *garathinx* en secreto, sino ante *gisiles* a fin de que más tarde el acto no sea contestado».

En la ley 173 de Rotario se dice que el que haya donado por testamento o para que tenga efecto después de su muerte (recordar el cap. 308.2 C.E.), no puede con engaño dilapidar el bien, sino usarlo y disfrutarlo con moderación; pero si se encuentra en la necesidad de venderlo o hipotecarlo, debe dirigirse al que le hizo el *thinx* y decirle: ves que tengo necesidad, ven en mi socorro, para que puedas conservar la propiedad que te he dado; si el donatario no viene en su ayuda, el testador puede darlo a un tercero válidamente, y nada se le podrá reclamar.

En la ley 174 de Rotario se dice que el donatario por *thinx*, es decir, en bienes singulares o el donatario por *garathinx*, de la totalidad de los bienes, no puede verse privado de estos bienes sino por las mismas faltas graves por las que a un padre se le autoriza a desheredar a su hijo.

Se ve así la sucesión medieval dividida en dos partes; por una la sucesión familiar, y por otra la disposición de parte o de todo el patrimonio a favor de la Iglesia para el perdón de los pecados, *pro anima*, lo que ocurre es que ésta, por aparecer bajo la denominación de testamento, ha ocultado aquella otra sucesión contractual: la familiar.

**b. — Las leyes de Liutprando (a. 712).**

Como en el Edicto de Rotario, las leyes de Liutprando establecen que la hija tenía derecho a recibir una dote, denominada entre los longobardos como *meta* o *methium*, que recibía como anticipo de su legítima; debieron de producirse muchos excesos en la cuantía de esta dote, porque Liutprando (6,35) tuvo que establecer un límite. La hija debía recibir por donación su parte en la herencia del padre, así que si un longobardo tenía un hijo legítimo y una o varias hijas legítimas, podía antes de morir, hacer donación a su hija de un cuarto de su fortuna, según Liutprando, (6,48). La ley calcula lo que correspondía a cada hija, contando a éstas como una unidad y cada hijo por tres unidades, pero de su parte no se las podía privar: *per nullan donationen nec per launegild possit filiam suam de ipsan tertiam portionem substantiae suae exherede facere* (Liutprando, 6,5).

Si el longobardo no tiene más que una hija legítima, debía dejarle un tercio de sus bienes, y no podía disponer por donación o testamento más que de 2/3 de su fortuna; si tiene varias hijas legítimas, les corresponden la mitad de sus bienes y de la otra mitad, puede disponer por donación o testamento (Liutprando 6,11). La mujer no podía recibir, el día de su matrimonio, nada más que lo que por ley le correspondía en la herencia del padre, (Liutprando 6,49).

El longobardo que contraía matrimonio, podía donar una *morgengabe* a su mujer, ordenando Liutprando que esta donación sea el *lendemais* de las nupcias y que sea confirmada por la mujer en presencia de los padres, amigos y por los testigos, para que en el futuro no se produjera ninguna duda al respecto. Como la dote, la *morgengabe* estaba limitada en su cuantía: no podía exceder del cuarto de la fortuna del marido (Liutprando 2,1).

Si el longobardo no tenía más que hijas y ningún hijo varón legítimo, aquellas recibían la herencia de sus padres, como los hijos legítimos (Liutprando 1,1); pero si un longobardo era asesinado y no tenía hijos varones, sino solamente una hija, ésta no heredaría a su padre, sino sus más próximos parientes *mâles*, de la línea del difunto, en consideración a que la hija, por ser mujer, no podía lavar la *faida*. Si no existieran parientes próximos, la mitad de la herencia sería para la

hija, y la otra mitad para la Corte del rey, que se encargaría de lavar la *faida*.

El longobardo sólo podía disponer libremente de una cuarta parte de sus bienes: *si quis longobardus... ad mortem venerit, potestatem habeat... per cartolam donationis... usque ad quartam portionem de rebus suis iudicare* (Liutprando, 102). De esta expresión *iudicare* no se puede saber la naturaleza jurídica, ni el contenido de esta carta de donación, dice Ferrari<sup>59</sup>; el negocio puede ser, por tanto, unilateral o bilateral, *inter vivos* o *mortis causa*, de manera que lo más prudente es decir que *iudicare* corresponde a disponer: *verfugen*. De nuevo aparecen las dos formas de disponer de las cuotas de libre disposición: por donación en salud y por testamento en enfermedad.

Cuando en el s. VIII se habla de testamento, dice Vismara<sup>60</sup>, no se refiere al testamento romano clásico; no hay en este período un solo acto que contenga una sucesión a título universal; la misma expresión de *heredis institutio* ha perdido su significado. El testamento romano, dice Ferrari<sup>61</sup>, ha desaparecido de la práctica del Reino. Los documentos que se encuentran en los cartularios, dice Vismara, son casi imposibles de calificar de unilaterales o bilaterales y, sin embargo, estos documentos fueron redactados en el s. VIII como testamentos, faltando en ellos la institución de heredero; la forma e incluso el número de testigos es de lo más variada.

En la Ley 6 de Liutprando se concede amplia facultad de disponer de su cuarta parte al longobardo que se encuentra enfermo y para la salvación de su alma: *Si quis longobardus, ut habens casus humanae fragilitatis egrotaverit, quamquam in lectolo iaceat, potestatem habeat, dum vivit et recte loqui potest, pro anima sua iudicare vel disponendi de rebus suis, quid aut qualiber cui voluerit; et quod iudicaverit, stabilem debeat permanere*, es decir, que sano o enfermo, si tiene el juicio sano, puede disponer libremente en favor de quien quiera y por la salvación de su alma; lo así dispuesto debe permanecer estable e irrevocable. También aquí la expresión *pro anima sua iudicare* se entiende en sentido amplio. Cita Ferrari un documento del año 1108

<sup>59</sup> FERRARI, *ob. cit.*, T. II, págs. 134 y s.

<sup>60</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 211 y s.

<sup>61</sup> FERRARI, *ob. cit.*, T. II, págs. 60 y s. y 194.

(Reg. Farf. 476), redactado por el notario Guido en el que se dice que Raino, hijo de Fulcone, que yace enfermo en la cama, mandó llamar a Juan, prepósito, por una promesa que le hizo a María, Madre de Dios. Junto a su lecho se encuentra Benedicto, presbítero y clérigo, que le visitaba. El negocio se concluye entre el enfermo y Benedicto, y consistía en la donación de una viña; el documento lo suscriben cuatro personas como testigos. La donación o testamento era irrevocable y en el documento se cita expresamente la ley 6.<sup>a</sup> de Liutprando: *et sic cum iaceret soprascriptus Raino in lectulo suae infirmitatis et rememoraretur Dei misericordiae, pro eo quod omni imperatores constituerunt ut dum longobardus in lectulo iacuerit...* En este documento se contiene, dice Ferrari, un pacto sucesorio, porque en el período longobardo anterior a Liutprando se conocía una manera de disponer de los propios bienes *per atto fra vivi*. Cita también Ferrari una donación en cuerpo, alma y patrimonio a Dios, de un hombre que carecía de hijos y descendientes, con cláusula de reserva del usufructo, de fecha 1 de marzo del año 763. La donación es irrevocable y dispone que ni él, ni sus herederos, ni ninguna otra persona vaya contra la *donatio offerta*. La donación-testamento aparece suscrita por cuatro testigos y el notario. Son muchos los documentos, dice Ferrari<sup>62</sup>, que contienen donaciones *post obitum*, hechas exclusivamente ante la eventualidad genérica de la muerte.

También, a imitación de la *Lex visigothorum*, aparece en las leyes de Liutprando regulada la mejora<sup>63</sup>; se establece que si un hijo había sido más obediente que los otros y le había servido mejor, podía el padre romper, en favor suyo, la igualdad que de otra manera hubiera debido reinar entre los hijos y concederle por ello una cuota viril de mejora frente a los demás hermanos (Liutprando, 113, año 729). Ferrari<sup>64</sup>, cita un documento de la Italia meridional de fines del s. X (Chart. Cupers, 28, a 992 nov.), que aparece bajo la denominación de *scriptum concessionis* y redactado en la ciudad de Cupersano. Su autor es Pedro (clérigo), hijo de Leucari y padre de tres hijos: Castelmanno, Leo y Alejandro, este último el mejorado. A los dos hijos mayores el

<sup>62</sup>FERRARI, *ob. cit.*, T. II, págs. 176 y s.

<sup>63</sup>TAMASSIA, N., *ob. cit.*, pág. 19.

<sup>64</sup>FERRARI, *ob. cit.*, T. II, págs. 76 y s.

padre dice que ya, en sus respectivos capítulos matrimoniales, les había donado su porción hereditaria. Esta escritura se hizo en presencia del abad Odelgardus y de otros nobles como testigos y le hizo a su hijo Alejandro la donación de su total parte, es decir, la parte que le correspondía al hijo en su herencia, más su cuarta parte de libre disposición. La concesión era irrevocable bajo pena de multa y fue corroborada por un *launegild* (*Lex longobardorum* 2.20.3-4; Liutprando 113, 6,60).

### C. — Las leyes de Aistulphe (a. 749).

También aparece en estas leyes la libre facultad del longobardo de disponer de la cuarta parte de sus bienes, por donación en salud y por testamento en enfermedad, en favor de quien quiera y como quiera (Aistulphe, 3).

Era frecuente en toda Europa que en estas disposiciones o testamentos *pro anima* se hicieran también, con la misma finalidad, el perdón de los pecados y la salvación del alma, manumisiones de esclavos; a esta costumbre hacen referencia estas leyes (Aistulphe, 5): «teniendo en cuenta que con frecuencia los herederos de algunos atacan las donaciones hechas por sus antepasados a la Iglesia y anulan sobre todo la libertad conseguida a los esclavos que cultivan las tierras donadas, establecemos que si un longobardo, estando sano o enfermo, ha dispuesto, por una carta, de sus bienes en favor de lugares santos y ha querido que los esclavos que los cultivaban fueran libres y pagasen las rentas a estos lugares Santos, nadie pueda contravenirlo; la carta será válida en todas sus disposiciones y estos colonos, así como sus descendientes, continuarán pagando las rentas a los lugares Santos, que los defenderán...». La facultad de mejorar a los hijos, y a las hijas a falta de aquellos, aparece también en estas leyes (Aistulphe, 13).

Cuando con Carlomagno se produjo la unión del Reino franco y el longobardo, el legislador carolingio añadió al Edicto el cap. 78, en el año 801, en el que, de nuevo, se insiste en la amplia libertad de disponer el longobardo de la cuota parte de los bienes, para el perdón de sus pecados: *Absolute faciat unusquisque de rebus suis velit,*

reservándose el usufructo si quería: *si quis longobardus statum humanae fragilitatis praecogitans pro salute animae suae de rebus suis voluerit iudicare vel cartulam donationis cuilibet facere... sed postquam unam de rebus suis traditionem facerit, aliam de ipsis rebus faciendi nullam habeat potestatem: ita tamen, ut, usufructus si voluerit habere, per precariam res traditas usque in tempus deffinitum possidendi sit concessa facultas*<sup>65</sup>.

Como muestra de estos testamentos-donaciones que se hacían para conseguir el perdón de los pecados, nos trae Vismara el testamento de Burgundofara, de la diócesis de Meaux, del año 632<sup>66</sup>. En este testamento la disponente, después de recordar como hacía ya algún tiempo había abrazado la vida religiosa y en este estado había edificado el monasterio de Eboriacense, en el que vivía, declaraba que, en previsión de que en breve fuera llamada a juicio divino, quería disponer definitivamente de sus bienes. Para eso, hace llamar al notario Waldo, y en presencia de muchos testigos, laicos y eclesiásticos, declara su última voluntad. En primer lugar, confirma la donación que ya había hecho al monasterio, sin que nadie pueda impugnarla por ningún motivo. Esta donación que confirma, dice Vismara, era una donación común, redactada conforme al formulario tradicional romano y tenía por objeto bienes inmuebles situados en distintas localidades, con la fórmula de *perpetualiter dono... volo esse donatum*; en esta donación Burgundofara afirma que actúa conforme a la *lex theodosiana*.

La segunda parte del testamento constituye, dice Vismara, una disposición de última voluntad. La nueva disposición de Burgundofara, la hace con el consentimiento de sus hermanos y aparece con la fórmula *dono, dare volo*, que significa atribución de bienes *post obitum*, invocando a Dios como garante de la ejecución de su propia voluntad, manifestada *secundum legem et consuetudinem loci istius*, en remisión de sus pecados y para la salvación de su alma, que según *legibus sit stabilitum et legaliter consistat*. También contiene el testamento la manumisión de esclavos. El acto se denomina testamento y, al final, Burgundofara renuncia a la facultad de revocar su última voluntad.

Definir con precisión, dice Vismara, la naturaleza jurídica de este

<sup>65</sup> FERRARI, *ob. cit.*, T. II, págs. 199 y s.

<sup>66</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 195 y s.



testamento no es nada fácil. Se le califica de *testamentum et voluntas*, como aparece el acto de última voluntad en la *lex romana visigothorum* y en las fórmulas visigóticas; sin embargo, la voluntad de Burgundofara no es un testamento en sentido clásico romano, sino que por su irrevocabilidad, representa un negocio jurídico intermedio entre el testamento, al que se asemeja como declaración de última voluntad, y la donación *post obitum*, a la que se asemeja por su irrevocabilidad.

L'Auffroy califica este testamento de apócrifo porque falta la institución de heredero, aunque al acto se le califique como testamento; porque además interviene el consentimiento de sus hermanos; porque se inserta una donación común en un acto que se califica como testamento y por el contraste entre las dos fechas del acto, el primero el día 7 de noviembre y el segundo *sub die VII indus oct.* También Meyer califica este testamento de falso.

¿Cómo puede calificarse de falso este testamento que se califica como *voluntas*, según la *lex romana visigot.* y las fórmulas visigodas a las que Burgundofara dice conformar su voluntad?, se pregunta Vis-mara. La voluntad de Burgundofara, dice, constituye un acto genuino, redactado por el *dictator* en conformidad con la voluntad de la disponente; se trata de una declaración de última voluntad, en la que se confirma una anterior donación. Tampoco puede decirse que este testamento constituya un hecho aislado o anómalo, porque es igual que el testamento de Abbone y la donación *post obitum* de Tello, aunque redactados un siglo más tarde.

## V. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA LEX BURGUNDIONUM O LEX GUNDEBADA

Es esta una ley análoga a la ley de Alarico y escrita por su rey Gondebado y su sucesor Segismundo (año 501). Se la denomina también *Lex gundobati*, *lex gondobada*, *loi gombette*. El rey Gondebado reinó entre los años 472 y 516 y debió publicar su ley cuando reunió el Reino de los burgundios, en los años 501 ó 502.

Según los estudiosos medievalistas, esta ley es la más complicada en lo referente al sistema sucesorio; lo mismo que el resto de legislaciones germánicas, regula ampliamente la sucesión que suele llamarse

intestada y que aquí aparece como *De successionibus*, es decir, la regulación amplia de su ley fundamental de la familia.

Como en los demás Reinos germanos, los burgundios que tenían hijos o descendientes legítimos distribuían entre ellos su herencia, atribuyéndoles en vida la porción hereditaria que les correspondía según su ley. La porción hereditaria de cada hijo se les entregaba por donación en el momento en que contraían matrimonio o se emancipaban. Dice así la ley 24,5: *si quis Burgundio filios habet, tradita filiis portione, de eo, quod sibi reservabit, donare aut vendere cui voluerit habeat liberam potestatem*; de la parte de libre disposición de la que el padre podía disponer según quisiera, dice la ley 15, 10, que podía hacerlo por donación o testamento: *aut donatione aut testamento*.

La sucesión entre los burgundios tenía lugar, como entre los visigodos y longobardos, en vida de los padres, a través de pactos sucesorios celebrados con ocasión del matrimonio de los hijos o de su emancipación; de la porción libre, generalmente, se disponía por donación-testamento para el perdón de los pecados y salvación de sus almas en favor de la Iglesia, ya se hubiera dispuesto a través de una donación con efecto *inter vivos*, como con efecto a la muerte del donante; ambas donaciones forman una serie de testamentos dirigidos a la muerte y en consideración total y absoluta a ese momento, al momento en el que se le pedirían cuentas de sus vidas, en la otra vida y ante Dios. Esta disposición era, entre los germanos lo que más se parecía a un testamento romano; no estaban capacitados para entender la obra cumbre de los juristas romanos.

La sucesión de los bienes familiares se hacía en vida y por medio de donaciones como manifiesta esta ley en varias de sus disposiciones. «Si el burgundio había ya partido sus bienes con sus hijos» (L. B. 75, 1 y 2); «habiendo partido su fortuna entre sus hijos» (L. B. 75, 3); «el padre no puede, antes de la partición, disponer a voluntad de la tierra que ha sido adquirida como *lot*, pero puede de otros bienes comunes y de todo lo que el ha ganado, hacer donación a quien bien le parezca» (L. B. 1,1); «si un padre no ha dividido con sus hijos su fortuna por partes iguales y ha dispuesto en favor de otras personas, esta disposición no será válida, y sus hijos heredarán toda su fortuna» (L. B. 51,1); «todo viudo, después de haber partido sus bienes con sus hijos, puede volver a casarse, y, en este caso, los hijos del segundo matrimonio,

serán solamente llamados a la partición de la parte de fortuna que le queda al padre» (L. B. 1,2).

En el caso de que una madre heredara a un hijo premuerto, sin descendencia y abintestato, le correspondía el usufructo de estos bienes, y la propiedad a los parientes, por partes iguales, de su marido y así lo debía de hacer (L. B. 53).

De la disposición de la porción libre podía disponer el burgundio por donación o testamento, dependiendo el número de testigos de la cuantía o valor de los bienes donados; si lo donado era de gran importancia y valor, se requerían cinco o seis testigos que suscriben el acto y firman; si era de poco valor, bastaba la presencia de tres testigos (L. B. 43,1 y 2).

En la *Lex romana Burgundionum* (L. Rom. B. 38,3) aparece, por primera vez, la prohibición con carácter general de los pactos sucesorios, que tanto ha sorprendido a los estudiosos. La ley dice textualmente: *De sucessionem viventium, nec de sua nec de aliena, quemquam pacisci posse, nec huiusmodi scripturam nomem pactis legibus vindicare, secundum legem Gregoriani et Hermogeniani*. Según Vismara<sup>67</sup>, aunque la ley dice que los pactos sucesorios están prohibidos según el Código Gregoriano (después del 294) y el Código Hermogeniano (después del 365), lo cierto es que en ninguno de ellos se encuentra esta prohibición de carácter tan general. Tampoco, dice Vismara, puede extraerse esta prohibición del Derecho romano, por lo que apunta que puede ser una formulación abstracta y genérica que constituye una superación de la disciplina de los pactos sucesorios en los Códigos Gregorianos y Hermogenianos y que debe de reconducirse a los textos que han llegado a nosotros, del Digesto y del Código de Justiniano.

No conoce Vismara ni los demás juristas que han estudiado los pactos sucesorios, o si las conocen no las han relacionado con ellos, las leyes *Scrupulosam* (C. 8. 37 (38).11 *De contrahenda et comittenda stipulatione*), ni la ley *Quum et stipulationes* (C. 4. 11. 1. *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiunt*); si la Ley *De quaestione* (C. 2.3.30 *De Pactis*), en la que Justiniano estableció las dos grandes categorías de pactos sucesorios: los pactos hechos por aquél de cuya herencia se trata que, con carácter general, fueron reconocidos y san-

<sup>67</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 341 y s.

cionados como válidos en las dos primeras leyes y los pactos hechos sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento ni consentimiento, que fueron sancionados como inválidos, con carácter general, a no ser que aquél de cuya herencia se trataba consintiera el pacto sucesorio y permaneciera en este consentimiento hasta el final de sus días. El cómo aparece, también con carácter general, esta clasificación de los pactos sucesorios y su rechazo abstracto y general, es algo que corresponde investigar a los historiadores del Derecho; solamente me limito a señalar como el origen probable de esta ley de los burgundios, a las citadas leyes estudiadas en el capítulo I de este trabajo.

## VI. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA *LEX SALICA*, *LEX RIPUARIA*, *LEX ALAMANNORUM*, *LEX BAIUWARIORUM* Y OTROS TEXTOS MÁS

La *Lex Salica* o *pactus legis salicae*, es la más antigua de los pueblos germanos. Fue redactada en el reinado de Clodoveo por los años 453-486, el primer rey que recibió el bautismo como se lee en su prólogo: *Et primum recepit catholicam baptismus*.

Como en las demás leyes germanas, la sucesión familiar se hacía en vida, repartiendo el padre las porciones hereditarias que a cada hijo le correspondía, con ocasión del matrimonio o emancipación. Según el manuscrito de Wolfenbuttle (W. 69), las donaciones de su porción hereditaria se hacían a las hijas con ocasión de sus matrimonios y a los hijos en la fiesta del corte del cabello o emancipación.

La ley distingue entre la tierra sálica y las demás; de la primera estaba excluida la mujer: *De terra vero salica nulla in muliere hereditas non petinebit sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra pertineunt* (L. S. 59.5 *De alodis*). De su cuota parte el salio podía disponer por donación o testamento, al igual que en las demás leyes germánicas: *Et ipsi in cum laisum <i>iactavit</i> de fortuna sua quantum voluerit aut testam fortunam suam cui voluerit dare... et quomodo vidissent hominem illum qui fortuna sua dare voluerit* (L. S. 46 *De acfatime*).

Si no tenía hijos o descendientes, podía recurrir a la *affatomia*, es decir, a una adopción. La adopción se llevaba a cabo por medio de un intermediario o persona interpuesta. Su forma primitiva era la siguiente:

el que quería disponer de su fortuna por no tener hijos ni descendientes, comparecía ante el Tribunal o Asamblea del pueblo (*mallus*), presidido por *Tunginus* y, simbólicamente, transfería su patrimonio, no al que quería instituir heredero, sino al intermediario (*Salmann*). Éste, durante tres días (*sessio triduaría*) hacía actos posesorios. Durante los doce meses siguientes, el intermediario volvía a transmitir los bienes adquiridos al heredero, haciéndose la segunda transmisión como la primera. Más tarde, bastaba que el que quería donar su fortuna llamara a su casa a los testigos y al destinatario o destinatarios de su disposición: *nominare debent denominatum illo qui fortuna sua in laiso iactat et illo quem heredem appellit similiter nomenclent et altere tres testes iurati dicere debent quod in casa illius qui fortuna sua donavit*. Los bienes que se disponían a favor de la Iglesia, por testamento o donación, no podían ser disputados (C. 10 y 2 de la Const. de Clot. I).

La *Lex Ripuaria*, publicada por el rey Theodorico que reinó entre los años 511 a 534, está influida por la *Lex salica*. A este mismo rey se debe la publicación de las leyes de otros pueblos, a los que iba dominando, como es el caso de los alamannos y bárbaros.

Como en la Ley Sállica, en la *terra aviática* que perteneció a los abuelos y había pasado a los hijos, no podía suceder la mujer. «Mientras exista un pariente varón (*mâle*), la mujer no entrará en la tierra aviática» (L.R. 56.4); la mujer tenía derecho a una dote (L. R. 37,1,2 y 3 *De dotis mulierum*), que debía entregársele *per tabularum seu cartarum instrumenta*; también se regula la donación del marido a la mujer por *morgangabe*.

Los ripuarios que carecían de hijos o descendientes (L. R. 48 *De hominis qui sine heredibus moritur*) tenían facultad de disponer de su fortuna y la ley regula la adopción *per adfatime*. En esta ley se dice que si un ripuario no hubiera procreado hijos ni hijas, tenía facultad de adoptar en herencia o *affatomia* por escritura o por tradición y por testigo en presencia del rey: *si quis procreatione filiorum vel filiarum non habuerit omnem facultatem suam in praesentia regis sive vir muliere vel mulier viro seu cuicumquelibet de proximis vel straneis adoptare in hereditate vel affatimi per scripturam seriem seu per traditionem et testibus adhibetis secundum legem ripuariam licentiam habeat*.

En la ley siguiente (L. R. 49) se regula el *ius liberorum*, o como se ha dicho antes, la facultad que tenían los cónyuges sin hijos o

descendientes de adoptarse recíprocamente: «Si uno de los dos esposos ha sido adoptado como heredero por el otro, a la muerte de los esposos, la fortuna retornará a los herederos legítimos».

En la ley 58,4 *De tabulariis*, se dice que el escribano que muera sin hijos a nadie más que a la Iglesia deje heredera: *Tabularius autem qui absque liberis discesserit nullum alium quam ecclesiam relinquam heredem*, lo que es otra muestra de la influencia de la Iglesia en el Derecho sucesorio de la Edad Media.

La idea que se tenía del testamento era la de un acto de disposición en consideración a la muerte o dirigido a la muerte; y así hemos visto y veremos con más detenimiento en el epígrafe siguiente, cómo el testamento aparece no sólo con ocasión de las donaciones hechas a las iglesias y monasterios, sino que también el testamento está relacionado con una venta; lo esencial era que se hiciera en consideración a la muerte. Esto aparece en la ley 59.1 *De vinditionibus*. Dice así esta ley: *si quis alteri aliquid viderit et emptor testamentum vindicionis accipere voluerit in mallo hoc facere debet et precium in praesente tradat et rem accipiat et testamentum publici conscribatur quod si parva res fuerit septem testibus firmetur; si autem magna duodecim roboretur*; aunque lo más frecuente es que los testamentos medievales aparezcan como donaciones *pro anima*, no quiere decir que no se pudieran hacer y se hacían pactos sucesorios con un título diferente al de la donación; basta que la disposición fuera en consideración a la muerte.

El testamento este que contiene una venta, debía ser firme e irrevocable: *et ipse testamentus inviolatus perseveret* (L. R. 59.3); si alguien dijera más tarde que este testamento era falso, los herederos por venta debían de comparecer y enseñar el testamento bajo pena de una multa: *quod si vindetur vel heredis suae supervixerint ipsi testamentum vinire debent aut multa incurrere* (L.R. 59,6); el testamento podía contener o una donación o una venta (L.R. 59,7) y si al comprador se le convocara o interrogara, en algún juicio, sobre su propiedad, debía decir que ésta *non malle ordine sed per testamentum hoc tenea*.

El testamento en un contrato de venta aparece también en la ley 60 (L. R. *De traditionibus et testibus adhibendis*). Se dice que si alguien compra a otro una villa o viña o cualquier otro bien *et testamentum accipere non potuerit*, si la cosa comprada era mediocre, bastaban

seis testigos; si era pequeña con tres testigos; si grande, con doce testigos (L.R. 60.1). Como en la ley anterior, se dice: *si autem infra testamentum* (L.R. 60.3) y se regula la posibilidad de que alguien declarara que este testamento era falso: *quod si testamentum regis absque contrario testamento falso clamaverit* (L. R. 60,6) y en la ley 60,7 se dice: *quod si duo testamenta regum ex una rerum exsteterit...*

Como he dicho anteriormente, el rey Theodorico fue el primero, al menos en lengua latina, en escribir las leyes de los alamannos al comienzo del s. VIII. Regula, como todas las leyes germánicas, ampliamente la sucesión intestada, con especial referencia a los derechos de la mujer y la hija, previendo siempre que si la hija muriera sin descendencia, los bienes a ella atribuidos tenían que volver a la familia de origen.

Aparece también regulada la donación que de sus propios bienes se hace a la Iglesia: «todo hombre libre puede donar sus bienes o su propia persona a una Iglesia y entregarse a continuación de la donación de sus bienes» (L. A. Tit. I. 1 y 2 y Tit. 2); la donación o testamento debía hacerse en una carta en presencia de seis o siete testigos que debían suscribirla; nadie podía oponerse a esta donación, ni siquiera el duque, ni el conde; lo que es donado de esta manera, no puede ser revocado ni por el propio donador, ni por sus herederos; si tuvieran la osadía de ello, incurrirán en el juicio de Dios, serán excomulgados y pagarán la multa establecida en la carta.

El que no tenía hijos y donaba todo su patrimonio a la Iglesia, o los tenía y donaba su cuota parte de libre disposición, era frecuente que en estas donaciones, sobre todo en las universales, los donantes se reservaran el usufructo de los bienes donados; sin embargo, en esta ley se dice que «en el caso, en que alguien hubiera donado de este modo a la Iglesia; ésta, para que tenga con qué vivir, le cederá como beneficio, el usufructo de sus bienes durante su vida; sin embargo, el donante pagará a la Iglesia, como censo, una parte de este beneficio». Las condiciones de este usufructo se establecían, con posterioridad a la donación, en una *epistola firmitatis*.

La *lex baiuvariorum* o *Pactum bawarorum*, regula, como todas ampliamente, la sucesión intestada, con la referencia especial y exhaustiva a la viuda e hijas; se regula también la parte de libre disposición de la que se puede disponer *pro anima* a la Iglesia, como viña,

villa, tierra, esclavo, etc. Tal donación se hacía por escrito ante seis testigos y suscrita por el donante y los testigos. La carta de donación se ponía después sobre el altar, en presencia del obispo o arcipreste del lugar, lo cual indicaba que nadie podía ir contra esta donación, ni el donador, ni sus hijos, ni extraños, ni el duque (L. Baiuw. Tit. I. 1). Si se trata de donaciones simples o comunes basta con tres testigos. En la ley se dice: *vel testari voluerit vel donare. Si quis post haec barbarus vel testari vel donare voluerit aut romanam consuetudinem aut barbaricam esse servanda si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit* (L. Baiuw. 60,2), es decir, que se podía testar o donar según la costumbre romana o según la costumbre bárbara, si se quiere que aquello que dispone sea firme.

En la *Summa legis longobardorum*, exposición dogmática de las más importantes teorías del Derecho longobardo, compuesta al principio de la segunda mitad del s. XII por un jurista que era un experto conocedor del Derecho romano y canónico, de las costumbres medievales y del Derecho realmente vivido en su época, se establece en el epígrafe *De ultimis voluntatibus*, 2.3, que las disposiciones de última voluntad se podían establecer de cualquier forma, siempre que no fuera contraria a la ley: *si quis in ultima voluntate res sua disponere voluerit, dum sensu habet et recte loqui potest, quod modo voluerit faciat, ut in lege II et III, dum modo contra legem non faciat*, encontrándose dentro de esta expresión de última voluntad la sucesión contractual de la herencia.

En la *lex romana curiensis*, obra privada compuesta probablemente en el territorio longobardo en la mitad del s. VIII, aparecen asimilados donación y testamento al igual que en las leyes que hemos visto, necesitándose la presencia de cinco o siete testigos (*Lex rom. curiensis*, 8.5.1): *praesente plurimus homines* y también *gestis ligata*. Cualquier hombre tenía que reservar la cuarta parte de sus bienes a los hijos legítimos; de la quinta parte podía disponer libremente: *cuicumque homo ingenuus omne sua facultate, cuicumque voluerit, donare licentiam habeat. Nam si quarta reservata fuerit et legitimos testes firmata fuerint, ipsas supracriptas donationes stabilis sunt...; sed tamen quartam ad heredes dimittat* (*lex. rom. curiens.* 8.5.1 y 26. 7.1).

Esta donación-testamento tiene, dice Vismara<sup>68</sup>, la misma estruc-

<sup>68</sup> VISMARA, G., *ob. cit.*, págs. 341 y s.



tura y es igual a cuanto se dice del testamento (*Lex rom. curiens.* 25.9. 4; 24.21). Hay una perfecta analogía respecto a sus elementos esenciales, según el formulario del acto, entre el testamento y la donación, de manera que no se sabría bien distinguir uno de la otra. Claro que no se pueden distinguir, porque son una misma cosa; es la manera de disponer el hombre medieval de sus bienes en favor de la Iglesia o monasterio; donación y testamento medieval es una misma cosa; es el título y el nombre de una misma disposición *pro anima*. Según Vismara, se trata de dos negocios jurídicos distintos: unilateral el testamento y bilateral la donación *mortis causa*. A la escasa cultura del momento achaca Vismara esta confusión entre testamento y donación *post obitum*. ¿Por qué él, que tanto sabe de pactos sucesorios, no ha llegado a estudiar la sucesión contractual con carácter general? La expresión testamento ha ocultado a los juristas la visión de esta nueva realidad en la Edad Media: La sucesión contractual.

Regula la *Lex romana curiensis* (18.3) el *ius liberorum: si quis homo ingenuus, habens uxorem, et filios non habuerint, si maritus, uxorem suam per cartam voluerit heredem dimittere, aut uxor maritum, ambo unus alii pariter cartas faciant inter se, salva Falsicia ad alios heredes suos*.

Las dotes dadas a la hija o el marido a la mujer en los capítulos matrimoniales o en las donaciones *propter nuptias* se hacían por medio de *qualescumque cartas, qui inter virum et uxorem factas fuerint, aut per dotem aut per alias legitimas scripturas* (*Lex rom. curiens.* 3.13.2); la mujer, al quedarse viuda, podía dividir sus cosas entre sus hijos si quería: *si suas res inter suos filios dividere voluerit*, o podía tener el usufructo de ellos, mientras viviera, *et ipsa divisio post eius mortem firma permaneat* (*lex rom. curiens.* 17.7 y 2.22.2).

En la *Glossa Torinense* a las Instituciones, formadas en suelo italiano entre el s. VI y el s. X, con algún añadido en los s. XI y XII, aparece dividida la donación en dos grandes grupos o categorías: la donación *inter vivos* y la donación *mortis causa*, y dentro de la primera se distingue, a su vez, la *donatio quae non statim confirmatur* y la *donatio post mortem testatoris* (*Glosa. Tori. 180 ad Institution 2.7*).

En el *Libro de Ashburntram*, obra indudablemente italiana, de la primera mitad del s. XI, se establece la inmunidad del pacto sucesorio

celebrado entre dos o más personas sobre la herencia de un tercero; de acuerdo con la *L. De quaestione* de Justiniano, este pacto de futura sucesión *nichil valet*.

Muy interesante, como prueba de que en la Edad Media la sucesión contractual era la única que se conocía y practicaba, salvo excepcionales casos de personas con cultura jurídica clásica, es la *Summa Perusina* o *Summa Codicis*<sup>69</sup>, obra privada del final del siglo VII o inicio del siglo VIII. El *summator* de esta obra va apostillando, a las constituciones imperiales que hacen referencia a los pactos sucesorios, que en su época los pactos sucesorios se hacían y válidamente. Así se establece, sin paliativos, la validez de los pactos sucesorios entre padres e hijos en *Summ. Per. 2.3.1.: Pactum inter pater et filium de substantia <eius>, qui prius moreretur, valeat*. En *Summa Per. 2.4.6* se dice: *si fili cum matre pactuali sunt scriptis aut in verbis pro parte substantie, reservari licet*.

Cuando el *summator* se refiere a la ley *Licet inter privatos* (*Summ. Per. 2.3.19*), no se refiere ya a que entre los militares, y por privilegio, era válido el pacto sucesorio, sino simplemente que el pacto sucesorio recíproco hecho entre dos hermanos era válido: *si fratres invicem estipulatis sunt, ut quis supervixerit res eius habeat, valet. Si convenit, ut qui prius moreretur superstitie facultate cedat <valet>* (*Summ. Per. 2.3.16*). Los pactos sucesorios recíprocos eran válidos entre hermanos o cualquier otras personas, ya se tratara del entero patrimonio o de bienes concretos y determinados (*Summ. Per. 2.4.6*).

Se muestra de acuerdo el *summator*, y no se ha producido variación al respecto, con la ley *De quaestione* de Justiniano: *Pacisci de rebus hominis viventis non valet, nisi cuius res sunt concenserit* (*Summ. Per. 2.3.30*), es decir, que los pactos sucesorios hechos sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento o consentimiento, no valen a no ser que consientan y perseveren en ellos hasta el fin de sus vidas; el *summator* no se refiere a este inciso final, dice solamente que consientan.

Los pactos sucesorios en los capítulos matrimoniales de los hijos están admitidos sin más: *Uxor si in dote promisit, ut <si> sine liberis*

<sup>69</sup> *Adnotationes Codicum Domini Iustiniani. Summa Perusina adente*, PATETTA, BIDR. XII (Roma, 1900).

*moriatur, maritus succedat, si mulier in alio testavit, michil est (Summ. Per. 5.14.5); si in dote convenit, ut, si filius mortuis fuerit, patri proficiat, valet (Summ. Per. 5.14.3); si in nuptias conscriptus est, ut, si unus ex parentes moriatur, filia succedat, valet (Summ. Per. 5.14.4); si <in dote> legitur, ut, si uxor sine filiis decesserit, maritus succedat, firmum est (Summ. Per. 5.14.6); si in dotali instrumentum convenit, ut moriente patre cum fratre suo aequalis extiterit, ea pacti conventionem prohibet patrem vel obligare vel testamentum facere. (Summ. Per. 2.3.15).*

Los pactos sucesorios renunciativos están también reconocidos como válidos, especialmente el celebrado por los padres y la hija dotada, por el que ésta renuncia a lo que pudiera corresponderle en el futuro en la herencia intestada de sus padres y también la renuncia hechas por los hijos con ocasión de las donaciones *propter nuptias*. *Dotes <a> parentes in filio facta, ut <in> hereditate inter fratres non sit mixtus, firmum est (Summ. Per. 6.20.3); si pactuasti hereditatem futuram te non petere, repeti non potest (Summ. Per. 6.31.3).*

Veamos a continuación qué era el testamento medieval.

## VII. EL TESTAMENTO MEDIEVAL

Para empezar este epígrafe nada mejor que recurrir a la persona que más influyó en la cultura de la Alta y Baja Edad Media, al máximo discípulo de la antigüedad y al máximo maestro del medievo, San Isidoro de Sevilla.

Decía San Isidoro en el libro V de sus Etimologías (cap. 24.2) sobre la voz *Testamentum* que «Se llama testamento porque hasta que el testador no muere (*testator mortuus*) no se confirma ni se sabe lo que hay escrito; porque está cerrado y sellado, y por eso se llama testamento, que no vale sino después de la muerte del testador, según dice el Apostol (Hebr. 9.17): *testamentum in mortui confirmatur*».

Queda así recogido lo que era el testamento romano clásico, pero junto a él señala que testamento significa también contrato o pacto: «con el nombre de testamento en las Sagradas Escrituras se entiende no solamente esto que se ha dicho, que no vale sino muerto el testador, sino también todo pacto o voluntad; pues Labán y Jacob hicieron tes-

tamento, esto es, pacto que tenía valor entre los vivos; y en los Salmos se lee (Ps. 82. V. 6): *Adversum te testamentum disposuerunt* (hicieron contra ti un testamento), es decir, un pacto, y otros muchos ejemplos».

Recoge así San Isidoro el pasado y el presente, el testamento romano que definió Ulpiano (*regula* 20.1) como «la manifestación legítima de nuestra voluntad hecha con las solemnidades debidas, para que surta efecto después de nuestra muerte» y Modestino (D. 28.1.1) como «la expresión de voluntad ajustada a Derecho, respecto de lo que cada uno quiere que se haga para después de su muerte» y el testamento medieval basado únicamente en la *voluntas* y por contratos celebrados *inter vivos*; dos realidades distintas, dos culturas distintas reunidas por San Isidoro bajo una única denominación: *testamentum*; un testamento que, como dice Modestino, es la expresión de voluntad de lo que cada uno quiere que se haga para después de su muerte, es decir, manifestación de voluntad individual y personalísima; y una manifestación de voluntad del hombre medieval, que carece de personalidad individual y se siente formar parte de una familia, y que la única forma de sucesión que conoce es la contractual, la única que se adapta a su ley fundamental: la sucesión familiar.

La sola *voluntas* es el fundamento de la sucesión contractual en el medievo, de manera que San Isidoro dice que *voluntas* es «el nombre general de todo instrumento legal, porque no procede de la fuerza, sino de la voluntad y de ahí que reciba este nombre» (Etimologías, lib. V. cap. 24.1); la *voluntas* es el fundamento de las disposiciones hechas en favor de la Iglesia y monasterios para el perdón de los pecados y la salvación de las almas, a la que tanto contribuyó la Iglesia y el Derecho canónico: *voluntas rationabilis defunctorum sub mortali peccato observari debet*.

Con razón dice García Gallo<sup>70</sup> que el testamento en la Edad Media aparece como un pacto entre partes, porque se designa como *testamentum* o *charta testamenti* todo documento, cualquiera que sea su contenido, sus otorgantes, su finalidad o su formalismo. Lo mismo se da este nombre a una disposición de bienes *mortis causa*, que a una donación *inter vivos*, que a una compraventa, que a una concesión de privilegios o cualquier otro tipo de documento. En los primeros siglos

---

<sup>70</sup>GARCÍA GALLO, A. *El problema de la sucesión... ob. cit.*, págs. 264 y s. y 275.

de la Reconquista, dice, el testamento carece ya de aquel valor tipificador que había tenido en el pasado.

Reconoce García Gallo que la mezcla de relaciones entre vivos y de situaciones para después de la muerte que se contienen en la generalidad de los documentos, hace muy difícil su clasificación y, en especial, construir el sistema de lo que los juristas modernos llaman la «sucesión voluntaria» porque, en realidad, el sistema romano de la sucesión testamentaria ha quedado en gran parte olvidado en la AEM y los tipos puros de testamento o codicilo ya no se encuentran, sino excepcionalmente. Conceptos tan frecuentes como los de sucesión, herederos, testamento, acto *mortis causa* o herencia, se presentan en la AEM con caracteres muy distintos de los que poseían en el Derecho romano o de los que tienen en el Derecho actual.

La palabra *testamentum* se aplica indistintamente a cualquier documento que contiene una declaración de voluntad o un pacto cualquiera. Ya en el Derecho romano vulgar hemos visto como la *voluntas* se fue convirtiendo en el fundamento de toda disposición de última voluntad, por privilegio, entre los militares, que en la Edad Media encontramos convertida en regla general para todos.

Al ser el fundamento de las últimas voluntades la sola *voluntas*, le hace decir a García Gallo<sup>71</sup> que las muy variadas clasificaciones que se dan en los documentos, demuestran y reflejan la confusión de conceptos de los redactores y la no existencia de tipos definidos de disposiciones sucesorias. En la AEM, dice García Gallo<sup>72</sup>, no existía en España el testamento y se utilizaban las donaciones *mortis causa* para conseguir los mismos fines que se conseguían con el testamento.

En la AEM, dice Arvizu<sup>73</sup>, la sucesión legítima ocupó el primer puesto y los beneficiarios de las disposiciones *mortis causa*, no son herederos, sino donatarios; a pesar del olvido del testamento, existen miles de documentos bajo la rúbrica de *testamentum* o *charta testamenti*, lo que él considera que en la AEM se ha pasado del testamento romano, a una categoría genérica, a un instrumento del Derecho, del que un Derecho imperfecto se vale para producir efectos jurídicos estables.

<sup>71</sup> GARCÍA GALLO, A. *Del testamento romano... ob. cit.*, págs. 465 y s.

<sup>72</sup> GARCÍA GALLO, A. *Del testamento romano... ob. cit.*, págs. 255 y s.

<sup>73</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 27, 129 y s. y 130 y s.

Se ha producido, dice, una degeneración de la institución testamentaria, que no tiene nada que ver con el testamento romano; el concepto de heredero, en cuanto sucesor universal, es algo extraño al hombre medieval, que redacta documentos bajo el nombre de testamento que contienen solamente disposiciones a título particular. No termina Arvizu de ver, en general, la sucesión contractual, pero reconoce que sería una explicación simplista, de la que debe de huirse, decir que el testamento se olvidó y que fue sustituido por las donaciones *post obitum* hasta su reaparición con la recepción del Derecho romano.

Dice, y prueba con documentos Arvizu<sup>74</sup>, que en éstos se equipara expresamente el testamento con la palabra *donatio* o con la palabra *pactum*, sin especificar el tipo de pacto; por ejemplo: *Placuit mihi bono animo et spontanea mihi euenit voluntas ut facerem donationem vel testamentum. Haec est tomum series scripture testamenti vel donationis. Placuit nobis ut pro remedio anime nostre donaremus sicut et testamus. Facta regula pactum vel testamentum. Ideo ego Donna Sendina pactum vel testamentum facio a Deo. Ideo ego Annaya et Maria pactum vel testamentum facimus... Ego Domina Iusta una cum consensum mei filii Petro Monnior et Iuliana Vermudiz pactum vel testamentum facimus ad Deo. Ideo ego Albaro Aspidiz pactum vel testamentum vel traditionis facimus...* y otros muchos más documentos, del mismo tenor, que cita Arvizu.

Con el nombre de *karta testamenti* o *series testamenti*, dice, se encuentran numerosísimas donaciones *post obitum*, generalmente con fines piadosos, ya donando todos los bienes presentes y futuros o sólo bienes determinados y concretos; también numerosísimos documentos que contienen donaciones con reservas de usufructo aparecen con la expresión *testamentum*.

El ejercicio del *ius liberorum* por los cónyuges que no tenían hijos ni descendientes aparece también como testamento. San Isidoro recoge en sus Etimologías (libro V, cap. 24.13) este derecho y dice que es «la facultad de dejarse los bienes los esposos mutuamente, cuando no tienen hijos, impetrando la licencia del príncipe». En la práctica eran muy frecuentes estos pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges sin descendencia y, a veces, donaciones de todos los bienes

<sup>74</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 29 y s.

para el perdón de sus pecados y la salvación de sus almas, con reserva del usufructo hasta el final de sus días; a su muerte pasarían a la entidad eclesiástica. Arvizu cita un documento del s. X a favor del Monasterio de Sobrado (año 959) que contenía la donación de todos los bienes de unos cónyuges sin descendencia; el testamento se declara irrevocable y sólo sería sin ningún valor si sobrevenían hijos, en cuyo caso sólo podían disponer de la quinta parte de su patrimonio<sup>75</sup>.

A veces, estos pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges que carecen de descendencia, aparecen bajo la denominación de *Chartae unitatis*, como en varios documentos del Índice de Sahagún que cita Arvizu y entre ellos el otorgado en el año 1087 entre Citi Velásquiz y García Garcíaz, su mujer, instituyéndose herederos recíprocos y, si el sobreviviente llegase a ser tan viejo que no pudiera cultivar las tierras o heredades, que las donase al Monasterio de Val Cavado, a cambio de vestido y alimentos, como si fuera clérigo; el otorgado en el año 1091 por Sancho Pascualiz y su mujer Sancha Velaz, en el que después de nombrarse recíprocamente herederos, establecían que a la muerte del único sobreviviente, los bienes pasaran a Sahagún; en el caso de que alguno de ellos, en estado de viudez tuviera un hijo, éste no heredaría los bienes del cónyuge premuerto: *facta carta unitatis et firmitatis*.

En otro documento del año 1143, Cid Memez y su mujer Donna Oria, se instituyen herederos recíprocos al haber fallecido los hijos que tuvieron. Y otros muchos documentos más. Frecuentemente, o mejor dicho, siempre, estos pactos sucesorios recíprocos se celebran por los cónyuges cuando los hijos han muerto o cuando tienen certeza de no tenerlos, haciéndose constar que si los tuvieran, este pacto carecería de valor.

También fueron frecuentes los pactos sucesorios de hermanamiento, es decir, los pactos sucesorios que hacen dos hermanos estableciendo que si alguno de ellos muere sin descendencia sea su heredero el sobreviviente. Estos pactos aparecen, dice Arvizu<sup>76</sup> bajo el nombre de *testamentum* o *series testamenti*, como por ejemplo: *et fecit ego Frater Trasmiro cartula benefacti cum ipso congermano meo Alvarde et in-*

<sup>75</sup> ARVIZU Y GALARRAGA, F. de, *Historia de Santiago II*, n. 73, pág. 1695.

<sup>76</sup> ARVIZU Y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, pág. 43.

*travimus ambo pariter in una hereditate et in una germanitate... facta series testamenti.* Alonso Martín<sup>77</sup>, cita un pacto sucesorio recíproco celebrado en Sevilla el año 1255, que contiene un pacto de *afijamiento* entre Juan Giráldez y su mujer Mayor Martínez, en el que se expresaban de la siguiente manera: Como yo Iohan Giraldez e yo Mayor Martinez so muger, ... otorgamos e conoscemos que nos affijamos el uno al otro en todo quanto que oy dia avemos... e por tal manera que cualquier que nos amos a dos que finare ante que el otro que finque todo en el que fuere vivo, e deseredamos a todos quantos parientes, e a todos quantos herederos avemos con V sueldos e una meaja».

El contrato de adopción o *perfilatio* aparece también bajo el nombre de *testamentum*, equiparándose ambos términos: *Hoc est profilationis vel testamentum; facta kartula testamenti vel perflationis; carta donationis et profilationis simul est testamentum*<sup>78</sup>.

Las emancipaciones en la Edad Media se hacían *per cartam et per testamentum* aunque, como señala Sánchez-Albornoz<sup>79</sup>, en el Reino leonés no se emancipaba en un testamento propiamente dicho, sino mediante un sistema de ejecutores testamentarios de probable abolengo germánico; es curioso, dice, que una práctica de origen romano se transmita de esta manera y pase a ser empleada en la fórmula germánica del testamento. Frecuentemente estas emancipaciones o manumisiones se hacían en las donaciones o testamentos a favor de las iglesias y monasterios *pro anima*, como buena obra, para pedir a Dios por los más variados motivos o con el deseo de alcanzar gracia a los ojos de Dios. En el período astur-leonés, dice Sánchez-Albornoz, las manumisiones se hicieron todavía con fines piadosos, con mira a la salvación del alma del manumisor o de sus ascendientes o como acto grato a los ojos de Dios para impetrar alguna gracia de su poder divino. Sólo por virtud de las doctrinas evangélicas, las gentes piadosas, llenas de celo religioso, emancipaban a los siervos. La Iglesia predicaba esta máxima, pero no la cumplía. De la misma forma que en la época visigoda, fueron los hombres sujetos a servidumbre de las sedes, iglesias y ce-

<sup>77</sup> ALONSO MARTÍN, M.<sup>a</sup> LUZ, *La sucesión «mortis causa» en los documentos toledanos de los S. XII-XV*, AHDE (1980), T. 50, pág. 955.

<sup>78</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 43 y s.

<sup>79</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *ob. cit.*, págs. 330 y s.



nobios, los que más difícilmente alcanzaron la libertad. Eran éstos, tal vez, los que llevaban una vida menos dura, pero también los que más perduraban en condición servil.

También se celebraban contratos sucesorios mediante donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros o *kartulam de ereditatem* en los contratos de incomunión o de benefactoría. La Edad Media fue una época de inseguridad, una época en que los poderosos y los pobres buscaban la protección de alguien; una época en la que la familia y la unión familiar era la única forma de sobrevivir y resistir los avatares de la vida; de ahí la solidez del vínculo familiar. Por esta inseguridad, dice Sánchez Albornoz<sup>80</sup>, a veces los campesinos buscaban señor para eximirse de las cargas fiscales que sobre ellos pesaban, o simplemente en época revuelta, para librarse de los atropellos de los grandes. Sin embargo, con frecuencia, detrás de muchos pactos de incomunión o de benefactoría se adivinaba una amenaza, una violencia, un drama: *pro quo abuimos metu de vetra ira*, decían trágicamente algunos desdichados en el acto de la encomendación. En ocasiones, se trataba de gentes sin hijos que se sentían indefensos en la vejez y que intentaban asegurarse de este modo una existencia tranquila, sin daño para el porvenir de una descendencia que ni tenían ni esperaban. A veces, eran mujeres sin familia, faltas de todo amparo, las que cedían sus tierras a un patrono, de quien recibían protección. Los documentos que cita Sánchez-Albornoz son donaciones de todos los bienes presentes y futuros: *Placuit mici bone pacis voluntas, ut facere vobis, sicut et facio, kartula donationis de omnem meam ereditatem... dono vobis vel concedo*, con la obligación de que el patrono los tenga en su casa y gobierno *et post obitum meum curatis pro anima mea*; a veces aparecen como *kartulam de ereditatem*.

La necesidad de protección hacía que personas que no podían encontrar amparo y protección en la familia, por carecer de descendientes próximos, se entregaran a los grandes señores, laicos o eclesiásticos, con todo su patrimonio; a veces también junto a sus hijos, como en el caso del documento conservado en la catedral de León, fechado en el año 870 en el que el siervo Francisco hace a su dueño

---

<sup>80</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*. T. 1.º, (Madrid, 1976), págs. 82 y s.

una escritura de *profiliationis*, es decir, le dona sus bienes en unión de sus hijos<sup>81</sup>.

Los testamentos más frecuentes, porque se han conservado en las iglesias y monasterios, son las donaciones para el perdón de los pecados y la salvación de las almas y, con sorpresa de los investigadores, aparecen los testamentos hechos por varias personas; así Arvizu<sup>82</sup> cita muchos de ellos, por ejemplo: *Series testamenti quam patrari voluimus ego Didaco Albariz, Munio Albariz et Mamadona...; Nos formulos Dei Guiamara Gondesindizi et Vermudo Gondesindizi et Honorigo Gondesindizi placuit nobis ut pro remedio anime nostre donaremus sicut et testamus hereditate nostra propria; Nos Petrus Munniz et Fernandus Munniz facimus kartula testamenti... in hereditate mea, sive de parentum nostrorum... y otras más.*

Nada más normal que estos testamentos medievales puedan hacerse por medio de mandatarios o comisarios; el temor del hombre medieval a morir intestado, es decir, morir sin haber dispuesto de parte de sus bienes para el perdón de sus pecados, hacía que encargara a otro, mandatario, que después de su muerte hiciera su testamento y, a veces, eran los mismos hijos quienes separaban la parte de libre disposición y la entregaban a una Iglesia. Nada hay de extraño en esta forma de proceder del hombre medieval. Arvizu<sup>83</sup> cita el testamento hecho por Fronilde en favor de los reyes Fernando I y Doña Sancha. Fronilde enferma y ante el temor de morir *inordinata*, indica que no podía suscribir por su estado de salud e instituye un *signator* de su última disposición con testigos legítimos. El *signator* encargado de hacer el testamento en lugar de Fronilde era el obispo de León; éste, en el año 1058, otorga el testamento de Fronilde utilizando la primera persona como si fuera la propia Fronilde quien lo otorgaba.

El otro testamento por mandato o por comisario, citado por Arvizu, fue el otorgado por Cresconio, obispo de Coimbra, en nombre de Gabino, en el año 1094. Cresconio otorga el testamento, pero indica que actúa en lugar y por mandato de Gabino Froilaz para hacer su *testamentum et escripture firmitatis* y distribuir sus heredades entre el mo-

---

<sup>81</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *Reino astur-leonés, ob. cit.*, págs. 323 y s.

<sup>82</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 54 y s.

<sup>83</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 286 y s.

nasterio de Arauca y el de Villa Ordonio. Se daba el caso, dice Arvizu, que cuando el obispo llegó para estar presente en la hora de la muerte de Gabino, se encontró que estaba ya sepultado, por lo que el obispo Cresconio refirió al convento lo que habían hablado Gabino y él en vida sobre la distribución de sus bienes entre los dos monasterios, habiéndole encargado Gabino que hiciera por él la división. Legitimado por este mandato, Cresconio reparte las heredades según la voluntad de Gabino y el testamento termina con las acostumbradas cláusulas de maldición y composición.

De este testamento, dice Arvizu, existen dos versiones, una en forma de *charta*, de 1094 y otra en forma de *notitia*, de 1098; en este segundo documento se relata que habían acordado Gabino y Cresconio que éste tendría potestad sobre la persona y bienes de aquél. Se dice también que, en otra ocasión, Cresconio, durante la celebración de una misa, habló tras la lectura del Evangelio de los bienes de Gabino ante todo el pueblo reunido. Dijo que Gabino le había dejado heredero de todos sus bienes, por lo que mandó al prior de Arauca que hiciera un *testamentum et scriptura firmitatis* de las tierras de Gabino. Por lo visto, dice Arvizu, se hicieron varios testamentos de los distintos bienes de Gabino en favor de distintos monasterios: Arauca y San Juan. El testamento termina diciendo como Cresconio vivió tres años y diez meses más y que murió sin deshacer el *testamentum* y, por tanto, que todas las heredades dichas, quedaran para el monasterio de Arauca. Lo que más sorprende a Arvizu de este testamento, para él sobremanera enigmático, es la última frase: *Ego Gavino una pariter cum uxori mea Onega Ermiz testamus ipsas hereditates supranominatas ad Sancti Petri de Arauca*, es decir, que el encargo de hacer testamento para la salvación de sus almas fue hecho *una pariter* por Gabino y su mujer.

En otra ocasión, quien otorgó el testamento de una persona ya muerta, fue el propio rey Alfonso VI, en el año 1080. Un noble de su palacio llamado Gonzalo Ferrándiz enfermó y murió, pero estando *in articulo mortis*, mandó dar todos sus bienes al monasterio de Sahagún. El Abad Bernardo partió los bienes con la hermana del difunto sin hacer testamento como le había mandando el difunto. La hermana, casada, se quedó con todos los bienes de su hermano y, pasado algún tiempo, el Abad Bernardo acudió al rey. Reunidos los nobles, acordaron que debía de hacerse un testamento ahora, pero que valiera como si

Gonzalo Ferrándiz estuviera vivo. El rey Alfonso VI otorga un documento en el que aparece como confirmante, puesto que quien suscribe es el difunto Gonzalo Ferrándiz. Cumpliendo así la sentencia, el rey es el encargado de hacer el testamento, que era la donación de todos los bienes del difunto, no *in vice et in persona*, sino por una ficción del Derecho. Dice Arvizu que el testamento se redactó interpretando la presunta voluntad del difunto, aunque yo opino que se redactó cumpliendo la voluntad del difunto, en cumplimiento del mandato dado de que se dieran todos sus bienes al monasterio de Sahagún<sup>84</sup>.

Son muchos los testamentos que se hacen por mandatario o por comisario: *Nos... qui sumus vigarius de... post sua morte... ut facimus testamentum de sua omnia*, es decir, en cumplimiento del mandato que les hizo el difunto y en cumplimiento de su obligación *facta series testamenti* o *facta carta testamenti*, entendiéndose, creo yo, por series de testamentos, la disposición de varios bienes a distintos destinatarios o simplemente haciendo testamentos de las varias donaciones que, a lo largo de la vida del difunto, hizo a la Iglesia o monasterio para la salvación de su alma. El testamento por comisario no es más que una manifestación lógica de la sucesión contractual.

Para seguir profundizando sobre lo que es el testamento medieval tengo que hacer referencia al *Liber testamentorum* de la Catedral de Oviedo<sup>85</sup>. Se trata de un espléndido manuscrito visigótico, copiado por orden del obispo de Oviedo Don Pelayo, para perpetuar las donaciones hechas durante la primera parte de la Edad Media a la Iglesia diocesana de Oviedo.

El libro consta de 87 documentos y todos ellos contienen donaciones reales o de particulares hechas a la Iglesia de San Salvador de Oviedo. La serie de documentos que aparecen copiados en el *Liber testamentorum* comprenden desde el año 812 hasta el 1118. En las donaciones reales aparece siempre el rey acompañado de personajes cortesanos y ofreciendo sus *testamenta* a la Iglesia de San Salvador, representada normalmente en la persona de su obispo.

En los documentos no reales, después de una invocación a la

---

<sup>84</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 293 y s.

<sup>85</sup> FERNÁNDEZ CONDE, Fco. Javier, *El libro de los testamentos de la Catedral de Oviedo*, (Roma, 1971), Publicaciones del instituto español de historia eclesiástica, monografía n.º 17.

Santísima Trinidad, se suele decir: *Ego N.N. facio kartulam testamenti tibi Salvatore magno, cuius ecclesia fundata est in Oveto cum bisseis altaribus apostolorum necnon et Sanctae Dei genitricis semperque virginis Mariae cum bis titulis Sancti Stephani et Sancti Iuliani Martirum et omnium Sanctorum, quorum reliquae ibidem sunt reconditae.*

Con cierta uniformidad aparecen en las donaciones o testamentos la siguiente cláusula de maldición para todo el que se atreva a ir contra el testamento, ya sea el mismo donador, sus hijos o extraños: *Si quis tamen, quod fieri minime credimus, tam nos quam aliquis ex progenie nostra aut extranea hanc kartulam testamenti frangere temptaverit, iram Dei omnipotentis incurrat et in perpetuo excommunicatus permaneat et illud quod abstraxerit in duplum reddat et cultoribus Ovetensis ecclesiae auri purissimi quingenta libras persolva, es decir, que incurra en la ira de Dios, que sea excomulgado a perpetuidad, que como pena devuelva el doble y que dé para el culto 500 libras de oro purísimo; a veces se desea que el que se atreva a ir contra este testamento se vea, junto al traidor Judas, sufrir las penas del infierno.*

A veces, los testamentos aparecen hechos por una sola persona, otras veces los cónyuges en unión de sus hijos, bajo la denominación de *kartula, carta, cartula, scriptura testamenti*; o *facimus cartam testamenti Ovetensi ecclesiae Sancti Salvatore.*

En todos los testamentos, los donantes confirman las donaciones que a la Iglesia hicieron sus antepasados o las que ellos mismos hicieron en otras ocasiones. De ahí que yo diga que *series testamenti* pueden ser los testamentos que, a lo largo de su vida, haya hecho el donante: *in primus igitur, quae concessit et confirmavit pater meus et antecessores eius regalibus testamentis, omnia sicut in ipsis continentur concedo atque confirmo.* También aparecen en estos testamentos la cláusula permisiva y la cláusula de bendición, que se dice que la donación que se hace es la permitida por la legislación visigoda, la quinta parte de la herencia si el donante tenía hijos o la totalidad si carecía de ellos: *Et quicumque servorum nostrorum voluerit, licenciam habeat dandi ecclesiae quintam partem suae hereditatis.*

Entre los testamentos que se contienen en el *Liber testamentorum*, se encuentra el otorgado el día 16 de noviembre del año 812, por Alfonso II, en el que confirma los testamentos de su padre Fruela a la Iglesia de Oviedo y hace, a su vez, una donación o testamento impor-

tante; entre los bienes donados por Alfonso II, se lee el *atrium* o pórtico rodeado de un muro que protegía a la iglesia, con todo lo que se encontraba dentro de él; le dona también varios objetos para el culto y manumite o mancipia un número no excesivo de siervos cuyos nombres aparecen consignados expresamente. El contenido del testamento, dice Fernández Conde, es propio de un monarca preocupado de poner en marcha una Iglesia que acaba de fundar y que no excede las posibilidades de un Reino en vías de consolidación.

El día 22 de abril del año 817, los obispos Severino y Ariulfo donan a la iglesia de San Salvador de Oviedo, el monasterio de Santa María de Ermo y otras localidades situadas en la actual provincia de Santander. El día 20 de abril del año 858, Ordoño I hace una donación a la iglesia de Oviedo y concede el privilegio de Fuero a sus hombres; en mayo del 857, el mismo Ordoño I había confirmado a la iglesia de Oviedo las donaciones hechas por sus predecesores y donado numerosas localidades en el territorio santanderino. El día 26 de julio del año 896, Gonzalo, hijo de Alfonso III, titulándose archidiocesano de la iglesia de Oviedo, concede a ésta cuatro iglesias y dos monasterios.

El 20 de enero del año 905, Alfonso III y su mujer Jimena confirman las donaciones de sus antepasados y donan, a su vez, iglesias, monasterios y diversos bienes: *Facimus kartulam testamenti de toto Ovetto cum suo kastello*; lo mismo podemos decir del testamento de Fruela II el día 24 de octubre del año 912; el de Ordoño II el día 8 de agosto del año 921 y otro testamento hecho por el mismo en el mismo día: *facta scriptura testamenti*; el de Ramiro, hijo de Alfonso III y doña Jimena, el día 23 de septiembre del año 926: *trano scripturam testamenti quam fieri elegi et coram sinodum hunc signum indidi et confirmavi*; el del obispo ovetense Diego, el día 30 de marzo del año 967; el de Frustino Beremundiz y su mujer Fakilo: *temendo ne michi veniat repentina mort et omnia mea remeneant inordinata atque intestata*, el día 30 de marzo del año 972; el día 15 de marzo del año 976, Cromacio Melliniz, su hermana María, su mujer e hijos hacen testamento a favor de San Salvador de Oviedo y a su obispo Bermudo, de una villa y un monasterio; estos esposos habían, con anterioridad, fundado el monasterio de San Jorge con la quinta parte de sus posesiones y hacen constar que el resto de sus bienes lo habían repartido ya entre sus hijos; y otras más que no creo necesario enumerar.

En todos estos testamentos se hace constar que van dirigidos al perdón de sus pecados y los de sus antepasados: *facimus hanc cartulam testamenti in qua primum pro remedio animarum nostrarum nostrorumque antecessorum... Deum Salvatorem nostrum in die tremenda veniam... consequi mereamus peccatorum...*; en muchos de estos testamentos los donantes se reservan el usufructo hasta el final de sus días.

El día 2 de febrero del año 1075 Gonterado Gundemáriz dona a la iglesia de Oviedo y a su obispo Arias, *in artículo mortis*, los monasterios de San Salvador de Tol y Santa María de Oviedo. El testamento hecho *posito in extremo mortis*, fue en cumplimiento del mandato que le hiciera su madrastra Mumadonna y su hermano Fernando, con ocasión de una donación que éstos le hicieron el año 1038, según el *Liber Iudiciorum* (11.5.12 y 14).

Por último, citaré el testamento de doña Urraca, el día 27 de marzo del año 1112, a la iglesia de Oviedo y a su obispo Pelayo; en este testamento, y como contraprestación, la sede ovetense le dio a doña Urraca una importante suma de dinero para ayudarle a pagar los gastos de la guerra, precisamente contra su marido Alfonso I de Aragón: *quia accepimus de eiusdem ecclesiae thesauro novem milia et ducenta et octuaginta auri purissimi metkalia et decem milia et quadringentos solidos de purissimo argento magno pondere maurisco... et trecentos solidos de plata laborata*, que le fueron entregados a la reina en el mismo momento de otorgar su testamento; la cantidad entregada a doña Urraca da una idea del inmenso poderío económico de la sede ovetense.

Valdeavellano<sup>86</sup>, que ha estudiado la disposición por el hombre medieval de la quinta visigótica, dice que, generalmente, de la quinta visigótica disponía el hombre medieval por donaciones o testamentos *pro anima*, en donde se ve la influencia de la Iglesia; en los documentos se hace constar que la disposición de la quinta visigótica *pro anima* se hace de acuerdo con la ley gótica y con los cánones de los Santos: *sicut lex gotica docet et sanctorum canones iubentur*; la mayoría de los diplomas del período astur-leonés reflejan, con raras excepciones, la atribución casi exclusiva, de la quinta parte en favor de instituciones

<sup>86</sup> VALDEAVELLANO, Luis G., *ob. cit.*, pág. 319 y s.

eclesiásticas, pero ya en los siglos IX, X y XI la exclusividad es total; en la AEM, dice Valdeavellano, los que disponen de la cuota de libre disposición suelen consignar que es ésta la parte del patrimonio que le corresponde entre los otros miembros de la familia; así en la donación o testamento que hizo Fakilo al monasterio de Santa María de Libardón, el año 803, se dice: *Do atque concedo de omnem omnino re mea quintam porcionem qui me quadrat inter heredes meos vel nepotes*; en otros: *quantum mihi quadrat inter meos heredes*; *que ibidem competet inter nostros heredes*; *trado ex mea portione qui me contigit de parentibus meis inter meos heredes*. Se habla así de la cuota disponible como de la parte que le corresponde al padre de entre *suos heredes*, y lo mismo se dice en los casos en que los herederos debieron de mantener la indivisión del patrimonio familiar después de la muerte del padre y disponen de su parte: *omnique nobis pertinet inter nostros germanos*; *tantum mihi competet inter meos germanos vel heredes*; *nostram porcionem qui nos quadrat inter germanos nostros*; *tantum me competat inter fratres meos vel heredes*... En casi todas las donaciones que se hicieron a los monasterios, dice Valdeavellano, intervienen todos los herederos en las disposiciones de los bienes de propiedad familiar y el jefe de familia actuaba en los juicios por sí y en representación de sus herederos; a veces, no es el padre el que dispone de esta cuota parte en favor de la Iglesia y para el perdón de sus pecados, sino que es el heredero legítimo quien aparta del haber hereditario de su padre la quinta parte y la entrega a la Iglesia siguiendo el mandato de la ley gótica y de la canónica.

De los muchos documentos vistos por Valdeavellano, se comprueba que, a veces, se disponía de la quinta parte libre por venta, como se dice en un documento del día 18 de agosto del año 932, en el que Placia vende al presbítero Vismara la quinta parte de los bienes que tenía de su marido; a veces son donaciones hechas conjuntamente por marido y mujer, como la hecha el día 22 de enero del año 920, por Miru y su mujer Froisinda: *tercia portione vobis donamus atque concedimus*; el día 13 de enero del año 950, Guestrilli hace donación, por la salvación de su alma, a la basílica de San Martín de Liébana y a su Abad Opila, de la quinta parte de sus bienes: *placuit mihi bono animo et spontanea mihi advenit voluntas scio quia mortalem duco casu et nescio quando dies ultimus eveniat*



*quia nacendi nobis inicio nec scire valeo terminum... concedo omniam meam quintam.*

También aparece la disposición de la quinta visigótica por carta *perfilationis*, como la hecha el día 29 de septiembre del año 962 por Sarracino y su mujer Bellita a favor de Ansur, mayordomo, y su mujer: *magnus est titulus donationis vel perfilationis in qua nemo potest actum largitatis irrumpere*; como pacto aparece en otro documento la disposición de la quinta parte por Aurelio a los monjes que habitan en el lugar llamado Vellenie, el día 15 de mayo del año 852: *ut facerem pactum... concedo meam quintam ad integritatem... et remedium anime mee... ego Aurelius in oc pactum manum signum fecit*, firmando también dos presbíteros y dos testigos.

En otros muchos documentos que cita Valdeavellano, las donaciones de la quinta parte aparecen bajo la expresión *testamentum* o *seriem testamenti* y en ellos los donantes dicen que de las porciones que les corresponden a los hijos ya se han hecho las escrituras: *et illas dictas portiones reservamus pro ad nostra uxore et filiis suis, unde iam ad illam scripturas facimus.*

En un testamento del día 31 de julio del año 1009, Justa entrega al monasterio de San Justo y Pastor, la quinta parte de los bienes que correspondían a su hermano Fernando Enniquiz, según disponía la ley gótica y confirmaba la ley canónica: *Dedimus in ipso loco Sancto de sua hereditate sua quinta sicut lex gotica disnunciat et canonico censura confirmat* y hace ella el testamento de su hermano: *facio vobis kartola testamenti propter remedium anime fratri meo Fredenando Enniquiz*, prometiendo que ni ella ni sus herederos irían contra ese testamento, así que *hunc testamentum permanet stabilitum.*

*Propter remedium anime genitoris meis* y para el perdón de sus propios pecados, el obispo Pelayo el día 11 de septiembre del año 982, donó al monasterio de Celanova unas villas de las que podía disponer según la ley gótica, para que el día del juicio final lo encuentren con buenas obras; el día 9 de octubre del año 999, Onega, viuda del conde Rodríguez, dona al monasterio de Celanova una villa por el alma de su marido, tomándola de la quinta parte que a él le correspondía entre hijos y sobrinos: *do, et dono, et firmiter ad per abendum concedo... ego istum testamentum pro sua anima a semper dictum monaste-*

*rium firmiter... et irrevocabiliter confirmo et coram Dei et angelis eius... Facta series testamenti.*

Al igual que de la quinta visigótica, también los padres y abuelos podían disponer del tercio de mejora, en favor de los hijos o descendientes, a través de pactos sucesorios. Alrededor de la mejora, dice Lacoste<sup>87</sup> se había producido una nueva forma de suceder pues al lado de las mejoras testamentarias, se dibujan las mejoras contractuales, las promesas de mejorar o no mejorar e, incluso, la cláusula de irrevocabilidad para las mejoras hechas con ocasión del matrimonio de los hijos o nietos. Del tercio de mejora se dispone igual que de los otros bienes de la herencia, es decir, por pactos sucesorios.

De lo estudiado hasta aquí, considero que el testamento medieval es sinónimo a pactos sucesorios o, parafraseando la definición que de los pactos sucesorios dio Torre en 1673, el testamento medieval es la promesa, convención, pacto o estipulación hecha sobre la herencia de un hombre que todavía está vivo.

## VIII. LA DELACIÓN VOLUNTARIA Y LA LEGAL EN LA ALTA EDAD MEDIA

Como he dicho tantas veces, el germano carecía de personalidad individual; su personalidad era familiar, con lo cual no es de extrañar que cuando hemos estudiado la sucesión contractual en las diferentes leyes germánicas hayamos apreciado que, en materia sucesoria, existe entre ellas gran semejanza. Su ley fundamental y la que regulan ampliamente es la llamada por nosotros sucesión intestada, por ellos *De successionibus* y el medio de ejecutarla, la sucesión contractual, generalmente a través de donaciones *De donationibus*.

El tema de los pactos sucesorios, dice Samper Polo<sup>88</sup>, a pesar de su importancia y de los muchos problemas que suscita, no ha sido un argumento predilecto de la investigación romanística, y desde el exce-

---

<sup>87</sup>LACOSTE, Jorge de, *La mejora, su origen y desenvolvimiento en el Derecho español*. (Madrid, 1913). OTERO VARELA, *La mejora*, AHDE (1963), T. 33, pág. 98. ALONSO MARTÍN, M.<sup>a</sup> Luz, *ob. cit.*, pág. 952. PÉREZ DE BENAVIDES, M. M.<sup>a</sup>, *ob. cit.*, págs. 116 y nota 228.

<sup>88</sup>SAMPER POLO, Fco., *ob. cit.*, págs. 162 y s.

lente trabajo de Vismara, no contamos con un trabajo que lo aborde en su amplitud. Cree Samper Polo en el tradicional rechazo de los pactos sucesorios por el Derecho romano y por ello dice que los pactos sucesorios son como un Proteo, que se oculta a menudo tras otra expresión jurídica. En un régimen sucesorio dominado por la figura del testamento, el pacto sucesorio tenderá a adoptar, en cuanto ello sea jurídicamente posible, la forma de un testamento «contratado»; en el Derecho vulgar, cuyo instrumento sucesorio fundamental es la donación, el pacto tomará también la forma de donación, por lo que es necesario determinar, con la mayor precisión posible, hasta qué punto y en qué casos una donación romana vulgar puede contener un pacto sucesorio y, si es posible, la sucesión contractual a través de otros medios que no sean la donación. La etapa de la sucesión voluntaria española está aún por estudiar<sup>89</sup>.

Tras la caída del Imperio romano, dice García Gallo<sup>90</sup>, se acentuó el aislamiento de los distintos países y, sin embargo, se vieron en todos ellos unas prácticas consuetudinarias similares y con cierta simultaneidad, lo que demuestra que éstas debieron plantearse en todas partes. La coincidencia sustancial del sistema sucesorio voluntario en España, Francia e Italia, en los primeros siglos de la Edad Media, presuponen la existencia del mismo ya en los últimos tiempos del Imperio romano. Ya hemos estudiado en el capítulo I, cómo se produjo la fusión de los distintos pueblos y las diferentes culturas jurídicas que supo aunar, en lo referente a la sucesión contractual, el emperador Justiniano en las leyes citadas anteriormente. Los pueblos que invadieron y se asentaron en los distintos territorios del Imperio romano trajeron ya su forma especial de suceder que, de tal manera se había generalizado, que Justiniano tuvo que reconocer y sancionar, por razones de humanidad, que existían tres formas de delación: la voluntaria, que podía ser por contrato o testamento y la legal. El innegable parentesco entre las instituciones jurídicas de los distintos países europeos se debe, según Rubio Sacristán<sup>91</sup>, a que en unos u otros países, las

<sup>89</sup>GARCÍA GALLO, A., *Del testamento romano... ob. cit.*, pág. 497.

<sup>90</sup>GARCÍA GALLO, A., *Del testamento romano... ob. cit.*, pág. 437.

<sup>91</sup>RUBIO SACRISTÁN. *ob. cit.*, págs. 1-32.

instituciones jurídicas están inspiradas en los principios propios del Derecho germánico.

Están de acuerdo todos los medievalistas e historiadores en destacar las dificultades que se encuentran para estudiar este período de nuestra historia, a la que suelen calificar de confusa, bárbara, rudimentaria, abigarrada, contradictoria y otros adjetivos más. Creo que es un error estudiar las leyes del pueblo germánico bajo el prisma de los conceptos jurídicos romanos; a cada pueblo su Derecho; cada pueblo tiene su cultura y no ha de estudiarse una en función de la otra; primero hay que saber de los hombres, después de sus leyes.

Dice Arvizu<sup>92</sup> que la mentalidad jurídica en la AEM era rudimentaria, casuística y, por tanto, confusa; por eso dice que los siglos IX, X y XI no pueden ser estudiados sino a través de los documentos de aplicación del Derecho, ya que los Fueros breves apenas si dicen nada hasta el s. XII. A partir de ese momento, se observa que, si bien los textos legales parecen implantar un sistema diferente al anterior consuetudinario, el Derecho vivido continua en la misma orientación que antes. Arvizu reconoce que la mayoría de los documentos examinados proceden de colecciones eclesiásticas y son disposiciones piadosas, por lo que no nos sorprende que diga que en el Derecho de la Alta Edad Media existía una confusión entre las distintas disposiciones *mortis causa*; olvida la sucesión familiar y dice que antes de la Reconquista, solamente los testamentos y las donaciones *mortis causa* eran la forma de disponer por muerte, preparando la descomposición de la institución testamentaria. A partir de la *Lex visigothorum* el testamento es sólo un documento del que el Derecho se vale para producir efectos jurídicos estables: actos de última voluntad, ordenaciones, testamentos, mandas, *voluntas*<sup>93</sup>.

Valdeavellano<sup>94</sup>, encuentra el Derecho privado de la Edad Media impregnado de corrientes muy diversas, abigarrado, contradictorio e imposible de reducir a sistema. Al período que sigue a la invasión de los árabes lo considera un período misterioso. La inexistencia en este tiempo de una técnica y una terminología jurídica depurada hacen

<sup>92</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 23 y s.

<sup>93</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, pág. 253.

<sup>94</sup> VALDEAVELLANO, L. G., *ob. cit.*, pág. 323.

imposible, dice García Gallo<sup>95</sup>, todo intento de tipificar estos actos de disposición sucesoria, no sólo por su nombre, sino por su formulación efectiva; reconoce, sin embargo, que el nivel popular de conocimientos jurídicos tiene una importancia que no cabe menospreciar. La importancia de la vida jurídica a nivel popular (mejor familiar), sin duda, ha debido de ser considerable en los siglos IV y V y lo mismo en los posteriores, dado que en ellos la mayor parte de las poblaciones vive diseminada en medios rurales y la escasez de técnicos en Derecho ha debido de hacer prácticamente imposible a la mayor parte de las gentes acudir a ellos. A este nivel, ha debido de formarse un amplio Derecho consuetudinario.

Los pueblos germánicos llevan consigo su ley donde quiera que vayan, su ley familiar y su preocupación por el más allá; una ley familiar en la que cada miembro sabe, desde el momento de nacer, cuáles son sus derechos sobre el patrimonio familiar, iguales entre varones y hembras, pero entre éstas en concepto de usufructo y con cautela y reversiones en el caso de que murieran sin hijos.

Los padres, en vida, dividían la herencia entre sus hijos, con ocasión de su matrimonio o emancipación; no hay que olvidar que por *divisa* se entendió la parte que correspondía a cada partícipe en la herencia paterna o familiar. También se denominan *divisa* los bienes heredados, en contraposición a los de ganancia, y aún se usó aquella como sinónima de *hereditas*, que había tenido primitivamente igual significado<sup>96</sup>; por eso nada más natural que llamar *divisa* a los derechos adquiridos por herencia, casamiento o compra. Se llama así *divisa* a la porción que corresponde a un heredero en los bienes comunes y en los primeros siglos de la Reconquista divisero debió de equivaler a coheredero o copartícipe en la herencia paterna o familiar. A la práctica de la división, en vida, de la herencia que a los hijos correspondía parece referirse la Partida IV (23.3), cuando dice que: «E *divisa* tanto quiere dezir, como heredad que viene al ome de parte de su padre, o de su madre, o de sus abuelos, o de los otros de quien descende, que es partida entre ellos, e saben ciertamente cuantos son e quales los parientes a quien pertenesce». El padre sabía cuál era su obligación y

<sup>95</sup> GARCÍA GALLO, A., *Del testamento romano... ob. cit.*, págs. 431 y s. y 465 y s.

<sup>96</sup> SÁNCHEZ - ALBORNOZ, C., *Viejos y nuevos estudios... ob. cit.*, T. I, págs. 123 y s.

los hijos su derecho, y éste les era concedido en vida a través de pactos sucesorios. Como decía Ihering, es muy distinta la voluntad que tiene efecto a la muerte del causante, de la que tiene efecto *inter vivos*. Lo que un padre da en vida, lo sacrifica, lo sustrae de su patrimonio y cumple su deber como jefe de la familia (el germano); lo que uno da *mortis causa*, lo da porque no puede guardarlo para sí, o mejor dicho, no lo da, lo deja, porque no puede llevarlo consigo (el romano); en las dos formas de disponer de la herencia se ve representado al hombre romano y al germánico; el uno, con personalidad individual, distribuye para después de su muerte; el otro, sin personalidad individual, pero sintiéndose miembro de una familia, le da a cada uno lo suyo en vida; dos individuos distintos, dos concepciones de la vida distintas, dos culturas distintas, dos sistemas sucesorios distintos, el testamento para el romano, el contrato para el germano.

Los historiadores del Derecho, señala García Gallo<sup>97</sup>, se encontraron ante un mundo inmenso y desconocido, para adentrarse en el cual se hallaban solos, sin marchar a su lado los historiadores generales, que tanto habían contribuido al estudio de las instituciones políticas. La AEM es la época más olvidada y, sin embargo, la más decisiva, porque en ella se forjaron la mayor parte de las instituciones que han llegado a nosotros. Reconoce que el estudio del Derecho de los siglos VIII al XIII está erizado de dificultades, por lo que se desconoce en su conjunto y con el suficiente detalle el Derecho sucesorio en la AEM, aunque recientes estudios sobre la sucesión voluntaria en el Derecho romano postclásico en Occidente, en el Derecho visigodo y en el altomedieval español han enriquecido considerablemente nuestros conocimientos sobre la materia. Espero que este trabajo mío, aunque no soy especialista, aporte algo nuevo y contribuya a conocer mejor lo que fue la sucesión contractual en la Edad Media.

En la AEM las antiguas formas testamentarias desaparecen por completo o sólo excepcionalmente se encuentran, siendo desplazadas por las donaciones *post obitum* o *reservato usufructo* y escrituras de carácter ambiguo, según García Gallo<sup>98</sup>. La dificultad que yo veo para que se llegara a un entendimiento de la sucesión contractual, es que

<sup>97</sup>GARCÍA GALLO, A. *El problema de la sucesión...* ob. cit., págs. 247 y s.

<sup>98</sup>GARCÍA GALLO, A., *Del testamento romano...* ob. cit., pág. 426 y s.

casi todos los documentos que han estudiado los historiadores son los que se han conservado en las iglesias y monasterios que, como hemos visto, son una parcela importante, pero no la principal de la sucesión contractual. Ellos están viendo la sucesión contractual en la Edad Media a través de las manifestaciones del hombre medieval religioso y no se ha investigado especialmente en los capítulos matrimoniales o en las cartas de emancipación en donde, en realidad, se producía la sucesión voluntaria y contractual del patrimonio familiar.

En los documentos conservados por las iglesias y monasterios se contienen, como hemos visto, las donaciones hechas para el perdón de los pecados y la salvación de las almas de los donantes y, por eso, el tema de la sucesión contractual lo centran en estas donaciones *mortis causa, post obitum o reservato usufructo*, que son, como dice Samper Polo, donde se esconde el pacto sucesorio. Las donaciones *pro anima* y las donaciones con reserva de usufructo, dice también Rubio Sacristán<sup>99</sup>, tienen raíces romanas, pero la forma que presenta en los nuevos Estados germánicos revela modalidades muy distintas de las que ofrecen las instituciones del mismo nombre durante el Imperio romano. Los legisladores visigodos siguen usando conceptos jurídicos romanos, pero cuanto más tiempo transcurre desde la caída del Imperio romano, más palpable se siente la ausencia del espíritu matriz que las vivificaba y organizaba en un conjunto lógico y armónico. El pensamiento jurídico, dice, ya no es romano y a través del término romano de la *Lex*, torpemente amontonado en nuestro caso, dice, se persigue el espíritu jurídico de la nueva sociedad. Este nuevo espíritu había nacido y se había desarrollado en condiciones de vida muy distintas de aquéllas a que respondía el Derecho romano tardío, y a ellas aplicaba ahora los conceptos, cada vez peor comprendidos, de este Derecho romano. El Derecho germánico no había alcanzado a la sazón el grado de abstracción necesario para formar su concepto a semejanza del romano. ¡Qué manía la de ver el Derecho de los pueblos germánicos a través del Derecho romano, y, como no es el mismo, tacharlo del confuso, torpe, falto de lógica, no armónico y demás adjetivos totalmente injustos y que no responden a la verdad!

Para Re<sup>100</sup>, el modo de mitigar la severidad del principio relativo

<sup>99</sup> RUBIO SACRISTÁN, *ob. cit.*, págs. 1-32.

<sup>100</sup> RE, C., *Del pacto successorio. Studi de Legislazione comparata* (V. fasc. pread), págs. 271 y s.

al derecho absoluto de la familia y a la absoluta incapacidad del individuo de disponer, fue la disposición a través de un contrato, la *donatio mortis causa*, en donde Re ve el origen de la institución jurídica del pacto sucesorio; es decir, que el pueblo germánico, queriendo huir de su propia realidad y de su propia personalidad, que le impedía disponer con libertad de sus bienes, se inventa una forma de disponer por pacto, la donación *mortis causa*. ¡Qué barbaridad, para huir de sí mismos! En aquella época, sigue diciendo Re, el momento de la muerte no existía como elemento jurídico (¿qué pasa con las donaciones *pro anima*?); por eso, mediante un contrato ordinario, que se celebraba y perfeccionaba durante la vida de los contratantes, se disponía de la herencia que se consideraba un objeto que está dentro del comercio de los hombres y de la que se puede disponer en vida de su titular. ¡Qué barbaridad! La influencia del Derecho romano sobre el elemento germánico fue la que hizo que surgiera la idea fundamental de disposición a causa de muerte, concretándose en la forma más simple y rudimentaria de la donación universal a causa de muerte, que con este fin llegó a sustituir al testamento romano y a favorecer especialmente las disposiciones por causas pías. En resumen, ha dicho que el pueblo germánico, (elemento germánico lo llama él) queriendo huir de sí mismo y de su esclavitud que le impedía disponer de sus bienes, se inventa, pero en realidad le viene de la influencia del Derecho romano, la donación *mortis causa*, apareciendo, por primera vez, entre el elemento germánico una disposición *mortis causa*, la primera, porque la idea de la muerte no existía entre ellos como elemento jurídico. Sin comentarios.

Suelen decir los historiadores que en el Derecho germánico la única sucesión que se conocía era la legal, o que ésta pasa a primer término; así Arvizu<sup>101</sup> dice que si el Derecho sucesorio visigodo se confirma como un sistema de reserva dentro de una hipotética libertad de testar, en el de la AEM aquella situación se afianza de tal modo que la sucesión legítima pasa definitivamente a primer término; la sucesión voluntaria dice, será algo extraño al sistema, y la disposición *mortis causa* quedará reducida, en la mayoría de los casos, a donaciones piadosas; dice también que en la conciencia popular se borra la frontera entre disposiciones *inter vivos* y *mortis causa*. Lo que se persigue es

<sup>101</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 23 y s.



llevar a cabo una distribución de bienes, sin reparar demasiado en las expresiones empleadas o en el instrumento que se emplea para ello.

El fenómeno sucesorio en la AEM tenía un carácter familiar, dice Arvizu. Desde el Derecho visigodo no era necesaria la institución de heredero, de manera que es excepcional encontrar en esta época un testamento que contenga una institución de heredero, como es el caso del obispo de Huesca, Vicente, el año 576; la institución de heredero era algo inexistente en la práctica de aquella época. No había institución de heredero, porque no había personalidad individual; en el Derecho romano el heredero se colocaba en el mismo lugar del causante, sustituía su personalidad o era el continuador de aquella personalidad; entre los germanos, carentes de personalidad individual, los bienes de la herencia familiar se distribuían, por partes iguales, entre sus miembros del grado más próximo; la idea de un heredero no aparecerá sino a partir del s. XIII, cuando los nobles soliciten al rey que les conceda el privilegio de nombrar a un heredero y apartar a los demás hijos con un tanto. Pero esto es algo que estudiaremos en los epígrafes siguientes.

Como prueba de lo confusas que estaban las fronteras entre las disposiciones *inter vivos* y *mortis causa*, señala Arvizu el contrato de adopción o *perfilatio*, en el que el adoptante nombra heredero y administrador de sus bienes, junto con él, al adoptado. En la AEM, dice, no se busca un sucesor, sino una donataria, que es la Iglesia, aunque reconoce que la posición de ésta es similar a la de sucesora. Si los destinatarios de las donaciones *post obitum* o *reservato usufructo* o de cualquier acto de última voluntad no son personas jurídicas (Iglesia o monasterio), entonces al hacer estas disposiciones sí se persigue una verdadera sucesión, seguramente porque el disponente no tiene herederos legítimos. En estos casos, ya no se trata simplemente de hacer una donación, sino de instituir uno o varios herederos; el que se haga así, dice Arvizu, obedece al desconocimiento del heredero voluntario como figura jurídica. Distingue así Arvizu si se dispone de todo el patrimonio o de bienes concretos y determinados, porque en este caso se trataría de meras donaciones y los beneficiarios serían meros donatarios, sin que aquí se haga la distinción de si los donatarios son personas jurídicas o laicas.

Alonso Lambán<sup>102</sup>, que es el que mejor ha estudiado la forma testamentaria en la AEM en Aragón, dice que el Derecho hereditario germánico era un Derecho de familia. Los herederos eran natos y las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas. Los germanos no conocieron el testamento, y las necesidades a las que éste respondía, las llenaron por otros medios, como la *affatomia*, *él thinx*, *adoptio in hereditate*, *donatio mortis causa*, *donatio post obitum*, *donatio pro anima* y *donatio reservato usufructo*, todos ellos de gran proyección en nuestra AEM, porque constituyeron un medio de ordenar la sucesión para después de la muerte. Desde el siglo VII al VIII fueron permitidos y usuales, con carácter general, sobre todo a favor de la Iglesia.

Considera Alonso Lambán que estas figuras no fueron, en realidad, disposiciones de última voluntad en el sentido técnico de la palabra, sino más bien negocios jurídicos *inter vivos* con efecto para después de la muerte; tenían más de carácter real que de Derecho sucesorio. Sin embargo se emplea el término testamento, pero con significación ambigua y no siempre la correcta. Con frecuencia testamento y donación se encuentran entremezclados en las fuentes legales y en las prácticas. No han sabido, ni siquiera Arvizu ni Alonso Lambán, en sus buenas monografías, separarse del Derecho romano y ver así la nueva realidad que se les presentaba en multitud de documentos de la época, que tan bien conocen; les ha faltado el esfuerzo de atracción y la visión única de los pueblos germanos y de su Derecho, visto desde ellos mismos y olvidando, aunque cueste, el Derecho romano.

En Aragón, dice Alonso Lambán<sup>103</sup>, no es necesaria la institución de heredero, porque en esta época (hasta final del siglo XII o principios del XIII), es raro el testamento en el que se encuentra la institución de heredero. El testamento de esta época es usado solamente para disponer de parte de unos bienes, en legados o mandas piadosas; en todos estos testamentos se manifiesta la religiosidad de los disponentes, pues siempre se hace alusión en ellos a que nadie puede evadirse de la muerte,

---

<sup>102</sup> ALONSO LAMBÁN, M., *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media en Aragón*. RDN. 5-6 (1954) y RDN. 9-10 (1955). ALONSO LAMBÁN, M., *ob. cit.*, RDN. 9-10 (1955) págs. 259 y s.

<sup>103</sup> ALONSO LAMBÁN, M., *ob. cit.*, págs. 274 y s.

porque la naturaleza mortal engendra la muerte, aunque no se sabe el día en que ocurrirá; se habla también en ellos del valor de la virtud y de las buenas obras para después de la muerte: *timendo penas inferni; timendo penas inferni et impio per venire ad gaudia paradisi*; de lo vano de los bienes terrenos frente a lo que supone la salvación de las almas; del miedo a las penas del infierno, miedo al juicio de Dios y deseo de alcanzar el paraíso mediante buenas obras con las que conseguir el perdón de sus pecados y la salvación de sus almas.

En estos testamentos, sigue diciendo Alonso Lambán<sup>104</sup>, no aparece más que la única, simple y sencilla voluntad manifestada como quisieran o pudieran, según la regla tomada del testamento de los militares y del privilegio del príncipe y nobles: *plena memoria et spontanea voluntate; grato animo et spontanea voluntate; bono animo et spontanea voluntate; libenti animo o in meo sensu et in mea memoria*.

Como los demás que han estudiado los documentos que se conservan en los monasterios, señala Alonso Lambán<sup>104</sup>, que el testamento que es un negocio jurídico unipersonal, aparece en la Edad Media otorgado conjuntamente con la mujer, los hijos e incluso con otros parientes: *auctorizamos et propria manu firmamus ego et filii mei, una cum propinquis et nepotibus meis*; como testamento mancomunado nos presenta Alonso Lambán<sup>105</sup>, el supuesto del testamento conjunto hecho por marido y mujer para la salvación de sus almas y se sorprende de que, habiendo tantos documentos que contienen estos testamentos mancomunados, no se encuentren recogidos en los Fueros aragoneses, lo cual es lógico porque no hay nada de novedad en estas donaciones conjuntas, como hemos visto.

El hecho de testar los cónyuges mancomunadamente, dice Alonso Lambán, deriva del gradual desarrollo de la disposición *mortis causa* en la época de la Reconquista, muy limitada en un principio y reducida a las donaciones *post obitum*, que sólo poco a poco se van convirtiendo en los siglos XI y XII en verdaderos testamentos. Es impropio llamar verdadero testamento al romano clásico y no haber comprendido que el hombre medieval estaba incapacitado para comprenderlo y menos para aceptarlo; tan verdadero testamento es el romano, como el

<sup>104</sup> ALONSO LAMBÁN, M., *ob. cit.*, pág. 294.

<sup>105</sup> ALONSO LAMBÁN, M., *ob. cit.*, págs. 356 y s.

testamento-pacto sucesorio germánico. Como esto no lo ve Alonso Lambán, dice que de la costumbre de hacer los cónyuges donaciones conjuntas, les quedó la de concurrir ambos cónyuges a los testamentos. Las donaciones *post obitum* vinieron así a llenar y paliar durante largo tiempo la ausencia del testamento, cuando, en realidad, no tuvieron que llenar ningún hueco, ni paliar ninguna ausencia; simplemente que tenían otra manera de suceder, la contractual, que se adaptaba a la perfección a su visión de la vida y de la familia; como la ausencia del testamento, según Alonso Lambán, se llenó con las donaciones *post obitum*, dice luego que en los siglos final del XII y principios del XIII, se tuvo que reconstruir el testamento, cuando lo que ocurrió, como luego veremos, es que se recibió el testamento romano y éste se encontró y convivió con la sucesión contractual; pero esto lo veremos luego.

En un testamento que cita Alonso Lambán del año 1113, se dice que la donación es el medio óptimo para disponer de los bienes, porque nadie podía romperla, ni la ley del Fuero prohibirla: *Magnus satis est titulus donationis, quoniam necnon potest irrumpere, nec fori legem prohibere sed quidquid grato animo et spontanea voluntate conferetur formam et stabilitam habeat firmitatis legitur enim in goticio titulis: «Res si in presentia (testium) tradite sunt, nullo modo repetantur»* refiriéndose concretamente al cap. 308,1. C.E., en el que, como hemos visto, se decía que «la cosa donada, si se entrega en presencia, no la revoque el donante en modo alguno, a no ser por causas ciertas y probadas».

También se refiere Alonso Lambán a los ejecutores testamentarios o mandatarios, que lo llevan a estudiar el llamado testamento por comisario. Cita a Portolés, a Sessé, a Franco y Guillén y a Isabal, que reconocen, como es natural, el testamento por comisario; se sorprende que estos autores basen esta práctica en la Observancia 1.<sup>a</sup> *De testamentis*; como Alonso Lambán piensa en el testamento romano dice que con agudeza señala Isabal que el fundamento de estos testamentos por comisario en el título de testamentos de las Observancias era muy endeble<sup>106</sup>. No es endeble, es perfecto y no cabe otro fundamento. Los autores aragoneses, al ver que este testamento no está recogido en

<sup>106</sup> ALONSO LAMBÁN, M., *ob. cit.*, págs. 392 y s.

el Fuero, suelen decir que está basado en la costumbre y en la Observancia 6.<sup>a</sup> *De confesis* y 16.<sup>a</sup> *De fide instrumentorum*.

Como la sucesión en la Edad Media es la contractual, nada hay de extraño en que una persona le encargue a otra que disponga de determinados bienes, según él le ha indicado y siempre para disponer de unos determinados bienes para el perdón de sus pecados: así ocurrió, y como era tan normal no se recogió en los Fueros, en el testamento otorgado en el año 1153 por el conde de Pallas, en nombre y por encargo de Pedro Raimundo de Herill. Éste, al regresar de una expedición contra los almohades, se encontró enfermo y encargó al conde de Pallas, Arnal Mir, que dispusiera de determinados bienes en su nombre, ordenando a sus hijos que tal ordenación la tuvieran como propia; en el acto del mandato estaban presentes la mujer, los hijos y los testigos Bernard de Miralias y Guillermo Arnald de Miraved. Es el temor de morir intestado, es decir, de morir sin disponer por su alma, lo que lleva al hombre medieval a encargar a otro que le otorgue su testamento, como ya hemos visto en otros casos. Cuando muere Pedro Raimundo de Herill, el mandatario se trasladó al lugar donde estaba la viuda y los hijos y allí dispuso el testamento en cumplimiento del contrato de mandato. Para disponer de unos bienes para el perdón de los pecados del mandante, el conde Pallas pide consejo a hombres buenos y en presencia de los dos testigos anteriores y de tres más, otorgó el testamento que se le había encargado. Según Alonso Lambán, el comisario hizo el testamento subrogado en la persona del (mandante) causante, lo que, insisto una vez más, no se trata de subrogar a nadie, éste es concepto romano, sino simplemente de cumplir un mandato: *Ideo, post mortem Petri Raimundi de Herill, ego Annale Mir... hoc testamentum michi comandatum adimplere volens*, apareciendo, como en otros casos similares ya vistos, el testamento otorgado en primera persona, en nombre del fallecido: *in primi, ego Pere Raimundo de Herill laxo ad Deum et ad Sancta Maria... pro anima mea*.

Como estos testamentos germánicos no son testamentos romanos, los autores suelen decir que en la Edad Media no había más que la sucesión legal o intestada, porque la testada, dice García Gallo<sup>107</sup>, no supone en rigor una sucesión. Ya lo creo que se dio en la Edad Media

<sup>107</sup> GARCÍA GALLO, A., *El problema de la sucesión... ob. cit.*, págs 257 y s.

una sucesión voluntaria: la contractual y sólo esa hasta el siglo XIII. En la vida vulgar de Occidente, dice García Gallo, la sucesión testamentaria debió de perder considerable importancia, acaso ya en los tiempos postclásicos, entre los visigodos y, sobre todo, en los primeros siglos de la Reconquista, ante la presión ejercida por la comunidad familiar, como lo prueba el que sean escasas y confusas las disposiciones *post mortem* en casi todo el territorio de la Península. En la Edad Media, la palabra *successio* se usó tan sólo para referirse a la sucesión legítima y no a la voluntaria. Para mí, lo mismo que hay una sucesión legítima, la ley fundamental de la familia germánica, hubo una sucesión voluntaria, la contractual.

Braga da Cruz<sup>108</sup>, señala el contraste entre el rechazo de que fueron objeto los pactos sucesorios en el Derecho romano, y su implantación en toda Europa Occidental, a partir de las invasiones germánicas, en donde encontraron terreno propicio para proliferar. La decadencia del testamento romano que se produjo en las antiguas provincias del Imperio de Occidente entre los siglos V y VIII, favoreció que proliferaran varios sucedáneos, uno de origen germano, otro de origen romano vulgar y otro nacido de las costumbres medievales, que trataron de resolver los problemas de la delación voluntaria de la sucesión, como ocurrió con la *affatomia*, las *hereditariae* del Derecho franco, la *thinx* del Derecho longobardo, las *adfilationes* usadas en distintas regiones de Italia y las *perfilationes* practicadas en los distintos Reinos hispánicos de la Reconquista y las llamadas donaciones *post obitum*. Todas ellas son sucedáneos del testamento y tienen naturaleza contractual y por objeto regular, directa o indirectamente, en todo o en parte, la sucesión de los contratantes. Estos verdaderos pactos sucesorios siguieron teniendo una gran aceptación, incluso después del Renacimiento y difusión del testamento.

El origen histórico de la sucesión contractual, dice Braga da Cruz, es un problema que está muy lejos de ser o estar aclarado. Lo que sí puede afirmarse es que la institución contractual, independientemente de cualquier filiación concreta, se generalizó en base a dos fuerzas propulsoras fundamentales: en primer lugar, en la idea de que la suce-

---

<sup>108</sup> BRAGA DA CRUZ, G., *Os pactos sucessorios na Historia do Direito português*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, año LX (1965), págs. 101 y s.

sión se podía regular por contrato, idea fuertemente enraizada como consecuencia de la intensa divulgación, en los siglos anteriores, de las *adoptiones in hereditatem* y por las donaciones *post obitum*; y, en segundo lugar, por el favor dispensado en la época, a todas las instituciones jurídicas que tienden a mantener la integridad de los patrimonios familiares y a conservar los bienes en la familia, de generación en generación.

La sucesión contractual es así producto de un ambiente social concreto; el mismo ambiente social que permitió, tanto en Francia, Italia, Portugal y España, que proliferaran las instituciones jurídicas que tendían a evitar la disgregación del patrimonio familiar, como el *laudatio parentum*, los retratos gentilicios o de abolorio, las reservas hereditarias, la regla *paterna paterni, materna materni* o derecho de troncalidad. Lo mismo puede decirse, dice Braga da Cruz, de los pactos sucesorios renunciativos acogidos, con mayor o menor simpatía, por todas las costumbres de la Europa Occidental del s. XII y, sobre todo, a partir del s. XIII, en donde fue generalizada su aceptación. No estoy de acuerdo con que el ambiente social produjera la sucesión contractual; la sucesión contractual la crearon los hombres, la traían ya los pueblos germanos que invadieron Europa, y estos hombres crearon el ambiente social, pero no el real; además, pone el origen de la sucesión contractual en un ambiente social muy tardío, s. XII.

Según Pertile<sup>109</sup>, en el Derecho romano la ley de la sucesión era la voluntad del difunto manifestada en testamento; en los Derechos germánicos la ley de la sucesión era el Derecho de familia y el parentesco. Dice que las costumbres de los pueblos germánicos y el interés de los particulares se resistieron mucho a introducir el testamento, disponiendo de la propia herencia por donaciones *mortis causa*, en las que intervenía la voluntad del donante y la aceptación del donatario. En la Edad Media, en las leyes bárbaras y en la práctica, toda disposición de última voluntad era una donación irrevocable *inter vivos*. Constituye así el pacto sucesorio otro título de vocación hereditaria, junto al testamento y la ley, participando en cierta manera, de la naturaleza del testamento, pero es, a la vez, un verdadero contrato que requiere,

<sup>109</sup> PERTILE, A., *Storia del Diritto italiano*, T. IV (Turín, 1894), págs. 4 y s. y T. III (Turín, 1894), págs. 112 y s. e introducción.

necesariamente, de dos contratantes y la capacidad de obligarse y hacer testamento; así la sucesión en los feudos, tanto en Inglaterra, Francia y Alemania, que se conservaban en una sola mano y se transmitían por orden de primogenitura, como en los fideicomisos.

Vismara<sup>110</sup>, dice que los germanos no tuvieron una sucesión hereditaria propiamente dicha. Para Re, con cita de Beseler<sup>111</sup>, el contrato sucesorio, al menos el de renuncia, no fue conocido por los pueblos germánicos hasta principios del siglo XVI. Las donaciones *mortis causa* de las que se encuentran indiscutibles trazos en las colecciones jurídicas alemanas del alto medievo, no eran verdaderos pactos sucesorios. Los pactos sucesorios para Re se encuentran, desde tiempos antiquísimos, en el fondo del Derecho germánico; era ésta una institución que se esforzaba lo más que podía, en corregir el predominio del derecho colectivo de familia, en atenuar la rígida aplicación de los derechos hereditarios de los herederos legítimos o legales y cuando adquirieron, en el siglo XVI, forma autónoma e independiente, se colocó entre los modos de suceder en la herencia del difunto, junto al testamento y la ley. La legislación germánica parte del derecho absoluto de la familia e indirectamente procede a concretar el derecho individual en el instituto del contrato sucesorio, que adquiere su verdadera forma jurídica en los siglos XVII y XVIII, de cuyos juristas aprendemos que el contrato sucesorio, en general, no se estableció pacíficamente en el sistema del Derecho germánico, sino como reacción contra la influencia prevalente del Derecho romano que llegó a ser Derecho imperial. No hay comentarios a Re.

Pasemos al siguiente epígrafe.

## IX. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LOS TEXTOS CASTELLANOS

En los documentos y textos castellanos aparece la expresión, típicamente castellana, de «mandas». A partir del siglo XI, el verbo *man-*

---

<sup>110</sup> VISMARA, G., *La successione volontaria nella leggi barbariche. Studi in honore di Arrigo Solmi*, vol. II, (Milán, 1941), págs. 185 y s.

<sup>111</sup> RE, C., *ob. cit.*, págs. 285 y s.



*dare* se identifica con el verbo *relinquere*, o disposición hecha en consideración a la muerte. La «manda» equivale al testamento, tanto en los fueros breves como en los extensos. En el Fuero de Soria, al hablar de la sucesión voluntaria, se refiere solamente a las mandas que regula en el título: De los testamentos (tit. 31); como en el Fuero de Cuenca, el Fuero de Béjar, Fuero de Avilés y Oviedo.

La manda puede consistir en determinados bienes a favor de la Iglesia o la manda de todos los bienes; así el Fuero de Coria dice que «todo ome que enfermar, e mandar por su alma, e despues otra vez mandare, la postrimera manda sea estable»; a los que no tenían hijos ni descendientes les estaba permitido «mandar todos sus bienes», como en los Fueros breves de Villasila y Villamelendo, Santa María de Cortes, Cornudilla, Lourinham y Costumbes de Terena <sup>112</sup>.

En el Fuero Juzgo (1242) se dice, en el título «De las mandas de los muertos, cuemo deuen ser escriptas e firmadas» (lib. 2. tit. 5. ley 11), que hay varias maneras de disponer o hacer mandas de sus cosas, todas ellas válidas. Dice así: «Si algum omne faze manda de sus cosas por escrito, e si el escripto fuese confirmado de la mano del qui lo fizo e de las testimonias; o del uno destos o de las testimonias, o de aquel que las faze; o si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, e diere otro omne que scriva por el, o que le sennale el escripto; o si algum omne faze su manda ante testigos sin escripto; cada una de estas quatro maneras de fazer manda deve valer...»; es decir, se establece una gran libertad de disponer de los bienes por manda, por testamentos.

En el Fuero Juzgo (lib. 2. tit. 5. ley 10) se establece el principio *utile per inutile non vitiatur*, cuando se dice que si se dispone por testamento, donación, arras o por cualquier otra escritura de más de lo que manda la ley, será nulo lo de más de la ley y válida la manda según la ley: «Por ende dezimos, que si algunos testamientos, o donos, o arras, o qualesquier escripturas que sean fechas demas de lo que manda la ley, no lo pierda por eso todo aquello que tiene escripto demas, et reciba lo que manda la ley». En el título «De los escriptos que deven valer o non, et de las mandas de los muertos» (lib. 2. tit. 5. ley 4), se dice que ni los hijos ni los herederos vengán contra lo que mandó su padre.

<sup>112</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 213 y s.

En el Fuero Real (1255) se regula la sucesión intestada en el caso de que se muera sin manda (lib. 3. tit. 6. ley 1) y en el epígrafe «De las mandas» (lib. 3. tit. 5. ley 1,10) se prohíbe que a la disposición de la mejora se le acumule el quinto de libre disposición. En el Fuero Real (lib. 4. tit. 23. ley 2), vemos que se repite la máxima dada por el emperador Constantino en la L. *Habeat (de sacros. eccles.)* es decir, que fueran válidas las últimas voluntades, porque nada había que más se le debiera a los hombres: «Todo ome qui non es defendido por derecho a poder de facer manda de lo suyo, ca ninguna cosa val mas a los omes que seer guardadas sus mandas; et por ende queremos e mandamos que los romeros qui quier que sean, o dond quier que vengán, puedan tambien en sanidat como en enfermedat facer manda de sus cosas segun su voluntad, a ninguno non sea osado de enbargarle ni en poco ni en mucho...»; sean válidas, por tanto, todas las últimas voluntades, cualesquiera que sean las circunstancias por la que atraviere aquél que quiera hacer manda de sus cosas y que a nadie se le ocurra o se atreva a ir, en poco o en mucho, contra lo así mandado. La sucesión contractual está recogida en el título «De las donaciones» (lib. 5. tit. 2. ley 6): «De las cosas que son dadas por escrito. E demas ennademos, que si alguno fiziere escrito de sus cosas en personas dotri que las de a otri, maguer que non diere el escrito aquel en su vida, todavía lo aura despues de su muerte aquellas cosas aquel en cuyo nombre fue scripto; ca derecho es que aquel escrito sea firme, el qual non quiso desfazer el donador en su vida. Mas si aquel que fizo el scripto non dio la cosa, ni el scripto en su vida a aquel a quien fiziera la donacion; mas tovieselo consigo, e despues mudosele la voluntad, el scripto que fizo despues sea firme... E si alguno diere alguna cosa so tal condicion, que se le tenga consigo en su vida, e después de su muerte que la aya aquel a quien la da, porque esta donacion semeia testamento, aquel que la dio la puede toller si quisier ante de su muerte». Aparecen así reguladas, en el título de donaciones, las últimas voluntades con expresiones iguales a las que ya hemos visto en el cap. 308 C. E. Se trata de disponer de los bienes por contrato, por donación y, como son últimas voluntades si tienen efecto a la muerte del donante, son revocables como los testamentos.

La regulación de las donaciones está sacada del C. E., cap. 308; en primer lugar se refiere a una donación con entrega inmediata de la

cosa, aunque no del escrito; según Derecho, este escrito es firme porque el donador no quiso deshacer la donación: en segundo lugar, se refiere a una promesa de donación sin la entrega de la cosa ni del escrito; en este caso, si más tarde el donante muda de voluntad y hace otro escrito o donación de estas mismas cosas en favor de personas diferentes, el escrito que hace después es el firme; la tercera donación es aquella en la que el donante se reserva las cosas donadas en vida, pero después de su muerte pasarían al donatario, es decir, las donaciones *post obitum*; en este caso, como estas donaciones se asemejan a los testamentos, el donador puede cambiar su voluntad durante toda su vida.

En las Partidas (1256), aparece ampliamente regulado el testamento entre padres e hijos, que aunque no se haya hecho acabadamente, vale entre ellos, así como la donación de los bienes de la herencia a los hijos con ocasión de su matrimonio. Dice así la Partida 6.<sup>ª</sup>, título 1.<sup>º</sup> ley 7.<sup>ª</sup> «De los testamentos: como vale el testamento que el padre faze entre sus fijos, maguer non sea acabadamente»: «Acabado testamento es aquel, que es fecho en alguna de las maneras que diximos en las leyes antes desta; e si de otra guisa lo fiziesse, non seria valedero: pero si el padre fiziese testamento, en que estableciesse por heredero a los fijos e a los nietos, que descendiesen del, o partiesse lo suyo entre ellos, maguer en tal testamento non fuessen escritos mas de dos testigos, valdría; bien assi, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pusiessen y sus nomes, e sus sellos». Se habla aquí del testamento romano regulado en otras leyes anteriores y del testamento entre padres e hijos, que sin ser acabado vale. Se habla también de nombrar heredero (influencia romana ya) y de partir los bienes entre los hijos. El testamento entre padres e hijos también será válido si el padre o el abuelo partiesen lo suyo solamente por palabra y ante dos testigos rogados. Si los padres o abuelos en estos testamentos nombran, junto a sus hijos o nietos, a personas extrañas, lo referente a éstas no valdría, pero sería válido todo lo demás «como quier que en todas las otras cosas que fuessen y escritas, o dichas, seria valedero».

Aunque se le denomine testamento, se trata ya de las últimas voluntades que encierran dentro de sí a los pactos sucesorios. Se ha producido la recepción del Derecho romano y del testamento romano, pero se ha regulado junto a él, de acuerdo con la tradición, la sucesión contractual; en las Partidas, a ambas formas de suceder se las llama

testamento, perfecto el romano e imperfecto y no acabado el castellano, pero ambos representantes de dos diferentes maneras de suceder: la testamentaria y la contractual, hablándose ya en esta última de nombrar heredero.

Que este testamento no hecho acabadamente es un pacto sucesorio se demuestra en que debía suscribirlo el padre y decir estas palabras: «este testamento, que fize, quiero que sea guardado»; «otrosi deben dezir, e soescrevir los fijos: este testamento, que fizo nuestro padre, otorgamoslo». No hay lugar a dudas: ya se ha regulado y recogido las dos formas voluntarias de suceder.

La división o partición de la herencia en vida está también regulada en la Partida 6.<sup>a</sup>, tit. 15, ley 9.<sup>a</sup>, en la que se dice: «... Pero si el padre, o el testador, partiese él mismo la herencia en su vida entre los herederos ...»; es decir, la sucesión contractual lo mismo podía hacerse para que tuviera efecto después de su muerte, como en vida, en cuyo caso al padre que parte sus bienes en vida se le llama también testador.

A las dos maneras, o mejor dicho, a las tres maneras de suceder se refiere la Partida 6.<sup>a</sup>, tit. 13, leyes 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>. Dice así: «Sin testamento, e con el, ganan los omes a las vegadas las herencias e los bienes, que fueron de otri... Otrosi, de las mandas, e de las otras cosas que le pertenecen». Las donaciones *pro anima* las recoge la Partida 5.<sup>a</sup>, título 4.<sup>o</sup>, leyes 1.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, cuando dicen: «Otrosi dezimos, que todo ome puede fazer donación por carta, o sin ella, dando quanto quisiere, para sacar cativos, o para refazer alguna Eglesia o casa derribada; e por dote, o por donacion que se faze por razon de casamiento. E aun dezimos, que si algund ome quisiese fazer donacion a alguna Eglesia o a logar religioso, o a Ospital, que lo pueda fazer en carta...». Se admite la facultad de disponer de lo que quisiera en favor de la Iglesia; por influencia del Derecho romano aparece ya la figura del heredero; ya no se reparte la herencia por partes iguales entre los hijos, sino que el padre tiene amplia facultad de disponer en favor de un heredero, hijo o nieto y dar lo que quiera a los demás hijos en concepto de dote o en donaciones con ocasión de su matrimonio. La influencia del Derecho romano se deja sentir mucho y, sobre todo, la libertad de disposición del padre de familia.

Recoge la Partida 5.<sup>a</sup>, tit. 11., leyes 1.<sup>a</sup> y 33.<sup>a</sup>, la prohibición de

los pactos sucesorios hechos de la herencia de una tercera persona sin su consentimiento y sin su conocimiento y esto con carácter general: «Como la promission o el pleyto que fazen los omes entre si, que hereden los unos, en los bienes de los otros, no valen; fuera ende en casos señalados». La razón de esta nulidad, dice Gregorio López<sup>113</sup>, es que «ninguno dellos non aya ocasion de se trabajar de muerte de otro, por razon de heredarle lo suyo». Alega Gregorio López, para justificar la prohibición de estos pactos con carácter general, las mismas razones que veremos en el capítulo 3.º de esta obra, alegar a los juristas del Derecho común. La base de la prohibición está en la Ley *De quaestione* que, como hemos visto en el capítulo primero, se refiere concretamente a los pactos sucesorios hechos de la herencia de un tercero.

Se recoge también la validez de los pactos sucesorios entre los militares, como señala Gregorio López en la Partida dicha: «Pero si tal pleyto, o tal promisión fiziesen dos caballeros entre si, queriendo entrar en batalla alguna, o en fazienda; si alguno dellos muriese en aquel lugar, el otro que fincasse, heredaria lo suyo, si no dexasse el muerto fijos legitimos. E si por aventura non muriese y ninguno, e después de ende saliesen, se cambiasse la voluntad a algunos dellos, e quisiesse revocar el pleyto, o la promission, bien lo puede fazer. Mas si non lo revocase, e lo oviesse por firme fasta la muerte de alguno dellos; el otro que fincasse, heredaria los bienes del muerto, assi como sobredicho es».

Estos pactos sucesorios, dicen Gregorio López, son válidos *favore militum*, como también son válidos los que se hacen *favore piae causa*, *vel favorem libertorum*, citando como máxima autoridad en la materia a Bartolo, *propter auctoritatem decisio sua servaretur in practica*. Estos pactos sucesorios son válidos porque adquieren la naturaleza de una última voluntad: *valet ergo tale pactum in vim ultimi iudicii*.

En Portugal, las Ordenações Alfonsinas, a mediados del siglo XV (1446), se refieren a los pactos sucesorios (IV, 62,6), que más tarde transcribieron las Ordenações Manuelinas, de 1521 (IV,44, 2 y 3), y las Filipinas, de 1603 (IV, 70, 3 y 4). La primera ley, dice Braga

<sup>113</sup> *Las siete Partidas... con la glosa del Lic. Gregorio López*. (Barcelona, 1843), págs. 711 y s.

da Cruz <sup>114</sup>, condena los pactos *de succedendo et hereditatis tertii*; la segunda los pactos sucesorios renunciativos, que considera válidos si van acompañados de juramentos, según establecía el Derecho canónico. A pesar del rechazo de estos pactos sucesorios en estas leyes, éstos constituían un mundo aparte cuando se celebraban en contratos nupciales o en capítulos matrimoniales, porque existía en toda Europa, como verdadero dogma jurídico, que la prohibición de los pactos sucesorios no tenía aplicación en los capítulos matrimoniales, principio o dogma que recogen las Ordenações Manuelinas (IV, 7 princ.) y las reproducen las Ordenações Filipinas (IV, 46 princ.). Cita Braga da Cruz una ley que, por su expresividad, la recojo; la ley es de 17 de agosto de 1761 y dice así: «*Como senhoras das suas casas, podem estipular com seus respectivos esposos, assim para a vida como par a morte, as reservas e condições que bem lhes parecer, como até agora se praticon sem a menor diferençã*».

Las Leyes de Toro (1505), siguiendo la tradición, conceden al padre y a la madre la facultad de mejorar a sus hijos o descendientes, por testamento, por última voluntad o por contrato *inter vivos*, con lo que los comentaristas de estas leyes suelen decir que en materia de pactos sucesorios, las Leyes de Toro eran correctoras del Derecho común <sup>115</sup>. Continuamente, los juristas del Derecho común comentan y se refieren a estas leyes como permisivas de los pactos sucesorios, porque *melioratio facta per contractum et ultima voluntatem aequiparatur* <sup>116</sup>. La influencia de las Leyes de Toro en Italia fue muy grande,

<sup>114</sup> BRAGA DA CRUZ, G., *ob. cit.*, págs. 110 y s.

<sup>115</sup> CIFUENTES, M., *Bona lectura, sive declaratio legum Taurinorum* (Salamanca, 1536). CASTILLO, D. del, *Glossa a las Leyes de Toro* (Burgos, 1527). PALACIOS RUVIOS, J. L., *Glossamata legum Tauri* (Salamanca, 1542). GÓMEZ ARIAS, F., *Subtilissima, et valde utilem glossam ad famosissimas ac subtiles, ac necessarias, ac quotidianas leges Tauri* (Alcalá de Henares, 1546). GÓMEZ, A., *Ad legem Tauri commentarium adsolutissimum* (Salamanca, 1555). VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, R., *Legum Taurinarum... utilissima glossa sequitur* (Valladolid, 1588). ALVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España* (Valencia, 1796). LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal de las Leyes de Toro* (Madrid, 1853). BURGOS DE PAZ, M., *Ad leges Taurinas insignes commentarii, nuc primum aditi quarum hic Codex, primus est tomus, in quo quatuor insunt exactissimae relationes* (Valladolid, 1578).

<sup>116</sup> PELÁEZ DE MIERES, *Tractatus de majoratibus et meliorationibus hispanae* (Lugduni, 1678), part. 1.<sup>o</sup>, *quaest.* 31, n. 21, pág. 250.

entre otras razones porque la sucesión en los fideicomisos, mayorazgos o primogenituras por pacto sucesorio estaba permitida y se practicaba con frecuencia entre los nobles.

En España (ley 44 de Toro) los mayorazgos podían establecerse por testamento o por pactos sucesorios: *quod maioratus tam ex contractus, quam ex testamento institui possint*<sup>117</sup>, porque en materia de mayorazgos se está a las constituciones del Reino: *secundum Regni constitutiones*<sup>118</sup>. *Maioratus namque sive in contractu, sive in testamento instituantur, ut plurimum vim ultimae voluntatis obtinere solent et nuli dubium, nisi quod possit in eis fideicomitti: etiam si sunt instituitus in contractus*<sup>119</sup>. Dice así la Ley 44 de Toro: «El que hiciere algun mayorazgo, aunque sea con autoridad nuestra, ó de los Reyes que nos vinieren, ora por via de contrato, ora en cualquier última voluntad, despues de hecho puédalo revocar a su voluntad, salvo si el que lo hiciere por contrato entre vivos oviere entregado la posesión de las cosas, ó cosas contenidas en el dicho mayorazgo a la persona a quien lo hiciere, ó a quien su poder oviere; ó le oviere entregado la escritura del ante Escrivano, ó si el dicho contrato de mayorazgo se oviese hecho por causa onerosa con otro tercero, asi por via de casamiento, ó por otra cosa semejante; que en éstos casos mandamos que no se pueda revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió estuviese clausula para que despues de hecho lo pudiese revocar, ó que a tiempo que lo fizo el que lo instituyo reservase en la misma escritura que fizo del dicho mayorazgo el poder para revocar; que en estos casos mandamos que despues de hecho lo pueda revocar».

La validez de los pactos sucesorios en Castilla, no la cuestiona ninguno de los juristas que los estudian y ni siquiera entran en la polémica que sobre su validez o invalidez se estaba produciendo en Europa. Suelen decir los juristas españoles que los juristas del Derecho Común, ignoraban nuestras leyes.

<sup>117</sup> MOLINA, L., *De primogenitis hispanorum* (Lugduni, 1588), lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 1.<sup>o</sup>, n. 9 y cap. 2.<sup>o</sup>, n. 19.

<sup>118</sup> PELÁEZ DE MIERES, *ob. cit.*, part. 2.<sup>a</sup>, *quaest.* 6, ns. 134 y 143, págs. 645 y s.

<sup>119</sup> URCEOLI, J., *Decisiones inclytæ Rotæ Florentinae continentes materias contractus ultimarum voluntatum et interpretationum estatutorum* (Florentiae, 1692), decis. 22, n. 37, pág. 265. SURDO, J. P., *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1616), cons. 403, n. 33.

Según la ley 17 de Toro (que es la ley 1.<sup>a</sup>, título 6.<sup>o</sup>, lib. 5.<sup>o</sup> de la Recopilación y la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 6.<sup>o</sup>, lib. 10.<sup>o</sup> de la Novísima), el padre y la madre tienen la facultad de mejorar a sus hijos y descendientes en el tercio de sus bienes «en testamento o en otra postrimera voluntad, o por otro contrato *inter vivos*». Al ser la sucesión contractual una última voluntad es revocable hasta el final de su vida por el disponente, salvo que se haya hecho entrega de los bienes en vida, así como la escritura, o se haya dispuesto de la mejora por título oneroso con un tercero, o por vía de casamiento, o por otra causa semejante, en cuyo caso sería irrevocable. La Ley de Toro admite toda clase de pactos sucesorios, de mejorar o no mejorar, de suceder o no suceder, los que se celebran con ocasión del matrimonio de los hijos o en instrumentos dotales o de emancipación.

La Ley 22 de Toro (que es la ley 6.<sup>a</sup>, tit. 6.<sup>o</sup>, lib. 5.<sup>o</sup> de la Recopilación y la ley 6.<sup>a</sup>, tit. 6.<sup>o</sup>, lib. 10.<sup>o</sup> de la Novísima), vuelve a reconocer la validez de los pactos sucesorios, con más claridad aún, cuando dice que: «Si el padre o la madre, o alguno de los ascendientes prometió por contrato *inter vivos* de no mejorar a alguno de sus hijos o descendientes y pasó sobre ello escritura pública: en tal caso no puede hacer la dicha mejora del tercio ni del quinto; y si la hiciere, que no vala».

La promesa de mejorar se recoge en la misma ley con estas palabras: «Y asimismo mandamos, que si prometió el padre o la madre, o algunos ascendientes de mejorar a alguno de sus hijos o descendientes en el dicho tercio y quinto por vía de casamiento, o por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados a lo cumplir y hacer; y si no lo hicieren, que pasados los días de su vida, la dicha mejoría o mejorías de tercio y quinto sean avidas por hechas».

La validez de los pactos sucesorios en las Leyes de Toro es total, no solo en la institución del heredero, el mayorazgo o el primogénito, sino también en la disposición del tercio de mejora y el quinto de libre disposición, ya se haya hecho el pacto sucesorio a título gratuito o a título oneroso, ya se haya hecho con efectos *inter vivos* o *post mortem*; «por contrato entre vivos, o en otra postrimera voluntad» dice la Ley 23 de Toro (que es la ley 7.<sup>a</sup>, tit. 6.<sup>o</sup>, lib. 5.<sup>o</sup> de la Recopilación y la ley 7.<sup>a</sup>, tit. 6.<sup>o</sup>, lib. 10.<sup>o</sup> de la Novísima), o «en testamento, o en otra cualquiera última voluntad, o por contrato entre vivos», según la Ley 27 de Toro, es decir, por testamento o sucesión contractual,



porque los contratos y las últimas voluntades se equiparan si así se establece en el escrito. «Si el padre o la madre, en testamento o en cualquiera última voluntad, o por contrato entre vivos, hiciere alguna donación a alguno de sus hijos o descendientes», dice la Ley 26 de Toro. Incluso el testamento que regula la Ley de Toro sigue siendo un testamento contractual, como se demuestra en las leyes 31 a 39 que regulan el testamento por comisario. En la Ley 31 se dice que «Muchas veces acaece, que algunos porque no pueden, o porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder a otros que los hagan por ellos». ¿Cómo puede pensarse esto de un testamento romano? El comisario podía hacer por mandato: «El testamento o las mandas» del mandante, según la Ley 23 de Toro.

El dicho tan reiterado, que ha pasado a ser casi regla, de que el Derecho romano y el Derecho de Castilla prohibieron los pactos sucesorios no puede ser más falso, como intento demostrar en este libro; incluso cuando la Ley 69 de Toro dice que «ninguno pueda hacer donación de todos sus bienes, aunque se faga solamente de los presentes», se matiza en la Novísima Recopilación (lib. 10.<sup>o</sup>, tit. 7.<sup>o</sup>, y ley 2.<sup>a</sup>) que la donación de todos los bienes, tanto presentes como futuros, no es válida si el donador no se reserva algo para testar, interpretando así la nulidad de las donaciones universales: «Cuando hay la reserva para testar u otramete disponer es válida la donación, porque entonces ya no es donación universal ni puede entenderse de todos los bienes aunque se hable de los presentes y futuros, porque se cumple el objeto de la ley».

En conclusión, en Castilla no solo se podía nombrar heredero al primogénito por pactos sucesorios, así como disponer del tercio de mejora y del quinto de libre disposición por contrato o última voluntad, sino que se podía disponer por donación universal de todos los bienes, reservándose el donante algo con lo que disponer por testamento o última voluntad o por contrato entre vivos. Las dos formas de delación voluntaria, la testamentaria y la contractual, están recogidas en estas leyes castellanas en pie de igualdad, respondiendo esta última a la tradición visigoda y de la época de la Reconquista.

Veamos qué paso en Cataluña.

## X. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN CATALUÑA

Como en los demás Reinos de España, la cultura jurídica visigoda se mantuvo en Cataluña hasta el siglo XIII, cuando con la recepción del Derecho romano, aparece el testamento romano y la institución de heredero al lado de la sucesión contractual, única conocida hasta entonces, como hemos visto.

También en Cataluña en los siglos IX, X y XI, las disposiciones piadosas constituían la parte esencial del testamento o la totalidad de las cláusulas del testamento medieval. Como dice Bastier<sup>120</sup>, en estos testamentos se pone de manifiesto la preocupación por disponer de determinados bienes con fines píos y el pensamiento religioso de sus disponentes; la esperanza de alcanzar el cielo aparece expresada en ellos con verdadera pasión, lo mismo que en las cláusulas de maldición contra el que se atreviera a ir contra el testamento, ya fuera el donante, sus herederos o extraños. Señala también Bastier<sup>121</sup> que en estos testamentos catalanes no aparece la idea de partición de bienes, ni una concepción del patrimonio sucesorial que, como hemos visto, se producía en los capítulos matrimoniales de los hijos o cartas de emancipación. Las disposiciones de estos testamentos se reducen a una larga numeración de objetos que se donan.

Como en los demás testamentos medievales que hemos visto, pone de manifiesto Bastier, que en ellos intervienen no sólo el testador, sino también sus hijos, mujer y parientes, por lo que son frecuentes manifestaciones tales como: *testamento facio cum concilio et voluntate uxori mee; facio cum concilio et voluntate fratris meis... quos eis pro consiliaris assigno*. Estos testamentos son un tipo rebelde a la clasificación, dice Bastier; es una especie o tipo intermedio entre testamento y donación; los testamentos orales del siglo X contienen donaciones directas, que los ejecutores testamentarios efectuaban *pro anima*. Como no ha visto Bastier que el testamento medieval es un pacto sucesorio

---

<sup>120</sup> BASTIER, Jean, *Le testament en Catalogne du XI è au XII è siècle: una survivance wisigothique*. *Revue historique de Droit français et étranger*, LXI- 3.<sup>o</sup> (julio-septiembre, 1973) págs. 373-417.

<sup>121</sup> BASTIER, J., *ob. cit.*, págs. 392 y s.

y los ejecutores testamentarios simples mandatarios de los que temían morir intestados, es decir, de los que temían morir sin haber dispuesto de parte de sus bienes para el perdón de sus pecados y la salvación de sus almas, se limita a decir que en ellos se ve la idea de respeto a la voluntad del disponente, dotada esta voluntad de una dimensión temporal que sobrepasa al individuo, refiriéndose a que el ejecutor-mandatario, a la muerte del mandante, otorga el testamento en primera persona, como si lo estuviera haciendo el mandante ya fallecido; no lo dice así Bastier, pero señala que el testamento hecho por un ejecutor testamentario produce una transferencia de la voluntad del testador al ejecutor, convertida en algo sagrado por la muerte; la transferencia de voluntad es el fundamento de la ejecución testamentaria<sup>122</sup>. En la Baja Edad Media, dice Jordi Casany<sup>123</sup>, los testamentos eran sinónimos a donaciones hechas para después de la muerte. No me extiendo más sobre el testamento medieval que ya he tratado ampliamente en el epígrafe 7.º de este capítulo; lo que sí he querido señalar es la igualdad del testamento medieval en todos los Reinos de la Península.

La recepción del Derecho romano trajo, entre otras cosas, la libertad de disponer de los bienes, concedida como privilegio, a los príncipes, nobles, militares y burgueses, y la facultad de nombrar heredero a uno de los hijos, excluyendo a los demás con su legítima. Al concederse este privilegio a los nobles, militares y burgueses catalanes, se hace referencia a la ley *Donationes* (C.5.16.26) en la que, como hemos visto en el capítulo primero, se decía que las donaciones que hiciera el divino emperador a su augusta esposa o viceversa, eran válidas y tenían plenísima firmeza porque los contratos imperiales tenían la fuerza de la ley y no necesitaban de ningún apoyo extrínseco.

El privilegio se encuentra recogido en el *Usage* 69, que pertenece a la segunda época: desde el comienzo del reinado de Ramón Berenguer I (a. 1035) al reinado de Jaime I (a. 1213); dice así: *Item statuerum* (se refiere a Ramón y Almodis) *siquidem predicti principes ut uxorque nobilium videlizet et magnatum, tam militum quam burguesium, omni tempore in principium potestatem deveniant, videlicet omnia illorum*

<sup>122</sup>BASTIER, J. *ob. cit.*, págs. 412 y s.

<sup>123</sup>JARDÍ CASANY, Enric, *Testaments hológrafs, codicils, memories testamentàries* (Barcelona, 1977), págs. 107.

*alodia, quia quod principi placuit, legis habet vigorem;* y como los contratos entre estas personas, por privilegio, tienen la fuerza de la ley, se les concede la facultad de disponer de sus bienes como quieran. *De mobilibus illorum vero, faciant ipsi exorchi quodcumque voluerint, tam perentibus [quam] ecclesiis, sive pro illorum animabus ea atribuant.*

En el *Usage 70* se concede a los militares el privilegio de disponer de sus bienes como quieran o puedan, como ya se estableció en la L. *Licet inter privatos* (C.2.3.19 *De pactis*). Dice así este *usage*: *Communie et conveniencie, quas invicem milites et pedites fecerint in cavalcata et in venaciones ire volentes, firmiter teneantur ab eis; qui eas audierint et auctorizaverint, et qui ea audierint et tamerit, et non contradixerunt, ut ita habeant probatam et dampnum quem ad modum inter illos fuerit conventum,* es decir, se admiten los pactos sucesorios entre ellos.

A la libertad de disponer de los bienes acompañó el privilegio de nombrar heredero a uno de los hijos, a petición de los nobles, con la finalidad de mantener indiviso el patrimonio. El heredamiento se recoge en el *Usage 79*, con carácter eminentemente feudal, por el que los príncipes, magnates y militares podían dar a quienes quisieran su honor que, justamente esperan adquirir a la muerte de su poseedor y les prohíben mudar de voluntad: *Possunt etiam principes, magnates et milites dare cuii voluerint illorum honorem, illum scilicet, quem expectant, sibi juste venire, in apcercione post mortem alicujus possessoris. Sed postea non possunt mutare suam voluntatem... proterea sepe dicti principes ad talem donum dederint omni tempore averamentum.*

También se dice en este *Usage* que si alguien dona su castillo, honores o posesión a su hijo o hija, nieto o nieta, para después de su muerte, lo debe de hacer con la debida firmeza para que no pueda mudar de voluntad, siempre que la donación hubiera sido hecha justamente y no lo impidiera otra razón; porque las leyes y el Derecho conceden al padre que pueda favorecer al hijo o nieto dándole o mejorándole con su honor, lo cual en adelante no podía ser destruído por ninguna astucia fraudulenta y de esta suerte el padre y el abuelo podían mejorar a su hijo o hija, nieto o nieta: *addicentes ut si quis suum castrum, vel honorem, vel aliquam possessionem voluerit dare filio suo, vel filie, vel nepoti, vel nepte... et post eius obitum cui donaverat*

*remaneat talem convenit addibere firmitatem, quod eciam post modum voluntatem, suam nulla tenus mutare possit... deinde voluntatem suam mutare non poterit... Nam leges et iura concedunt patrem benefacere filio suo vel nepoti, donando ei vel meliorando eum de suo honore....* refiriéndose no sólo a la facultad de nombrar heredero o de mejorarlo, pues este *Usage* trata de las donaciones universales de los bienes, con carácter eminentemente feudal <sup>124</sup>.

Por influjo del Derecho romano, parafraseando incluso algunas de sus leyes, como hemos visto, en Cataluña se recibió la figura del heredero, pero como no conocían el testamento y su sucesión se hacía en forma contractual, lo normal y lo que hicieron es que acogieron la institución del heredero en la donación universal de todos los bienes presentes y futuros y su práctica en los capítulos matrimoniales; sin embargo, los autores catalanes, ven su origen en el feudalismo. Lalinde Abadía <sup>125</sup> dice que las donaciones universales y las mejoras irrevocables tenían su origen en el feudalismo, igual que Sobregués y Vidad <sup>126</sup>, para quien el heredamiento no tiene precedentes, ni en el Derecho romano, ni en el germánico. El feudalismo, dice Roca Sastre <sup>127</sup>, aportó instituciones nuevas, como es la facultad de elegir heredero en las cartas de infeudación en las que se establecía el orden de suceder: *ex pacto et providencia*. En Cataluña, el *Usage: Si a vicecomitibus*, cap. 2.º de las Constituciones de Pere Albert, consagra este derecho de elección, llamado *gratificatio*, por el que el señor tenía la prerrogativa de elegir al hijo del vasallo más apto para continuar con la infeudación <sup>128</sup>. Según Brocá <sup>129</sup>, por no existir la herencia en los feudos antes

<sup>124</sup> BROCÁ, Guillermo M.º de, *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, 1918), págs. 153 y s.

<sup>125</sup> LALINDE ABADÍA, J., *Los pactos matrimoniales catalanes*. RHDE, T. XXXIII (año 1963), pág. 200.

<sup>126</sup> SOBREGUÉS y VIDAL, Santiago, *Historia de la produció del dret català fins al decret de Nova Planta*. Llibre del II Congrés Juridic Català (Barcelona, 1972).

<sup>127</sup> ROCA SASTRE, R., *L'heretament fiduciari al Pallars Sobira. Conferències sobre varietats comarcals del Dret civil català*. Academia de jurisprudència i legislació de Catalunya (Barcelona, 1934), pág. 111.

<sup>128</sup> JARDI CASANY, E., *ob. cit.*, pág. 19.

<sup>129</sup> BROCÁ, Guill. M.º de, *ob. cit.*, pág. 113.

de tener carácter hereditario y por necesidad de conservarse indiviso el feudo para la prestación del *servitium* o auxilio personal con armas, se pactó con intervención del señor, el traspaso del feudo, para después de la muerte del feudatario, al primogénito de éste, dándose, de esta suerte, pábulo y forma al heredamiento o *hereditamentum*.

Del feudo se podía disponer entre vivos o por última voluntad, es decir, por pactos sucesorios, como dispuso Pedro I en Barcelona el día 7 de marzo del año 1210 (lib. 4.º, tit. 31, cap. único): el vasallo puede disponer lícitamente de su sueldo «entre vivos o en última voluntad, en favor de persona hábil»; «si el vasallo entre vivos o en última voluntad hubiese enajenado el feudo o lo hubiese legado a alguna iglesia o casa religiosa o capilla o colegio, o bien hubiera destinado el feudo para su alma o bien de otra manera hubiere el vasallo dispuesto del feudo en persona no hábil...»; la sucesión en el feudo era contractual, con efecto en vida o *post mortem*, pero en ambos por pactos sucesorios. Lo mismo se repite en las Cortes celebradas en Cervera el año 1359, por Pedro III: «que sea lícito al vasallo disponer de su feudo en favor de persona hábil *entre vius, o en sa derrera voluntat*. En la Recopilación del siglo XIII por Pedro Albert (Const. lib. 4.º, tit. 30, const. 24) se dice que, por costumbre, la sucesión en el feudo se hacía por el padre al hijo por heredamiento y los obligaba a prestar juramento a su señor; si el feudo se transmitía por pactos sucesorios entre vivos, del padre al hijo, éste debía prestar el juramento al señor; si el padre se reservaba el usufructo hasta su muerte (última voluntad), entonces padre e hijo debían prestar el juramento; en ambos supuestos se trataba de una sucesión contractual.

Aparte de la sucesión del feudo, por influencia del Derecho romano, los nobles piden al rey que les conceda la facultad de nombrar un heredero de todos sus bienes, porque la facultad de mejorarlo ya la tenían desde el Derecho visigodo. Cuando se les concede esta facultad, su tratamiento se hace, de nuevo, en sede de donaciones, en donde tradicionalmente venía regulada la sucesión contractual; así en las Constituciones de Cataluña (lib. 8, tit. 9, cap. 1.º *De donations*), se dice en el *Usage: Auctoritate et rogatu*: «Por autoridad y a ruego de todos sus nobles y magnates, los antedichos Príncipes Ramón y Almodis, establecieron que toda donación sea firme y durable, añadiendo que si alguno quisiera dar castillo, tierra o alguna posesión a su hijo o a su

hija, o a su nieto o a su nieta, con la condición de retener durante toda su vida cuanto le había dado y que, después de su muerte, quede del donatario, es menester añadir tal firmeza para que luego no pueda mudar en otra guisa su voluntad... que en lo sucesivo no pueda ser subvertida por ninguna astucia fraudulenta ni alterada por maña alguna. Y en esta forma, y según este orden, puedan el padre o el abuelo mejorar a su hijo o a su hija, y también a su nieto o nieta»; «si alguno hace donación de todos sus bienes a su hijo o a su hija, o a cualquier otra persona y después el donador tuviera hijos de la esposa que ya tenía o de la que luego tomara, el hijo o hija que luego tuvieren y también el ya nacido cuando el padre hizo al otro la donación, después de la muerte del padre, puede revocar dicha donación hasta lo que falte para el complemento de su legítima...».

La influencia del Derecho romano es evidente, como lógico su tratamiento en las donaciones; aquí es donde el Derecho visigodo reguló la sucesión de la familia, con la diferencia de que en el Derecho germánico los hijos tenían igual porción en la herencia, salvo el tercio de mejora en favor del hijo o descendiente elegido por los padres o abuelos; al jefe de la familia sólo le estaba permitido disponer libremente del quinto visigótico que empleó, como hemos visto, en obtener el perdón de sus pecados y la salvación de su alma. Con la influencia del Derecho romano no cambia el espíritu de la sucesión familiar, pues la familia, la conservación de su honor, de su nombre y de su patrimonio informan los heredamientos; han cambiado las circunstancias, se han recibido nuevas formas de suceder, un espíritu de libertad de disposición que antes las leyes prohibían y la sociedad visigoda no admitía, pero la familia sigue siendo el fundamento de los heredamientos por pactos sucesorios. El nombramiento del heredero o de la *pubilla* se hacía en los capítulos matrimoniales, irrevocablemente, y con frecuencia con reserva del usufructo de todos los bienes donados: «yo mientras viva, amo; yo mientras viva, señora mayor, poderosa y usufructuaria»; los demás hijos recibían su legítima, también por pacto sucesorio, en el momento de contraer matrimonio o emanciparse, siendo también costumbre en Cataluña que las hijas, en el momento en que eran dotadas, y los hijos, en el momento de recibir su porción, hicieran un pacto sucesorio renunciando a la herencia futura intestada del padre, según se recoge en el *Usage: Si a vicecomitibus* (lib. 6.<sup>o</sup>, tit. 4.<sup>o</sup>).

Los pactos sucesorios renunciativos están reconocidos como válidos por Fontanella, Cáncer y por Tristany<sup>130</sup>: *mutua renuntiatio futurae sucessionis defuncti valet*, siempre que la hija estuviera contenta con la dote, es decir, que correspondiera la dote con su legítima y que no hubiera habido en su concesión lesión enorme o enormísima, como veremos detenidamente en el capítulo III; estos pactos sucesorios renunciativos eran también irrevocables y se hacían con juramento, según exigía el Derecho canónico para su validez.

Como en toda Europa, también en Cataluña se debieron de producir muchos abusos, no sólo en los heredamientos, sino también en las dotes y donaciones *propter nuptias*. Estos abusos los trató de evitar Pedro III en las Cortes de Perpiñán, del año 1351 (lib. 5.<sup>o</sup>, tit. 2.<sup>o</sup>, 1. De la promesa de dote y de las donaciones *propter nuptias*). Dice así el rey: «Para evitar los fraudes que con frecuencia se cometen en las cosas abajo escritas, Ordenamos y determinamos que si se hiciera algún instrumento por los hijos a favor de su padre o por cualquier otra persona a favor de cualquier otro en disminución, derogación o perjuicio del heredamiento o donación hecha o por hacer por aquellos padres y cualesquiera otros a sus hijos o cualesquiera otros en tiempo de bodas, el tal instrumento sea nulo, de ningún valor e irrito *ipso iure*, sin que se le dé fe en juicio ni fuera de él en modo alguno, prohibiendo a todos los escribanos de nuestros dominios que reciban tales instrumentos». Uno de los frecuentes fraudes consistía en que los padres u otras personas, puestos de acuerdo con sus hijos, para conseguir mayores dotes o poder casarse con la mujer que deseaban, simulaban o hacían heredamientos o donaciones en concepto de dotes o donaciones con ocasión del matrimonio de gran cuantía, con el acuerdo entre ellos de que una vez contraído el matrimonio, los bienes donados en tales conceptos revertían al padre o al que hubiera hecho la donación; todo esto a través de pactos entre ellos que hacían ilusorias las donaciones en concepto de heredamiento, dote o donaciones *propter nuptias*.

<sup>130</sup> FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, claus. 9, glos. única, part. 1.<sup>a</sup>, ns. 69 y s. *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae* (Lugduni, 1668), decis. 569. CÁNCER, J., *Variarum resolutionum iuris universalis caesari, pontificii et municipalis Principatus Cathalonniae* (Lugduni, 1658), part. 3.<sup>a</sup>, cap. 15, ns. 16 y s. TRISTANY, *Sacri supremi regii Senatus Cathaloniae decisiones* (Barcelona, 1688), decis. 123.



No se acabaron las corrupciones porque Fernando II, en las terceras Cortes de Barcelona del año 1503, vuelve a referirse a ellas, estableciendo y ordenando que cualquier donación que se hiciera, universal o de la mayor parte del patrimonio, o que excedieran de 500 florines, debían ser inscritas en la Curia de los jueces ordinarios en la capital de Veguerio donde dichas donaciones se otorgaban, haciéndose constar el día en que dichas donaciones se registren en el libro «De donaciones y heredamientos».

Los hijos eran la garantía de la continuidad de la familia y de la conservación del patrimonio; por ello se exigía, que si algún hijo quería entra en religión, debía hacerlo con el consentimiento de sus padres; si lo hacían sin su consentimiento, Jaime I estableció, el día 27 de abril de 1269, en el privilegio concedido a la ciudad de Barcelona (lib. 1.<sup>o</sup>, tit. 6.<sup>o</sup>, ley 1.<sup>a</sup>, cap. 2.<sup>o</sup> De los que entran en religión sin voluntad de sus padres) que «si algún hombre o mujer, viviendo su padre entrase en religión sin voluntad de sus padres, desde entonces se considera como muerto, de modo que la religión en que entrare no pueda pedir ni tener cosa alguna por razón de legítima o herencia del mismo: y si alguno tal vez o alguna, muerto su padre y madre, hiciera alguna de las cosas susodichas, los bienes del mismo pasen libremente a aquéllos a cuyo favor fueron vinculados o a los proximiores del mismo».

Era costumbre que los que entraban en religión o profesaban hicieran un pacto sucesorio renunciativo de los bienes que pudieran corresponderle en la herencia futura de los padres, ya que los que entraban en religión se consideraban como muertos para la vida civil. Todos los días, dice Fontanella<sup>131</sup>, se ven testamentos en los que se excluyen expresamente de la sucesión a los hijos que se habían ordenado *in sacris*, sin que los escribanos se metan a averiguar lo que el testador hace en su testamento o los contratantes en sus pactos, limitándose a autorizar el testamento; esta forma de proceder es natural y comprensible, según Fontanella, porque es casi innato el deseo que tienen los padres, especialmente en Cataluña, de que se conserven, no sólo la casa, sino también el nombre, así como que los hijos mayores cuiden de los menores, los eduquen y procuren su bienestar, sustituyendo a

<sup>131</sup> FONTANELLA, J. P., *Decisiones... ob. cit.*, decis. 348, n. 12.

los padres en estas funciones. De ahí la repugnancia que manifiestan los padres a que los hijos entren en religión, pues nada de lo dicho anteriormente se conseguiría si entraran en religión los hijos varones, especialmente.

También era costumbre, observada con frecuencia, que se instituyera heredera al alma del testador, según costumbres reconocidas en Tortosa (Const. 11.<sup>a</sup>, rub. 4.<sup>a</sup>, libro 6.<sup>o</sup>); el sentimiento religioso y la angustia por el más allá seguía inquietando y dominando al hombre medieval.

Sobre la naturaleza jurídica de los heredamientos los juristas catalanes tratan de armonizar su Derecho a los principios romanos, según el Derecho común. Según Fontanella<sup>132</sup>, en Cataluña era frecuente establecer el orden de suceder en la familia a través de donaciones entre vivos que se llaman heredamientos: *Hereditamenta a tempore inmemoriali sunt solitas; soleban antiquis omnia fere instrumenta nuptialia, cum hereditamentis filius nascituris per sponsos factis apparrere*. Los heredamientos son de dos clases: la primera es cuando los padres de los que contraen matrimonio hacen donación al hijo o a la hija que se casa; la segunda es cuando los que van a contraer matrimonio, a su vez, hacen donaciones y nombran herederos a los hijos que esperan tener. Estos heredamientos son así una especie intermedia entre las donaciones *inter vivos* y las últimas voluntades, porque tienen de las primeras su irrevocabilidad y de las segundas la sobrevivencia de los hijos.

Dentro de la segunda clase de heredamientos, había que distinguir si los contrayentes, en sus capítulos matrimoniales, hacían o no referencia a los posibles hijos que uno de ellos, en estado de viudez, pudieran tener en un futuro; si se ha previsto esta posibilidad el heredamiento se llamaba prelativo y tenía por objeto sólo los bienes presentes de los cónyuges en el momento de otorgar sus capítulos matrimoniales. Aunque era una práctica las donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros, ésta chocaba con el Derecho común, para el que si el donante no se reservaba algo con lo que poder hacer

<sup>132</sup> FONTANELLA, J. P., *Tractatus de...* claus. 4.<sup>a</sup>, glos. 6.<sup>a</sup>, ns. 2 y 3; claus. 4.<sup>a</sup>, glos. 9.<sup>a</sup> part. 4.<sup>a</sup>, ns. 1 y 9, 46 y 122; claus. 4.<sup>a</sup>, glos. 3.<sup>a</sup>, ns. 1, 2, 3 y 7. *Decisiones sacri...* decis. 54, ns. 3, 7 y 8 y decis. 545 y 585.

testamento, ello equivalía a hacer dejación o a privarse de su misma dignidad personal; para armonizar su costumbre al Derecho común, en Cataluña como en Castilla y los demás Reinos de la Península, se estableció que las donaciones de todos los bienes presentes y futuros eran válidas si los donantes se reservaban alguna cantidad con la que poder hacer testamento o cualquier última voluntad; si no se habían reservado nada, se entendía que la donación comprendía solamente los bienes presentes.

Se había recibido del Derecho romano la libertad de disponer y la institución del heredamiento, pero éste en el Derecho romano se instituía, así se creía, solamente en un testamento; desde esta perspectiva del Derecho romano suele algún jurista catalán señalar que el heredamiento, en capítulos matrimoniales o en pactos sucesorios, es un barbarismo y la expresión misma de heredamiento, impropia; aunque sea un barbarismo, señala Fontanella, es ésta una costumbre sancionada por la Audiencia o Senado de Cataluña. El heredamiento, hemos dicho, es una especie intermedia entre donación entre vivos y última voluntad y aunque se hace en un contrato irrevocable *sicut est ipsum matrimonium*, la verdad es que el donador está pensando en *diem supremi iudicii*, así que si el heredamiento tiene la fuerza de un contrato, sus efectos se asemejan o equiparan a una institución hereditaria por testamento. De especie híbrida y hermafrodita lo cataloga Fontanella.

Se debió de producir en toda Europa un período bastante largo de incertidumbre jurídica como consecuencia del encuentro de las dos formas voluntarias de suceder: la testamentaria y la contractual, porque los juristas nos ofrecen casos en los que, ante la incertidumbre jurídica, las personas tratan de cumplir según los dos Derechos. Por ejemplo, el caso que cita Fontanella<sup>133</sup>: se trata de la Sentencia del 1 de mayo del año 1601, de la que se extrae que a Paula Llances, en sus capítulos matrimoniales, se le hizo una donación universal de todos los bienes del donante, reservándose éste para que fuera válida, la cantidad de trescientos *lliuros* para testar, estableciéndose que si la donataria moría sin hijos, los bienes donados retornarían al donante o a quien éste hubiera ordenado; pues bien, más tarde el donador hizo exactamente igual, pero ahora en un testamento.

<sup>133</sup> FONTANELLA, J. P., *Tractatus de ... ob. cit.*, claus. 4.<sup>a</sup>, glos. 5.<sup>a</sup>.

Para Cáncer <sup>134</sup>, la donación hecha en capítulos matrimoniales por los padres a los hijos con ocasión de su matrimonio, es un contrato entre vivos y se le debe aplicar la regla de los contratos; las donaciones que hacen los mismos contrayentes, instituyendo herederos a los hijos que tendrán, es una última voluntad y debe seguirse las reglas de las últimas voluntades. Sobre los heredamientos prelativos cita Cáncer el caso siguiente: en unos capítulos matrimoniales se estableció un heredamiento prelativo; los cónyuges tuvieron un hijo y luego la madre viuda contrae un segundo matrimonio teniendo descendencia de él; pues bien, la madre, en contra de los capítulos matrimoniales con su primer marido, otorga un testamento y nombra herederos a los hijos habidos en su segundo matrimonio. El hijo del primer matrimonio acude a la Justicia y en sendas sentencias se le adjudican todos los bienes presentes que la madre tenía en el momento en que hizo sus primeros capítulos matrimoniales.

Para Cáncer, el heredamiento es una especie de última voluntad: *Hereditamenta qui finunt in pactis nuptialibus sunt velut quedam ultima parentum voluntas*, por lo cual el heredero instituido como donatario universal está en la misma situación que el heredero instituido en un testamento y, como tal, podrá ejercer las mismas acciones que le competan al heredero testamentario; y como éste, se llama también heredero <sup>135</sup>. En el heredamiento, lo que se produce, dice Gregorio P. <sup>136</sup>, es un heredero anticipado, es un testamento anticipado.

En Cataluña, la herencia se transmite por donación, dicen Peguera, Guillermo Benedicto y Molí <sup>137</sup>, mientras que March <sup>138</sup> se pregunta si la validez del heredamiento le viene de ser un contrato o de ser una última voluntad; reconoce que estos heredamientos universales eran válidos según la costumbre local y el haberlo reconocido así el Parla-

<sup>134</sup> CÁNCER, J. *Variarum resolutionum... ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, cap. 8.<sup>o</sup> *De donationibus*, ns. 65 y s., 212, 222; part. 3.<sup>a</sup>, cap. 7.<sup>o</sup> *De pactis*, ns. 87 y s. y cap. 21, n. 93.

<sup>135</sup> TRISTANY, *ob. cit.*, decis. 60, S. Antigua Audiencia de 31 de junio de 1673.

<sup>136</sup> Gregorio P. *Syntagma iuris civilis*, lib. 4.<sup>o</sup>, cap. 7.<sup>o</sup>, n. 17.

<sup>137</sup> PEGUERA, Lluís A. de, *Decisiones aureae in actu practico frequentes* (Barcelona, 1605), T. 1.<sup>o</sup>, cap. 170, fol. 306. Guillermo Benedicto, *Repetitio in capitulo Raynuntius de testamentis* (Lugduni, 1575), sec. 2.<sup>a</sup>, n. 200. MALÍ, Fco., *De ritu nuptiarum et pactis in matrimonio conventis* (Barcelona, 1618), lib. 3.<sup>o</sup>, quaest. 2.<sup>o</sup>, n. 71.

<sup>138</sup> MARCH, *Decisionum eurarum in Sacro. Delphinatus Senatus* (Lugduni, 1560 y 1568), part. 2.<sup>a</sup>, quaest. 128 y 132.

mento del Delfinado y la Curia de Tolosa, aunque su validez procede de ser un contrato, siempre que el donador se reserve algo con lo que testar.

Aunque desde el Derecho romano, la expresión heredamiento pueda resultar impropia, dice Socarrats<sup>139</sup>, porque la herencia se transmite por testamento, en Cataluña se usa la palabra *hereditamentum* con el significado de donación y, además, respecto a los vocablos se debe estar al uso y a la costumbre, además de que aunque el heredamiento sea un contrato, se está previendo en él el día de la muerte de los donantes.

La sucesión contractual, como hemos visto, es la única sucesión conocida y practicada en la Edad Media, aunque es con la recepción del Derecho romano cuando se la elevó a otra forma de sucesión, junto a la testamentaria, cuando el Derecho romano educó a Europa entera con su ciencia inigualable: su Derecho. Así, se reconoció y estudió científicamente que había tres maneras de suceder en la herencia: la testamentaria, la contractual y la legal, y dentro de la contractual, lo mismo que en la testamentaria, la sucesión podía ser a título universal o particular<sup>140</sup>. No se trata ya de calificar la sucesión contractual de figura intermedia entre donación y última voluntad, sino que el heredamiento, como el mayorazgo en Castilla, es una forma de suceder y ya en los tratados aparece de manera autónoma el heredero contractual<sup>141</sup>.

Para terminar el heredamiento, voy a extraer las expresiones empleadas en uno, celebrado el día 4 de febrero de 1662, entre los donantes Francisco Domingo y María Domingo, en favor de una sobrina suya llamada Teresa Ramells. Dice así el prototipo de heredamiento: «De su grado y cierta ciencia hereda y por título de heredamiento y donación universal pura, perfecta, simple e irrevocable que se dice entre vivos... La cual donación y heredamiento universal hace y se ha de entender según que mejor se diga... Primeramente los dichos do-

<sup>139</sup> SOCARRATS, Juan de, *Comentariis super Consuetud Feud. Principatus Cathaloniae*, (Lugduni, 1551), fols. 251 y 252.

<sup>140</sup> BERENGUER de Fernando. *Opera... libri sextum de futura conventionali successione, pacta complexum adjuxit* (Tolosa, 1552), preludios, ns. 2, 3 y 4.

<sup>141</sup> MOLINA, L. de, *De primogenitis... ob. cit.*, lib. 1.º, cap. 12. FABRO, *Código fabriano*, lib. 5.º, tit. 9.º, defs. 6, 7 y 8, n. 4.

nantes se reservan y retienen durante sus vidas naturales todo el pleno e íntegro usufructo... Los dichos donantes se reservan sobre las dichas casas además del dicho usufructo, para testar y a sus libres voluntades, 50 libras para cada uno... Asimismo los dichos donadores hacen el dicho heredamiento y donación universal a la Teresa, sobrina suya»; y si la sobrina moría sin hijos legítimos o de legítimo matrimonio, «los dichos bienes han de volver y revuelvan a los dichos donadores si viven, y si no viven, a quienes ellos dispongan en testamento»; en el supuesto de que los donadores hubieran muerto sin hacer testamento, en este caso «que los bienes se empleen en sufragio de sus almas», prometiendo dichos donadores no revocar ni infringir la dicha donación o heredamiento universal por razón de ingratitud, necesidad, pobreza u ofensa, ni otras causas parecidas <sup>142</sup>.

Bajo el epígrafe *De testaments* (lib. 6.<sup>o</sup>, tit. 1.<sup>o</sup>) aparece el privilegio concedido a la ciudad de Barcelona por Pedro III el día 14 de noviembre de 1339, en favor de los testamentos y últimas voluntades, aunque carecieran de algunas solemnidades. Otra vez la incertidumbre jurídica que este encuentro entre estas dos formas de suceder debió de producir; la inseguridad jurídica se debía, en este caso, a la ignorancia de los notarios que podía producir muchos daños en las personas de los testadores o de los que disponían su última voluntad. Reflexionando sobre esta realidad (los siglos que siguen a la recepción del Derecho romano fueron de aprendizaje jurídico y científico) y a petición de los cancilleres y prohombres de la ciudad de Barcelona, estableció Pedro III lo siguiente: «Concedemos, establecemos y ordenamos, que mientras que el testador u otro cualquiera que dispusiese cualquier última voluntad tuviese facultad de hacer testamento e instituyere herederos capaces, tal testamento u otra cualquiera última voluntad de cualquiera que fuese, no sea ni se pueda decir nulo o nula, o pueda anularse, aun cuando las personas que según el Derecho común, deben instituirse o desheredarse sean preteridas o desheredadas, o no se haga mención alguna del póstumo o póstuma, y también aunque en todo testamento u otra última voluntad o alguna parte de ellas se hubiese omitido alguna solemnidad de derecho de las que en ellas se requieren, mientras

---

<sup>142</sup>DE LA FUENTE y PERTEGAZ, *Los heredamientos capitulares en Cataluña* (Madrid, 1921), pág. 121.

que en el mismo testamento o última voluntad hubiere dos testigos, o más, aunque no fuesen rogados, y el mismo testamento u otra cualquiera última disposición fuese puesto o puesta en pública forma... Sin embargo siempre que el testador u otro que dispone otra última voluntad pudiese hacer testamento, valgan los legados y fideicomisos y las demás cosas dispuestas en testamento o cualquier última voluntad por un testador apto de disponer, mientras que los legados, fideicomisos u otra cualquiera disposición sean hechos a sujetos capaces de ello»: *Tale testamentum, seu quaevis cuiusquumque ultima voluntas; in toto testamento, seu alia ultima voluntas; in ipsum testamentum seu alia quaelibet ultima dispositio; ex quod testator vel alius disponens aliam ultimam voluntatem.*

La incertidumbre jurídica que produjo este encuentro fue muy grande, como demuestra este privilegio y la forma repetitiva de decir que se podía disponer por testamento y por última voluntad y ambas formas de suceder bajo el epígrafe común de los testamentos; también Castilla, en las Partidas, reguló el testamento perfecto y el testamento imperfecto entre padres e hijos solamente y las Leyes de Toro establecieron que tanto la primogenitura, como la mejora, podían disponerse por testamento, última voluntad y contrato; sin contar con la donación universal de todos los bienes presentes y futuros, con reserva de algo para testar o disponer en una última voluntad.

No poca debió ser la confusión o más bien conflicto de competencia, cuando el testamento romano se encontró con los testamentos *pro anima* en favor de la Iglesia y monasterios; ambos eran testamentos, pero uno era el testamento romano y el otro el testamento medieval; el conflicto de competencia entre la Iglesia y el rey motivó una serie de Concordias entre ellos: así la Concordia entre el rey Jaime II y Poncio, obispo de Barcelona, el día 27 de septiembre de 1315, (*De leixas pias*. Pragmáticas, lib. 6.º, tit. 2.º, ley I). La razón de esta Concordia era el poner término a los pleitos y estorbos que se sucedían en entender y ejecutar los testamentos y legados dejados por las gentes piadosas a causas pías; en esta Concordia se hace constar que los conflictos de competencia entre la Iglesia y el rey o poder civil, redundaban en gravísimos daños para las almas de los disponentes, además de producir graves y grandes daños entre los vivos.

En esta Concordia, entre la Curia seglar y la Curia eclesiástica,

se llegó al acuerdo siguiente: a la Curia eclesiástica se le reconoció la competencia exclusiva sobre estas materias y cuestiones (testamentos *pro anima*), en base a la competencia reconocida en las Decretales de Gregorio IX (1234): *De testamentis et ultimis voluntatibus* (lib. 3.º, tit. 26, caps. 6, 11, 13, 17, 19); en el cap. 13, se recoge una Decretal de Inocencio III, del año 1202 en la que se decía: *Quim extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur descedere intestatus*. A la Curia seglar se le reconoció, a cambio del reconocimiento de la competencia exclusiva de la Iglesia en esta materia, que obtendría una comisión de cada uno de los testamentos y últimas voluntades.

La Concordia trajo consigo, además, la creación de un Tribunal de testamentos y causas pías en la diócesis de Barcelona. Los pleitos en estos siglos de confusión jurídica debieron de seguirse produciendo, porque otra Concordia se hizo entre el rey Alfonso V y el estamento eclesiástico, en el castillo de Torre de Octavio, del Reino de Nápoles, el día 6 de enero de 1451 (lib. 1.º, tit. 2.º, lap. 2.ª); en esta Concordia se trató de precisar el objeto de la competencia exclusiva de la iglesia, como se ve en estas palabras: «Todas las donaciones, herencias, sucesiones, legados, obligaciones, disposiciones, y cualesquiera otras enajenaciones hechas por cualesquiera causas, modos y razones, y por cualesquiera personas, de cualquier estado, grado y condición que sean... en favor de cualquier mano muerta, persona o lugares santos y religiosos, hechos, ordenados, constituidos de palabra o por escrito o por cualquier otro modo de tiempo o pretérito hasta el presente». No estaba mal la competencia de la Iglesia y con ella la influencia y poder que tenía; sería muy interesante y nos daría gran información, el estudio a fondo de estas Concordias, para saber mejor lo que era el testamento medieval y la incertidumbre jurídica que produjo la recepción del testamento romano.

También aparecen recogidos los testamentos y las últimas voluntades en las Cortes de Montblanch, del año 1333 (lib. 6.º, tit. 1.º, cap. 31), en las que se dice que sólo los notarios públicos otorgarán los testamentos, los codicilos, las donaciones *mortis causa* y cualquier última voluntad; si no hubiera notario público, por privilegio usado y guardado en Cataluña, los párrocos podían, en su territorio o feligresía, autorizar los testamentos o últimas voluntades. (Decretales de Gregorio



IX, lib. 3.<sup>o</sup>, tit. 26, cap. 10, *De testamentis et ultimis voluntates*); lo mismo los capellanes, tanto del ejército o de la armada, que podían disponer, siempre y en cualquier tiempo, por última voluntad, de los bienes que hubieran adquirido en su calidad de capellán, con la obligación (quedaba a su conciencia) de destinar determinados bienes a causas pías<sup>143</sup>.

No sólo en los testamentos y últimas voluntades ordinarias, sino también en su forma privilegiada, del testamento sacramental, se contraponen testamento y última voluntad. (Const. lib. 1.<sup>o</sup>, tit. 13, cap. 48 *De testamento sacramentali*). *Recognoverum Proceres: Item est consuetudo*, que si alguno hiciera testamento o su última voluntad presentes testigos, en la tierra o en el mar, en cualquier parte que sea, con escritos o sin escritos aunque no estuviere presente notario alguno en la dicha voluntad manifestada verbalmente o en escritos, que valga la dicha última voluntad o testamento, mientras que los testigos que intervinieron en la misma última voluntad o testamento, dentro de seis meses desde que estuvieron en Barcelona, juren en la iglesia de San Justo, sobre el altar de San Félix, Mártir, frente al notario que autoriza tal testamento y otras personas, que los mismos testigos así lo vieron u oyeron escribir o decir como se contiene en dicha escritura o última voluntad verbalmente explicada por el testador, y que al testamento se le llame sacramental»; hay que resaltar que casi siempre se dice testamento y última voluntad, pero que, a veces, se emplea una sola expresión para comprender las dos formas de suceder voluntaria, o última voluntad sólo, o testamento solo o testador para nombrar al que dispone por testamento o última voluntad, porque ambas formas de sucesión tienen de común que son formas voluntarias de suceder.

Este testamento sacramental o privilegiado se concedió también a Gerona: *Item servatur de consuetudine quod si aliquis coram testibus testamentum, vel suam voluntatem*. (*Consuetudines Gerundensi diócesis*, rub. 26, cap. 1.<sup>o</sup>)<sup>144</sup> y a Tortosa (Const. 7.<sup>o</sup>, rub. 4.<sup>o</sup> *De ordi. De*

<sup>143</sup> VIVES y CEBRIÁ, P. Nolasco, *Usages y otros derechos conocidos, en general, con el nombre de Constituciones de Cataluña*. T. II, págs. 266 y 278.

<sup>144</sup> COTS y GORCHS, Jaime, *Consuetudines Diocesis Gerundensis* (Barcelona, 1929). VIVES y CEBRIÁ, P. W., *ob. cit.*, T. 4.<sup>o</sup>, pág. 81. DURÁN y BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña* (Barcelona, 1883), pág. 171. BROCA GUILL., *ob. cit.*, pág. 250. SAGUER y OLIVET, Emilio, *Dret comarcal Gironi*. Conferències sobre varietats comarcals de

*testam...*, lib. 6.<sup>o</sup>): *testament o derrera voluntat quel testador face... e aquest testament o derrera voluntat... e aytal testament, voluntat o ordinació en aixi feyta y es ferm y estable per tots temps que nos pot revocar ni desfer.*

Este privilegio, según Fontanella<sup>145</sup>, lo usan aquéllos que se ven acometidos de una enfermedad o desgracia repentina, de modo que no es fácil hacer testamento de otra manera, o bien por los que atacados por una enfermedad que, al principio, no parecía grave y que, de pronto, manifiesta su gravedad. Este testamento sacramental lo relacionan Fontanella y Cáncer<sup>146</sup> con el testamento militar, con el testamento entre padres e hijos y los demás testamentos privilegiados, en los que basta con la sola voluntad, sin mayores solemnidades.

Se pregunta Pella y Forgas<sup>147</sup>, si el testamento sacramental es indígena, o una institución visigoda. ¿Arrancan de más allá de la época visigoda las raíces de esta forma tan singular de hacer testamento? Descarta su origen visigodo porque, según él, como acontece en todos los pueblos primitivos, la sucesión se verificaba abintestato, por lo que, dice, suponer que fueron los visigodos los que inventaron el testamento sacramental, es una opinión tan extremada como gratuita. En el Derecho visigodo, según su opinión, los testamentos y las últimas voluntades estaban atrasadísimas, y no halla, ni por asomo, noticia alguna que incline a creer en la existencia del testamento sacramental entre ellos. Según él, su origen está en el testamento militar y es una costumbre, no general, sino local y consuetudinaria que sólo se practica en Barcelona y pueblos a quienes se les hizo extensivo su Derecho municipal.

En el nombramiento de tutores, también se recogen las dos formas de suceder, la testamentaria y la contractual o última voluntad. Pedro III, en las Cortes de Perpiñán, del año 1351, estableció que: «Quitada

---

Dret civil català. Academia de jurisprudència i legislació de Catalunya (Barcelona, 1934), pág. 81.

<sup>145</sup> FONTANELLA, J.P., *Decisiones... ob. cit.*, decis. 576, n. 3.

<sup>146</sup> CÁNCER, J., *Variarum... ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, cap. 4.<sup>o</sup>, n. 75. FONTANELLA, J.P., *Decisiones... ob. cit.*, decis. 577. MIERES, Tomás, *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cataloniae* (Barcelona, 1533), col. 6.<sup>a</sup>, *De tabellionibus*.

<sup>147</sup> PELLA Y FORGAS, José., *Código civil de Cataluña* (Barcelona, 1943), T. 3.<sup>o</sup>, págs. 147 y s.

la solemnidad establecida por el Derecho romano, ordenamos y establecemos, que el testador dando al hijo o a la hija en testamento, codicilo u otro acto de última voluntad del padre...»: *en testament, codicil, o qualque altra derrera voluntat* (Const., lib. 5.<sup>o</sup>, tit. 4.<sup>o</sup>, cap. 1.<sup>o</sup>; *De tutors y curadors, y de lur administratio*)<sup>148</sup>.

Del derecho eufitéutico podía disponerse por testamento y por última voluntad, como estableció Pedro II en un privilegio concedido a la ciudad de Barcelona el día 11 de enero de 1284, en el que se dice que los próceres de Barcelona, los ancianos y los sabios en Derecho habían reconocido que era costumbre antigua, la de que cualquiera pueda dar y legar en testamento, o donación inter vivos, o en cualquier otra forma que quisiere, mientras no interviniera fraude, las cosas que tienen por otro en eufitéusis, sin firma ni consentimiento del señor: *antiquam esse consuetudinem, quod quilibet potest dare, et legare in testamento, vel donatione inter vivos, vel quocumque alio modo voluerit* (Pragmáticas, lib. 1.<sup>o</sup>, tit. 13, cap. 1.<sup>o</sup>).

Los fideicomisos, lo mismo podían establecerse en testamento que por pacto, en capítulos matrimoniales; así Jaime I en las Cortes de Tarragona del año 1260 (Const. lib. 6.<sup>o</sup>, tit. 2.<sup>o</sup>, cap. único *De pupillars, y altra substitutions, y de successions dels impubers*), estableció que se debían de observar todas las cosas según la voluntad del testador: *segons la voluntat de aquell testador*, o el pacto que hubieran establecido: *o pacte aposast dejan esser observadas*; en los capítulos matrimoniales eran clausula de estilo que si *sine liberis decesserit*, los bienes pasarán a otras personas<sup>149</sup>.

Oriol Anguera de Sojo<sup>150</sup> se pregunta qué hay dentro de esta expresión de última voluntad. Se sorprende encontrar un testamento que resulta ser un acto *inter vivos* y, además, conteniendo una emancipación o manumisión, lo cual a mí no me sorprende; lo mismo que se sorprende que se encuentren calificados de últimas voluntades los

<sup>148</sup> MIERES, T., *ob. cit.*, col. 6.<sup>a</sup> *De tutelis*, pág. 21. DURÁN y BAS, M., *ob. cit.*, pág. 44. PONS GURI, J. M., *Constituciones y otros derechos de Cataluña* (Barcelona, 1952), pág. 77.

<sup>149</sup> FONTANELLA, J. P. *Tractatus... ob. cit.*, claus. 4.<sup>a</sup>, glos. 9.<sup>a</sup>, part. 4.<sup>a</sup>, ns. 33 y s. y glos. 25. CÁNCER, J., *Variarum resol. ob. cit.*, part. 3.<sup>a</sup>, cap. 7.<sup>o</sup>, n. 378. PEGUERA, Ll. A. de. *Decisiones aureae... ob. cit.*, T. 2.<sup>o</sup>, decis. 19.

<sup>150</sup> ORIOL ANGUERA DE SOJO y DODERO, *Drest especial de la comarca de Vic. Conferències sobre varietats comarcals de Dret civil català* (Barcelona, 1934), págs. 325 y s.

testamentos hechos por los ejecutores testamentarios, mejor mandatarios, que son un verdadero contrato de mandato: *rogando eligo* y la aceptación de los elegidos; se sorprende que en los testamentos intervengan no sólo el testador, sino su mujer, hijos y parientes; en estas últimas voluntades aparece siempre la cláusula *omni meliori modo*, en la que se hace constar que si esta disposición no valiera como testamento, que valiera como codicilo, y si tampoco como codicilo, que valiera como última voluntad: *vel ratione ultime voluntates*, con cita de muchos documentos en los que aparece esta cláusula. ¿Qué se quiere decir con última voluntad?; es éste un enigma que hay que resolver, pues todavía perdura la confusión, convertida en cautela estereotipada.

¿Habré contribuido yo a aclararla? El tiempo y los especialistas lo dirán.

## XI. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN ARAGÓN

En el Fuero de Jaca<sup>151</sup> se regula el testamento que, según mi opinión, seguía siendo el medio de disponer de la parte de libre disposición para el perdón de los pecados y la salvación de sus almas. La sucesión en los bienes familiares seguía haciéndose a través de donaciones, generalmente en los capítulos matrimoniales o cartas de emancipación.

En el manuscrito de Madrid (A. Biblioteca Nacional), bajo el título *De testament feyt sens carta, esponales. com. lo deuen pouar* (123), se dice que cuando algún hombre hace *so testament derrer*, con cabezaleros o esponaleros, deben éstos probarlo; el donador-testador debía llamarlos y decirles que quería hacer su testamento, según su voluntad y de sus cosas, es decir, de la parte de la que podía disponer libremente: *Io, Fulan, faymo testament en ayta manera e orden mas cosas e mas voluntatz en totas cosas e per totas cosas*, y más adelante, se vuelve a decir que se trata de ordenar sus cosas a su voluntad: *E per eo quel ordenament de las mias cosas sea complit a mi voluntat*.

El testamento por escrito está regulado en el epígrafe *D'esponalers*

<sup>151</sup> *El Fuero de Jaca, edición crítica* por Mauricio Molho. CSIC. Escuela de estudios medievales. Instituto de estudios pirenaicos, (Zaragoza, 1964).

*com deuen prouar testament per le qual son establitz* (160), en el que se dice que si un hombre está enfermo, o sano y alegre, y quiere escribir su testamento, con el propósito de demostrar a los demás *et fara escriura en la carta de lo testament*.

Cuando se regulan las donaciones aparecen en ellas los testamentos. *De carta ab fianças et ab testimonio de hereditat dada ad alguno* (166). Se dice que si a un hombre se le dona por el padre, la madre, los parientes, amigos o cualquier otros varones seculares una heredad, sin carta, sin fianza de salvedad y sin testigos (cabezaleros), esa donación según el Fuero de Aragón nada valía, a no ser que se tratara de donación del rey, del príncipe *o donation feyta en derer testament*. En las cartas de *donation o de omnes donantz a religion*, no eran necesarias las fianzas de salvedad, pero las cartas deberían estas firmadas por los propios signos de los donadores. Sigue diciendo el Fuero de Jaca que *quam algum hom. fa so testament derer e lexa algunas hereditatz a locz religiosos o a parentz o ad amiciz ab carta escripta*, no son necesarias las fianzas, pero sí los cabezaleros o manumisores. Es decir, que las donaciones hechas *inter vivos* debían ser por escrito, con fianza y testigos, si no no valían; excepto que la donación la hiciera el rey, el príncipe o fuera un testamento a favor de la Iglesia; en este último caso, es decir, en el testamento, bastaban con que estuvieran en él los cabezaleros.

En el manuscrito de París (B. Archivos Nacionales), se refiere al testamento sin carta bajo el epígrafe *De testament, ço es devisa* (103), y en él también el testador manifiesta: *lo, Fulan, en tal manera fay mon testament, assi ordeney mes cosas* y pide a unas personas que sean cabezaleros de *mon testament*. El testamento escrito centra su interés en la prueba: *De testament com. deu esser mostrat*. La sucesión voluntaria se hacía, generalmente, por donación o por testamento *pro anima*, como se deduce de la sucesión intestada (110): *si alguns moren sen testament assi que lo lur non ayan partit o donat devant testimonis*, es decir, cuando se muere sin repartir los bienes familiares entre sus hijos o donar sus bienes propios, de los que podía disponer por donación o testamento a favor, generalmente, de la Iglesia.

En el manuscrito de Madrid (C. Biblioteca Nacional), en el *De testamenyz sens carta* (50), se dice que cuando alguno hiciera *son*

*deyre testament*, sin carta pero con cabezaleros, a los que el testador les dice que *Yo, Fulan, en tal manera fay mon testament, estant en una bona memoria; et hordeney mes cosses asi asi*; el testamento escrito podía hacerse en la enfermedad o en la salud, con cabezaleros, y la finalidad de *per que vol mostrar sa voluntad*. En el epígrafe dedicado a las donaciones: *De donacon*. (54), se vuelve a decir que las donaciones, para que sean válidas, han de hacerse por carta, con fianza y testigos, excepto cuando la donación la hiciera el rey, príncipe o *fayta del reuder testament*. Si algún hombre hacía su testamento y daba alguna heredad a religión, parientes u otros, sin carta, necesitaba la presencia de los cabezaleros para que más tarde *lo testament se puysa pouar per uertader*.

En la sucesión intestada *De partilla de heredad* (69) se dice que muere intestado el que no ha partido ni donado ante testigos: *asi que lo lur non hayen partit, nj donar nj deujssat devant testimons*; en este caso los hijos debían partirse la herencia por partes iguales. Se utiliza la expresión testamento para designar la partición de los bienes entre los hijos o su donación, en capítulos matrimoniales o en carta de emancipación, además de la donación de la cuota libre *pro anima*, o a parientes o amigos con absoluta libertad, pero siempre con cabezaleros. Es el testamento medieval que hemos visto anteriormente.

En el manuscrito (D. B. de Cataluña) me encuentro con la novedad de que en vez de decir, como en los demás, cuando algún hombre haga su testamento, aquí testamento se sustituye por su derecho: *De testament ssin carta* (51): *Quando alguno fara su dreito*, apareciendo a continuación un signo de admiración y entre corchetes [testamento]; el testamento sin carta se dice que se hace cuando *stando muiflaco, quiso ordenar su testament et ordenar sus cossas* y cuando llama a los cabezaleros les dice que *en tal manera fago mi testament; stando en mi buena memoria, ordeno mjs cosas asi et asi*. El testamento escrito (52) se podía hacer estando la persona *maltraito o si quiere <sano>* y hace escribir su testamento para poder mostrar su voluntad, en la *carta de testament*.

En el epígrafe de las donaciones *De donacon* (54), aparece igualmente la donación *feita deil derender testament*. Necesitan cabezaleros que prueben la verdad *en las cartas de las donaciones*

*feitas (!) los omes que del † marjdo † se son dados a orden. Cuando alguno faze su testament et leixa algunas heredades a relligion o a parientes o a otros honbres con carta, son necesarios los cabezaleros para que puedan probar su uerdad. En la sucesión intestada, los hermanos deben repartirse la herencia por partes iguales, De partir heredat, (68) pero si uno de ellos muere, a su vez, sin testamento, asi que lo lur no aian partido njn dado njn deujado delant testimojas...*

En el manuscrito de Madrid (E. Biblioteca de Palacio), en el testamento sin carta, los cabezaleros debían testificar que *Don Fulan, estant malaude fort, volgui far son testament et ordenar ses coses* y les había rogado que fueran sus cabezaleros (55); en el epígrafe de *Com se deu far lo testament* (56) se dice que el testador debía expresarse así: *Io, Fulan, en tal manera fay mon testament, estant en una bona memoria, ordeney mes coses assi et assi*; y ese testamento debía ser firme y valer para siempre, *maguer que aquel que deuisa non quis far carta a sa mort...* En el testamento por escrito (58) se vuelve a resaltar la finalidad de mostrar *sa voluntat* a los demás.

En el epígrafe *De donacions* (60), vuelve a aparecer la *donation fayta el derreuder testament*, así como cuando un hombre *fa son testament et laxa algunes heredatz a religion o a parentz o ad altres omnes*.

En el Fuero de Jaca se regula lo que correspondía al hijo natural por donación o por testamento. En el manuscrito A (162), se dice que el padre, mientras viva, debe dejar a su hijo natural (bort), *en so testament certa part quant li plaçza*; pero si moría sin haberle dejado nada en su testamento, el hijo natural tomaría una parte igual a la de los demás hermanos en las cosas de su padre, según Fuero. En el manuscrito B (163), se dice que el padre debe dejar a su hijo natural *por carta*; en el C (42) *per don o per testament de lur payre o de lur mayre*; en el D (41) *per don o per testament*, igual que en el manuscrito E (45), mientras que en el manuscrito A,<sup>2</sup> se dice que el padre o la madre de un hijo natural podían donarle *dels sos bens en vida o en mort*.

También se regula en el Fuero de Jaca la mejora. El padre no podía dejar todo a un hijo y *desafillar* a los demás, porque por el Fuero esto estaba prohibido, pero sí podía mejorarlo, con el consen-

timiento y voluntad de la madre, con una cosa mueble, una viña o unas casas, (manuscrito A, 209; manuscrito C, 59; manuscrito E, 61): *pot mjllorar*.

El Fuero de Huesca de 1247, 60 años anterior a la regulación del testamento de los nobles y 64 al testamento de los demás aragoneses, no presenta ninguna novedad respecto al Fuero de Jaca, centrandó su atención en que valía la sola voluntad del testador y la necesidad de los cabezaleros, tanto en el testamento oral como en el escrito: *De testamentis* (lib. 6.<sup>o</sup>): «el testamento último hecho por alguno, sin carta, después de convocados los esponaleros, valdría por el testimonio de éstos, jurando por Dios y por sus almas, sin otra formalidad, que así lo quiso y lo ordenó el testador». El testamento, dice el Fuero, debía hacerse de esta forma: «Yo, fulano de tal, bajo tal tenor, hago mi testamento, y así ordeno mis cosas y mi voluntad; y para que mi voluntad y la disposición de mis cosas tenga fuerza y efecto, nombro esponaleros a tales... de este testamento mío». Más tarde, los esponaleros deberían jurar de esta manera: «Yo, fulano, juro sobre la Cruz y los Evangelios del Señor, que así es verdad, como doy testimonio, que tal testador así dispuso, quiso y mandó como se lee en la carta de testamento y nos rogó que fuésemos esponaleros». Si se hacía de esta manera «el testamento goza de fuerza y firmeza perpetua, porque después que existen esponaleros de buena firma, el testamento se corrobora con el testimonio de ellos».

Lo que dicen el Fuero de Jaca y el Fuero de Huesca hay que relacionarlo con los cientos de testamentos que se conservan en las iglesias y monasterios y de los que Alonso Lambán ha dado tantas noticias. El testamento regulado en el Fuero de Jaca y en el Fuero de Huesca es el testamento medieval, es decir, el testamento igual a pacto sucesorio, empleándose la palabra testamento cuando se dispone de la cuota de libre disposición *pro anima*, y donación o partición, cuando se entregan en vida o se prometen para después de la muerte, los bienes familiares a los hijos, por iguales partes.

Sin embargo, en el Vidal Mayor<sup>152</sup> se distingue entre testamento y *postrema* voluntad y se relaciona a los testamentos con los contra-

<sup>152</sup> VIDAL Mayor. Traducción aragonesa de la obra «*In excelsis dei thesauris*» de VIDAL DE CANELLAS, TILANDER, GUNNAR, (Lund, 1956).



tos. En el Fuero *De fide instrumentorum* (lib. 3.<sup>o</sup>, tit. 44, 4) se dice textualmente: «Empero en las donaciones que se fazen en los testamentos o en las postremeras voluntades, quales quiere que sean, abasta que sean puestos cabeçaleros o tutores, et es assaber manumissores, quar por aquellos puede ser prouado si el testament o aquella postremera uoluntad es uerdadera». Vidal de Canellas no puede confundir el testamento romano y el testamento medieval; por eso se refiere al testamento y a cualquier última voluntad, cualquiera que sea, entendiendo dentro de última voluntad el testamento medieval o los pactos sucesorios.

En el Fuero *De testamentis* (lib. 6.<sup>o</sup>, tit. 13, 9), viene a decir que éstos se traten como los contratos, cosa impensable de un testamento romano. Dice así: «Empero, si aqueill que fizo el testament fiziere con instrumento publico la ordination de sus cosas, es assaber clamado el escrivano iurado et testigos, segunt que suele ser en los contratos que se fazen, aquell instrumento deue ser creydo assi como los otros contratos, ni aurá menester que aya averamiento ni otra sollenpnidad... el qual instrumento es clamado testament por razon et por dreito». Vidal de Canellas regula el testamento medieval y a éste no tiene mas remedio que relacionarlo con los contratos. Vidal de Canellas conoce el testamento romano, pero no es éste el que se le encarga que recoja en su obra. Lo mismo que en el Fuero de Jaca y el de Huesca, en la obra de Vidal de Canellas el testamento regulado es el medieval, en el que se encuentra la sucesión contractual.

Más adelante, en el mismo epígrafe, se vuelve a decir que el testamento debe valer como los otros instrumentos. «El instrumento del testament que es feito por mano publica, mandando aqueill qui faze el testament et clamados testigos, ualcha en todas las cosas assi como los otros instrumentos segunt que es acostumbrado en los otros instrumentos publicos». Del testamento oral o sin escrito dice que «*el testador ordeno en tal guisa su voluntad, segunt que aqueilla escritura del testament que es monstrada contiene. La quoyal cosa feita, siempre deue valer aqueill testament...*» (lib. 6.<sup>o</sup>, tit. 14, 2, 3, 4, y 5).

Bajo el epígrafe *De heredibus instituendi* (lib. 6.<sup>o</sup>, 20, 23, 24, 25 y 26), Vidal de Canellas está reconociendo que la sucesión se producía por últimas voluntades o por donaciones en vida; aquéllas, por ser últimas voluntades, son revocables y no se priva el testador de la

libertad de revocarlas, cosa que no ocurre en las donaciones que los padres hacen en vida, que son irrevocables. «Esto es aitorgado por la franqueza de la postremera voluntad, la qual franqueza es toillida ad aqueillos que fazen donation de vida». Se refiere al tercio de mejora de la que los padres podían disponer libremente: «quar razon ha que mouio et enduxo a esto el que fizo el fuero, es assaber que, aitorgada la tercera part de los sus bienes, por su plena voluntad pueda fazer su talant, no en los fillos mas en los extraneos o en otros o en Santos, por tal que la muit grand part d'aqueill qui ouo gracia del padre o de la madre no enduga saynna o despagamiento entre los hermanos como entre los fillos de Ioseph».

Se pregunta Vidal de Canellas qué pasaría si un hijo fuera donado con su cuota parte y además este tercio de mejora: «cerca todo el dreito de los otros fillos seria visto que se mingoava, como a las uezes es mas ualgua 1.<sup>a</sup> heredad o 1.<sup>a</sup> posesion que todos los bienes d'aqueill qui fizo aqueilla donation». Dice Vidal que en el tratado de las donaciones el padre o la madre podían «hondrar» a un hijo de las cosas muebles, pero que era conveniente que en las últimas voluntades se haga con prudencia: «conuiene que los testamentos de las ultimas voluntades se fagan con atemperamiento», para que el derecho de la naturaleza que pertenece a los hijos sobre los bienes del padre o de la madre, no pueda ser engañado o menguado, por lo que todo esto debe tratarse sutilmente, de manera que la naturaleza no pierda sus derechos, con aquella libertad grande que el padre y la madre tienen de poder beneficiar con las cosas muebles a cualquier hijo o a cualesquiera hijos, cuantas veces quisieran.

Después, Vidal de Canellas dice cómo «ordenadament» debían hacerse «las postremeras voluntades» y parece como si quisiera enseñar, a través de estas postrimeras voluntades, el testamento romano; como si quisiera fundir el testamento romano y el testamento medieval. En primer lugar, dice, deben ordenar aquellas cosas que pertenecen a la salud del alma, según aquello que dice que *primum querite regnum Dei*, es decir, «primerament demandat a Dius et al su regno», por lo que, al comienzo del testamento, debe invocarse el nombre de Dios y decir dónde quiere tener su sepultura y las misas que quiere que se digan por su alma y las limosnas...; después de todo esto debe establecer los herederos. Según mi opinión

quiere enseñar el testamento romano, insertándolo en el testamento medieval.

Vidal de Canellas distingue el testamento y la postrimera voluntad en el Fuero *De tutoribus, manumissoribus* (lib. 6.º, tit. 16, 6), cuando dice: «Et en quoval quiere manera de los subditos contesciere que seam en el testament o en la postremera voluntad, spondaleros, manumissores, testiguos, tutores o cabeçaleros deuen ser puestos en scriptos. El testamento ho los testamentos [con scriptos] o sin scriptos uadra aqueill testament con quales se quiere d'estos anteditos que pueda [n] prouar aqueill testament o aqueilla postremera voluntad, segunt la forma que es puesta de suso en el titulo de cerca - De testamentis».

En el Fuero *De donationibus* (lib. 5.º, tit. 53, 2, 3 y 4), se refiere a un instrumento público hecho en vida por el padre y la madre, con fiador y testigos, en el que se establece que el que sobreviva puede «hondrar» o mejorar a uno de sus hijos o de las hijas por *dono o por donos*, a aquel que «li fizo bien servitio».

Al igual que en Castilla se reguló el mayorazgo y en Cataluña el heredamiento, en Aragón la institución de heredero, por la recepción del Derecho romano, se produjo en el Fuero *De testamentis Nobilium*, establecido en las Cortes de Alagón el año 1307 (*Fororum Regni Aragonum*, lib. 6.º). Dice así el rey Jaime II: «A ruego hecho a Nos, por los Barones, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones, congregados en esta Corte: para que las casas señoriales de ellos sean conservadas en buen estado, como pueden perecer fácilmente por la división de los hijos, queremos establecer para siempre que en adelante los Nobles, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones, puedan nombrar heredero al hijo que quisieren, dando a los otros hijos cuanto quisieren de sus bienes». El heredero romano ha entrado en la ley aragonesa, pero no como sustituto del padre o en su lugar, sino con la finalidad de conservar las casas nobles, las familias, el honor, el nombre, el patrimonio indiviso familiar; el heredero sustituye al padre como jefe de la familia; se sigue siendo y sintiendo miembro de una familia.

La igualdad de ambos sexos desaparece también con este Fuero, porque la conservación de la familia, del nombre, del honor familiar era propio del varón y no de las hembras, así que los nobles le piden al rey que sean preferidos siempre los varones: «A instancia hecha a Nos por los Nobles, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones establecemos

para siempre, que, si en adelante algún Noble, Caballero o Infanzón hubiere dotado a la primera mujer en ciertos lugares, o bienes, si de ella tuviere una o varias hijas, y no tuviere ningún hijo de ella, si después (muerta la primera mujer) se casara con otra, y de ella tuviera uno o varios hijos varones, la hija o hijas de la primera mujer, hereden uno de aquellos lugares, en que fue dotada su madre; a saber aquel lugar que le parezca mejor al padre, o asigne a la hija o hijas de su primera esposa, alguna cantidad en metálico, con lo cual y algunos bienes más de la madre contraigan matrimonio o entre en religión. Y el hijo o hijos varones de la segunda o tercera mujer o más, hereden los bienes del padre, como él mismo hubiese ordenado en su testamento, o hereden abintestato. Mas si no tuviere hijo varón de la segunda, tercera u otras, la hija o hijas de la primera mujer hereden integramente las dotes de su madre, como se dispone en el Fuero Antigo».

Como ocurre siempre con los privilegios, no tardó mucho en hacerse extensivo a todos los aragoneses, sin distinción de clases; así en el Fuero *De testamentis civium* (lib. 6.<sup>o</sup>), Jaime II, en las Cortes de Daroca del año 1311 estableció: «Nos Jaime Rey predicho, por la gracia de Dios, recordamos que en la Corte General que celebramos para los aragoneses en Alagón se dispuso, que los Barones, Mesnaderos, Caballeros e Infanzones de Aragón puedan nombrar heredero a uno de sus hijos, a quien quisiere, dejando a los demás hijos cuanto quisiere de sus bienes. Mas ahora, accediendo a la humilde súplica hecha a Nos, por los Procuradores de las Ciudades, Villas y Lugares de Aragón, que vinieron a esta nuestra Corte General, que quieren disfrutar del mismo Fuero. Por voluntad y consejo de toda la Corte, queremos establecer perpetuamente que, en adelante, todos los ciudadanos y todos los otros hombres de las Villas y Lugares de Aragón, puedan nombrar heredero en sus testamento a uno de sus hijos, el que quisieren, dejando a los otros hijos, cuanto quisiere de sus bienes, exceptuando los de la Universidad de Teruel y Albarracín que tienen otros Fueros suyos».

Entre los aragoneses, era costumbre antigua que los hijos y las hijas recibieran de sus padres, con ocasión de su matrimonio o emancipación, la porción que les correspondía en la herencia; así en el Fuero *De successoribus ab intestato* (Daroca, 1311), se decía que según *Forus Antiquis: De rebus vinculantis*, cuando el padre o la madre «dant» algunos bienes a algunos de sus hijos y éste muere sin hijos de

legítimo matrimonio, abintestato, sus bienes debían volver a los parientes más próximos de donde procedían los bienes; por esta regla estos bienes iban a los hermanos o a otros parientes del fallecido intestado, mientras que los padres *qui dictam donationem facerant*, estaban excluidos, y esta regla no era razonable: *et hoc non erat consonum ratione*. Por eso, con voluntad y consentimiento de la curia, supliendo el antiguo Fuero: *suppletionem dicti Fori antiqui, in perpetuum duximus statuendum*, que si el hijo o la hija, a la que se le hizo la donación por sus padres *tempore matrimonii, vel etiam inter vivos* muriera sin hijos, intestado, no los hermanos u otros parientes próximos, sino al padre y a la madre le deben devolver esos bienes. Pero si el hijo o la hija a quien se hubiera hecho la donación, muriese intestado, dejando hijos, y aquellos hijos muriesen de igual modo sin testar, o menores de edad, si aún existiesen los predichos bienes donados, vuelvan totalmente al abuelo o a la abuela, que dieron dichos bienes, si vivieran, excluidos los demás.

Esta era la regla de la sucesión contractual de los bienes familiares, hasta las Cortes de Alagón de 1307 y de Daroca de 1311, en las que se autoriza a los Nobles, y después a todos los aragoneses, a que puedan nombrar a un heredero entre los hijos y apartar a los demás con algo. Siguiendo con su tradición, el heredero no podría establecerlo en el testamento romano que estaban recibiendo, pero que se tardaron muchos siglos en asumir plenamente, sino que volvieron al epígrafe de las donaciones en donde, tradicionalmente, regularon la sucesión contractual. Los aragoneses tenían la facultad de nombrar un heredero, pero éste tenía que ser necesariamente un hijo legítimo y nunca un extraño, es decir, podían nombrar heredero a través de la donación de todos los bienes presentes y futuros. Así lo estableció el rey Martín I en las Cortes de Zaragoza, del año 1398: «La donación que se hace por algunos de sus bienes en general o también de los bienes habidos y por haber a alguna persona que no sea hijo suyo o hijos suyos legítimos y naturales, en la que el mismo donante nada deja al hijo o hijos legítimos y naturales ya nacidos, no vale si tuviese hijos o hijas legítimos y naturales al tiempo de la donación y esto cuando se haga instancia por ellos contra la dicha donación... Sin embargo, si quisiere hacer donación de sus bienes a alguno o algunos de sus hijos legítimos y naturales, lo cual puede hacer, como podría nombrarle o nombrales

herederos en el testamento, con tal de que dé o asigne algo de sus bienes a los restantes hijos como se ve en el Fuero que empieza: *Parentes tit. De donationes* (lib. 6.º, 17).

Están ya aceptadas plenamente las dos formas voluntarias de suceder, la contractual (dando) y la testamentaria (disponiendo) en favor de uno o algunos de los hijos legítimos nombrados herederos. En Castilla el mayorazgo, en Cataluña el heredamiento, en Aragón el nombramiento de heredero en la donación universal de los bienes hecha, generalmente, en sus capítulos matrimoniales.

Que en Aragón la sucesión se hacía contractualmente a través de donaciones y en capítulos matrimoniales, se recoge, como no podía ser de otra manera, en las Observancias del Reino de Aragón: *Observantiae, consuetudinesque regni aragonum in usu communiter habitae*. En la *Observa. De donationibus* (lib. 4.º) se dice que: 1. «Es costumbre que los padres puedan dar al hijo, cuando contrae matrimonio, según uso de Aragón, muchas heredades o muchos bienes, y valía como donación. Esta donación no impedía que concurriera con sus hermanos a los otros bienes de los padres y a que no estará obligado a colacionar». Se está refiriendo aquí a la donación *inter vivos* y con efecto también en vida; en el n.º 7 se hace referencia a la donación *mortis causa*, es decir, la donación que tendrá efecto a la muerte del donante y que en el Derecho visigodo hemos visto que, por asemejarse al testamento, era revocable hasta la muerte. En Aragón, sin embargo, no se admite esta distinción, cuando dice: «La donación por causa de muerte, no puede ser revocada, como tampoco la donación entre vivos, por arrepentimiento, mientras se haya dado fianza de salvedad, porque así se requiere en la donación de herencia, pues de otro modo no valdría, y así se entiende de toda donación, ya sea entre vivos, ya de otro modo, porque el Fuero no distingue, excepto las donaciones mencionadas en el mismo; y así desde que fue dada la fianza, vale, y no puede ser revocada, como tampoco las otras, por lo mismo que se han guardado las formalidades que requiere el Fuero».

La herencia se dona en Aragón, y es lo mismo que se done con efectos inmediatos que para después de la muerte; en ambos supuestos se trata de una sucesión contractual, con la diferencia que a las primeras se las denomina contratos y a las segundas últimas voluntades, por hacerse a causa o en consideración o con efectos después de la muerte

o de muerte: contratos y últimas voluntades se equiparan en Aragón si lo dice la carta; si no, no. También recoge esta observancia la donación de todos los bienes, según costumbre del Reino; dice así el n.º 13: «Aunque uno haya donado en general todos sus bienes, no obstante, puede donarlos todos, y valdría tal donación... según costumbre del Reino», porque además en Aragón existe la *Observ. De fide instrumentorum* (lib. 2.º), en la que se dice que el juez debe atenerse siempre y juzgar por la carta y según lo que en ella se contiene, a no ser que en la misma se contenga algo imposible o contra el Derecho natural, es decir, el principio *standum et chartae*.

Dice la misma observancia en el n.º 17: «Los padres en vida o en muerte, pueden donar a sus hijos todos los bienes con carta, o a cualquiera su parte, y valdría sin que queden obligados a las deudas del padre», porque en Aragón no se distingue entre donaciones en vida o en muerte y ambas son irrevocables, n.º 18: «La donación por causa de muerte no puede ser revocada por Fuero, porque el Fuero de las donaciones... generalmente y así se entiende en cualquier donación».

También los padres aragoneses podrían dar a sus hijos naturales lo que quieran, en vida o en muerte, aunque no están obligados a ello, según la *Observ. De generalibus privilegiis totius regni Aragonum* (lib. 6.º, n.º 25), estableciéndose en la *Observ. Declarationes monetici* (lib. 9.º, n.º 3 y 4), lo que había que pagar por un instrumento de hermandad, una donación universal etc.

Sessé<sup>153</sup> reconoce que en capítulos matrimoniales se entregaba o donaba la herencia entre los hijos que iban a contraer matrimonio *et hoc idem in materia dotium et capitulorum matrimonialium procedit* y además estas donaciones eran irrevocables, frente a los autores que afirman que las donaciones *mortis causa*, por ser una última voluntad, son revocables hasta la muerte: *quod in Aragonia donatio causa mortis non potest revocari, sicuti et donatio inter vivos* (*Observ. 7.ª De dona.*), lo mismo que dicen Bajés y Pertusa: *in Aragonia donatio causa mortis non revocatur per poenitentiam, nec per praemorientiam, nec convalescentiam*. Para Sessé y los juristas de esta época, las donaciones *mortis causa*, en su principio son contratos, pero en sus efectos son verdaderas

<sup>153</sup> Sessé, J. *Decisionum sacri Senatus regii regni Aragonum, et curiae* (Caesaraugustae, 1615), decis. 360, T. 3.º, pág. 403 y s.

últimas voluntades: *donationes causa mortis in sui principio sunt contractus, in effectus vero ultimae voluntates* y más todavía las que se hacen en capítulos matrimoniales *suam conservat naturam* y esto es así en el Reino de Aragón: *in Regno fuit cognita et considerata*. Además estas donaciones *validae sunt hae donationem per emancipationem matrimoniis*.

Molino, en la voz *Filius*<sup>154</sup>, dice que en Aragón es lícito que los hijos sucedan a los padres *per donationem generalem de omnibus bonis eis facta in vita vel in morte cum carta*, siempre en favor de los hijos legítimos y de los naturales, nunca en favor de los extraños según el F. *De donationibus*, como por las *Observantiae* (voz *donatio*); así que el padre y la madre pueden, durante sus vidas, hacer donaciones a sus hijos, igual que pueden hacerlo en testamento, *quia in Aragonia valet regulariter donatio generalis omnium bonorum habitorum, et habendorum*, porque aunque según el Derecho común, estas donaciones universales no valen, porque el donante se priva de la libre facultad de testar, a no ser que se reserven algo y entonces *valet de iure*, en Aragón son válidas sin necesidad de reservarse nada, porque aquí estamos a la *carta et valet omne instrumentum* que no contenga algo imposible o contra el Derecho natural.

Como en el resto de Europa, la mujer tenía derecho a ser dotada y estaban excluidas de la sucesión de los padres, habiendo varones. El testamento de Ramiro I, el fundador del Reino de Aragón, otorgado el año 1059, es el primer texto jurídico en el que aparece la situación de la mujer en la sucesión al trono<sup>155</sup>. Las hijas estaban pospuestas, no excluidas, de la sucesión si había hijos varones; sólo en defecto de éstos podían suceder; en el caso de que llegaran a ser reinas, no reinaban y la autoridad que le hubiera correspondido pasaba al marido que le habían elegido los nobles. Es el caso de Doña Petronila, reina de Aragón e hija única de Ramiro II y de Inés de Poitiers. Cuando tenía unos meses, su padre elige como marido a Ramón Berenguer IV de Barcelona y en una escritura de 11 de agosto de 1138 le «dona a su

<sup>154</sup> MOLINO, M. del, *Repertorium fororum et observantiarum regni aragonum* (CaesarAugustae, 1585), Voz *filius*, pág. 170.

<sup>155</sup> GARCÍA GALLO, A. *La sucesión al trono del Derecho aragonés*, AHDE (1966), T. 36, págs. 66 y s.



hija como mujer con todo el reino de Aragón», obteniendo así el título de reina de los aragoneses, pero sin ejercer *regnum*, poder o jurisdicción inherente a su título. Entre las hijas de los reyes era costumbre que, al ser dotadas con ocasión de sus matrimonios, renunciaran a los derechos que pudieran corresponderles en la herencia de sus padres, como ha ocurrido con las bodas de las Infantas de España.

Las mujeres estaban también excluidas de la sucesión en los feudos y en los mayorazgos, dice Sessé<sup>156</sup>, *contra communes iuris regulas et solis feudorum consuetudinibus receptum. Las foeminas semper exclusas extantibus masculis per statutum, vel clausulam*. La costumbre es que la mujer al contraer matrimonio recibe su dote, que equivale a su legítima: *dos legitima loco succedit, quando filia dotata a successione excluditur*. La dote de la mujer, dice Molino<sup>157</sup>, podía constituirse *in testamento, vel in alia ultima voluntate*, así como era costumbre que entre marido y mujer, al tiempo de contraer matrimonio o después, pacten que la mujer, contenta con los bienes recibidos de su marido, no pueda pedir en la herencia del marido lo que por Fuero le pertenecía, *quia omne pactum tenet in Aragonia, et es servandum inter partes*, según la *Observ. De fide instrumentorum*, porque en Aragón *stamus cartae*. En la *Observ. De iure dotium* (lib. 5.º, 58) se dice que «Si el marido hiciera pacto con la esposa al tiempo de las nupcias, o después, de que, dándose por contenta con ciertas cosas, no pueda pedir ni tener otra cosa en sus bienes, la esposa, en virtud de dicho pacto, pierde todo lo que de otra manera se le debería por beneficio del Fuero, exceptuando la viudedad, a no ser que haya renunciado expresamente a ella».

La hija siempre tenía derecho a su dote, a no ser que hubiera contraído matrimonio sin el consentimiento de sus padres o contra su voluntad, pues en este caso, y según el Fuero *De exhaereditatione filiorum* (lib. 6.º), los padres no están obligados a dotarla de sus bienes; los pactos renunciatorios que hacían los varones y las hembras, cuando recibían por donación la parte que los padres quisieran darles, eran válidos en Aragón, en donde *seu renunciare successione bonorum paternalium, et maternalium*, siendo muy frecuentes entre las clases

<sup>156</sup> Sessé, J. *ob. cit.*, decis. 308 y 309, T. 3.º, págs. 291 y s. y decis. 280, pág. 231.

<sup>157</sup> Molino, M. del, *ob. cit.*, voz *dos*, pág. 113 y voz *pactum*, pág. 247.

nobles, entre las cuales estos pactos son tan estables como la ley o tienen la fuerza de la ley: *quod plus operatur pactum quam lex: et tenacius est et magis stabile, quam lex*<sup>158</sup>.

Incluso cuando se tienen hijos, se acudía a la adopción que aparece ya recogida en el Fuero de Jaca; en este Fuero podía adoptar incluso el que tenía hijos legítimos; así en el manuscrito de Madrid (A. Biblioteca Nacional) se recoge bajo el epígrafe *D' aquel qui aura filltz et afillara altre per adant*, que si algún hombre, infanzón u otro, que teniendo hijos legítimos *de gracia* por su voluntad *afillara fill d' alt! om*, éste estará obligado, lo mismo que los demás hijos, a pagar las deudas de su padre; en la adopción se pactaba *lo a stablit hereder ensems ab sos filltz en los bens que auia* (52).

En el manuscrito de París (B. Archivos Nacionales) se dice *De omne qui afilla sou efant* (162), que si alguno *por sa voluntat afilla a alguno o a alguna, que en tot caut. que el a aya sa part assi com un de ses filltz. De afillament* (41) se denomina la adopción en el manuscrito de Madrid (C. Biblioteca Nacional) y, en parecidos términos los Manuscritos D. (40) y E. (44).

Cuando los cónyuges no tenían hijos, era frecuente que hicieran entre ellos un pacto de hermandad, según la *Observ. Item propter germanitatem 19. unde vir et uxor. De iure dotium*. Según Sessé<sup>159</sup>, *vir et uxor, si inter se faciant germanitatem cum publico instrumento de omnibus bonis, tam habitis, quam habituris inter eos*, tal pacto es válido y el sobreviviente recibe todos los bienes, según el *ius liberorum*. Los pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges que no tenían hijos ni descendientes, eran también frecuentes entre hermanos, como el celebrado en el año 1180: *Hec est carta de illa germanitate et de illa convenença cum facimus ego don Portoles de Foces et don Artal de Foces*, en la que establecieron que: *si forte evenerit quod ego don Portoles moriam et non habeam filios de muliere ad legem et benedictionem, remaneat totam meam partem ad vos don Artal et ad vestros filios*; lo mismo otorga su hermano en favor de Portolés, en el caso de que él muriera antes sin descendencia legítima. *Et ego don Portoles et don Artal firmamus ista suprascripta germanitate et convenença*,

<sup>158</sup> MOLINO, M. del, *ob. cit.*, voz *successio*, pág. 308.

<sup>159</sup> SESSÉ, J. *ob. cit.*, decis. 383, T. 4.º, págs. 103 y s.

jurando ambos sobre los evangelios que han de guardar este pacto de hermandad y conveniencia. En este pacto aparece también la mujer de uno de ellos: *et ego domjna Tota... bono animo concedo, laudo et confirmo suprascripta germanitate et conveniença*<sup>160</sup>.

La sucesión en Aragón podía hacerse por contrato, por últimas voluntades (ambas, sucesión contractual, una con efectos en vida y otra *post mortem*) y por testamento. En Aragón, como en toda Europa, se cuestionó si los fideicomisos o sustituciones se podían establecer fuera de los testamentos; para los juristas, según el Derecho común, los fideicomisos sólo podían establecerse en los testamentos, pero se daba la circunstancia de que en la sucesión contractual, en capítulos matrimoniales generalmente, se establecían sustituciones y reversiones de bienes al tronco de donde procedían, si los hijos donados morían sin hijos o descendientes; la ley de la familia y la conservación de la casa y del patrimonio familiar hacía que se previeran todas las circunstancias futuras y las prematuras muertes de los hijos. Las vinculaciones o sustituciones están ya recogidas en el Fuero de Huesca *De rebus vinculatis* (lib. 6.<sup>o</sup>) en donde Jaime I estableció que «Si el padre o madre hubieren vinculado las heredades u otros bienes al hijo o hija, diciendo: si acaso mi hijo muriese sin hijos legítimos, esta herencia o estos bienes sean devueltos a tales; dicho hijo nunca puede empeñar algo de aquellos bienes vinculados, hasta que tenga 20 años, pues en cumplirlos, puede en lo sucesivo hacer libremente su voluntad, como si no estuvieran vinculados». Las vinculaciones y sustituciones hechas en los capítulos matrimoniales chocaban con el testamento romano y las sustituciones establecidas en él; debió de haber una discusión entre los foralistas sobre la validez de estas sustituciones en los contratos, discusión que trata de resolver Juan II de Navarra, Lugarteniente, en Alcañiz, el año 1436, estableciendo que las sustituciones eran válidas, ya se establecieran en los testamentos o en las últimas voluntades, es decir, en las dos formas voluntarias de suceder: la testamentaria y la contractual.

Dice así el rey Juan II de Navarra: «La antigua disceptación de los Foristas, cobdiciantes decidir. Statuimus, que si en el testamento, o en última disposición» se estableciera que si uno de los instituidos

<sup>160</sup> ALONSO LAMBÁN, M. *ob. cit.*, (1955), 9-10, pág. 379.

moría menor de edad o intestado, o sin hijos legítimos, los bienes vayan a aquel que haya sido designado en la carta... «E que el present Fuero se estienda solamente a los testamentos, o otras ultimas voluntades, que de aqui avant se faran». Según el Fuero, la sustitución o el vínculo en la legítima del hijo mayor de 20 años no valía, y si en vez de dejar a un hijo su legítima, se le instituía heredero, lo mismo: «E sino serà apart lexada legitima, no valga el vinclo posado en los bienes a el lexados en testamento e ultima disposición, o en los cuales es heredero instituydo».

Valen, pues, las sustituciones en los testamentos y en las últimas voluntades, pero ¿y en los contratos? Según los juristas aragoneses, los contratos y las últimas voluntades se equiparan si lo dice la carta; si no, no. Según los juristas del Derecho común, dice Sessé<sup>161</sup>, los fideicomisos sólo pueden establecerse en los testamentos, pero esto no es así según el Fuero: *Fallit secundo de foro (F. A vezes de Appreh.) absolute, quia contractus et ultima voluntas aequiparatur, ita si dicatur in charta, non alias*. Según este Fuero, el fideicomiso podía establecerse en cualquier contrato o en cualquier última voluntad, si se hace mención de la muerte, o a la muerte está dirigido el acto, como ocurre en las vinculaciones y en el mayorazgo, porque en estos casos los contratos y las últimas voluntades se equiparan. Esta es además la opinión común, *et magis procedit in Regno de foro et consuetudine*, además de que en Aragón nada hay imposible: *in Regno tamen, ubi impossibilia iuris non attenduntur, quia stamus cartae*. Además, dice Sessé, las vinculaciones y los fideicomisos *posita in contractibus et pactis dotalibus, videmus quotidie bona apprehendi*, según costumbre y práctica del Reino. La discusión que había entre los juristas de si las sustituciones podían establecerse *tam in ultimis voluntatibus, quam in contractibus, materia pulchra, et difficilis*, dice Sessé<sup>162</sup>.

Se pregunta Molino<sup>163</sup>, que como en el Fuero de Alcañiz *De testamenti*, del año 1436, se dice expresamente: testamentos o últimas voluntades, ¿si estarían incluidas en éstas los contratos?: *quaero, quid in contractibus*. Dice que esta discusión entre los juristas del Derecho

<sup>161</sup> SESSÉ, J. *ob. cit.*, decis. 311, T. 3.º, págs. 297 y s.

<sup>162</sup> SESSÉ, J. *ob. cit.*, decis. 242, T. 3.º, pág. 66.

<sup>163</sup> MOLINO, M. del. *ob. cit.*, pág. 315.

común, *nunquid habebit locum iste forus*. Veamos por qué no, dice; ateniéndose al Derecho común y al Fuero, como éste no admite interpretación extensiva, según establece la *Observ. De equo vulnerato*, debía llegarse a la conclusión de que no están incluidos los contratos, *quia fori non recipiunt interpretationem extensivam*. Es verdad, dice Molino, que el Fuero no debe interpretarse extensivamente, pero cuando se trata de la misma razón o cuando es la misma *ratio*, no se dice que se hace una interpretación extensiva: *quia quando eadem omnimoda est ratio, non dicitur extensio: ut dicit glo. notabilis in c. primo. extra de tempor. ordi. lib. 6.º*, y según el Fuero único, tit. *De iuramento venditionum*, de Calatayud. Y así *fuit hoc determinatum per omnes in consilio Iusti. Arag.* el día 7 de agosto de 1473, *toto concilio concorde*, es decir, que los contratos y las últimas voluntades se equiparan, si lo dice la carta; si no, no, *quod in Aragonia aequalis potentiae est contractus et ultima voluntas, quia in Regno etamus cartae*, según Sessé<sup>164</sup>.

Hasta ahora he hablado de los pactos sucesorios hechos en la familia o en las donaciones *pro anima*, siempre a título de donación, pero los pactos sucesorios son, como he dicho anteriormente, las promesas, convenciones, pactos o estipulaciones sobre la herencia o sucesión del hombre que todavía está vivo, por lo que pueden tener cualquier causa, onerosa o gratuita. Prueba de ello es la Sentencia de la Real Audiencia de Zaragoza, del 30 de agosto de 1596<sup>165</sup>. El supuesto de hecho era el siguiente: un notario llamado Jacobo Casado vendió su protocolo, registros, notas y escrituras, el día 25 de junio de 1594 a Antonio de Elvira, vecino de Ateca. Después de unos días de la venta, el vendedor murió en Romanos, de donde era vecino.

Según el Fuero de Monzón de 1510 (lib. 3.º *De tabellionibus*), puesto que en el Reino aragonés se siguen muchos daños por encomendarse las notas y protocolos de los notarios que mueren, a notarios que no están domiciliados, ni habitan en el lugar del notario muerto, se establecía que los jueces hicieran comisión de dichas notas. En el

<sup>164</sup> Sessé, J. *ob. cit.*, decis. 185, T. 2.º, págs. 397 y s. y decis. 311, T. 3.º, págs. 297 y s.

<sup>165</sup> *Decisionum Sacrae regiae Audientiae causarum civilium regni Aragonum* (Caesar-Augustae, 1598), T. 1.º, decis. 34, págs. 376 y s. Sessé, J. *ob. cit.*, T. 2.º, decis. 146, págs. 248 y s. MARÍN PADILLA, M.ª L., *Contrato y última voluntad se equiparan en Aragón, si lo dice la carta; si no, no*. Homenaje a Lacruz Berdejo.

caso de que el notario muerto tuviera hijo, nieto o yerno que fuera notario, que se las encomendase a ellos. Si el caso anterior no se diera, establecía el Fuero, que se hiciera comisión de ellas al notario domiciliado, vecino y habitador de la ciudad, villa o lugar en donde hubiera vivido el notario fallecido. Si tampoco este supuesto se diera, mandaba el Fuero que se entregaran las notas al notario vecino o habitador del lugar más próximo de donde vivió el notario fallecido.

A la muerte del notario Jacobo Casado y según se establecía en el Fuero de Monzón, el Justicia de Romanos, a instancia de dos notarios, tomó e hizo inventario de las notas y protocolo del notario fallecido, según establecía también el Fuero de Tarazona del año 1592 (tit. De provisión de notas); más tarde, el Justicia de Romanos entregó el protocolo al notario de Romanos, Domingo Izquierdo. Todo se hizo conforme al Fuero, pero al Justicia no tardó en presentarse el comprador del protocolo, enseñando su escritura de compra y reclamando el protocolo que había comprado.

A la Audiencia se le plantearon dos cuestiones: la primera, saber si el notario fallecido tenía facultad de disponer de sus notas; la segunda, saber si la facultad de disponer por última voluntad era también comprensiva de los contratos. La primera cuestión se resolvió pronto, pues, el Fuero de Monzón de 1564 (tit. De provisión de notas) establecía que si un notario real no tenía hijo, nieto o yerno, el notario podía disponer de sus notas por testamento y última voluntad. La segunda cuestión fue ya objeto de discusión y polémica. Según el notario de Romanos, al que el Justicia había entregado las notas del notario fallecido, bajo la expresión de última voluntad no se comprendía *de iure*, más que la facultad de disponer por testamento, citando en apoyo de su tesis a juristas como Surdo, Socino, Romano, Alejandro, Perchio y Thesauro. La Real Audiencia consideró, por el contrario, que dentro de las últimas voluntades se encontraban los contratos, apoyándose fundamentalmente en la costumbre de Aragón, en sus Fueros y en el jurista Mantica, en su Tratado sobre las últimas voluntades.

Dice la Real Audiencia de Zaragoza que, aunque el contrato y las últimas voluntades sean opuestas y discrepen entre sí, en el contrato se puede establecer una última voluntad o viceversa. Modernamente, dice la Real Audiencia, un contrato celebrado en contemplación de la

muerte y ejecutado después de ella, se considera una última voluntad, porque tiene más de última voluntad que de contrato.

Cuando la *glossa*, dice Montero de la Cueva<sup>166</sup> se refiere a la última voluntad, no se está refiriendo concretamente ni al testamento, ni al codicilo, ni a la donación *mortis causa*, sino que se refiere a una última voluntad innominada y general; por tanto, se tendría que averiguar e interpretar las palabras empleadas por el disponente, lo cual lleva a una simple cuestión de hecho.

Se relaciona el caso en la Real Audiencia con la polémica existente en la doctrina sobre si podrían establecerse fideicomisos en los contratos, en la que Montero de la Cueva y Sessé dicen que en Aragón cualquier sustitución puede hacerse por contrato.

Oídas todas las opiniones, la Real Audiencia sentenció que el notario fallecido tenía *de iure Regni* facultad de disponer de su protocolo y notas *ex testamento aut quavis alia ultimae voluntate* y que se le devolviera el protocolo y notas que había comprado, porque en el Fuero no se encontraba ninguna prohibición en el sentido de que el notario no pudiera disponer en vida ni en muerte de sus notas, así que podía disponer tanto *mortis causa*, como *inter vivos*.

La disposición por pacto sucesorio a título oneroso se consideró por la Real Audiencia ajustada a la costumbre, puesto que la costumbre, como la ley, debía observarse; en base, por tanto, al sentido general y amplio del Fuero de Monzón de 1564, según el cual, los notarios vendiendo, donando o, de cualquier otra manera, disponiendo de sus notas están realizando una última disposición, puesto que se reserva las notas hasta después de su muerte. La venta hecha por el notario Jacobo Casado a Antonio de Elvira es una última voluntad, como se desprende de la escritura de venta, además de que este caso, como cualquier otro, carece de dificultad en Aragón, puesto que por instrumento se puede hacer cualquier cosa, siempre que no contenga algo imposible ni contra el Derecho natural.

La sentencia de la Real Audiencia, en este pleito, *fallit secundo foro, absolute, quia contractus et ultima voluntas equiparatur, ita si dicatur in carta, alias non*.

<sup>166</sup> MONTERO DE LA CUEVA, M., *Causarum civilium Regni Aragonum sacrae regiae Audientiae* (Caesaraugustae, 1601), decis. 34, pág. 376; *Commentaris in titulum C. de Pactis*. (Oscae, 1580), pág. 289.

## XII. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LAS ANTIGUAS COSTUMBRES DE VALENCIA Y EN LAS BALEARES

La regulación conjunta y unitaria de las dos formas de suceder: la testamentaria y la contractual, aparece en los *Fori antiqui Valentiae*; el autor o autores de esta compilación conocen muy bien el Derecho justiniano, el Derecho canónico y el feudal e hicieron una síntesis de los dos Derechos: el medieval y el romano. La *Costum* se promulgó el 29 de diciembre de 1239, un año más tarde de la proclamación del rey Don Jaime, como rey de Valencia, en octubre de 1238<sup>167</sup>. Las costumbres de Valencia pueden así servir para completar y comprender mejor el Derecho sucesorio de la Península, en esta época.

En el epígrafe *De testamenti* (86, 24) vemos copiada literalmente, la ley *Habeat* (C. 1. 2.1 *De sacrosanctis ecclesiis*), en la que el emperador Constantino, en el año 321, estableció que «no fueran nulas las últimas voluntades, porque nada hay que más se deba a los hombres, sino que sea libre la disposición de su última voluntad, después que ya no puede querer otra cosa, y lícito el arbitrio, que no vuelve otra vez». *Cum nichil sit quod magis hominibus debeatur quam ut supreme voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus, et licitum quod iterum no redit arbitrium*, dice la costumbre de Valencia.

La influencia del Derecho romano la vemos también en la libertad de disposición del padre y la madre en sus testamentos o últimas voluntades, en favor de los hijos e hijas legítimas, por partes iguales o desiguales, distribuyendo los bienes entre ellos, si han dispuesto por última voluntad, salvando siempre, según el Derecho canónico y el Derecho civil, la legítima que correspondía a cada hijo: *Ideoque pater et mater, deductis primo debitis et iniuriis restitutis, omnia bona sua mobilia et immobilia ac semoventia in testamento vel qualibet alia eorum ultima voluntate inter omnes filios et filias ex legitimo matrimonio procreatos partibus, quibus voluerint, equalibus vel inequalibus, distribuant atque donent, no obstante aliquo iure canonico vel civili, salva tamen inicuique filiorum legitima portione*.

---

<sup>167</sup> DUALDE SERRANO, Manuel. *Fori antiqui Valentiae*, (Madrid - Valencia, 1950 - 1967), CSIC., Escuela de estudios medievales, vol. XXII.



En este Texto (86, 26) la herencia aparece dividida en tres partes; un tercio de legítima, un tercio de mejora y el tercio de libre disposición. La institución del heredero o legatario podía hacerse por testamento o última voluntad, pero siempre que el instituido heredero fuera un hijo legítimo y no los nacidos de ayuntamientos torpes, ilícitos o de religioso o religiosa; en el caso de que instituyeran a estos hijos en testamento o última voluntad, ninguno de estos nombramientos valdría y se abriría la sucesión intestada. *De heredibus instituendis* (88, 7): *Si quis homine vel femina heredem instituerit in suo testamento vel ultima voluntatem filius suum genitum et natu de propinquo vel de propinqua vel de adulterio vel de turpi aiustamento, scilicet, de religioso vel de religiosa et de simili aiustamento vel de alio vetito aiustamento genitus sit et natus, vel ei aliquid legaverit, non valeat talis heredis institutio vel legatum, et hereditas relicta tali filio ac legatum, tanquam indigno, penitus auferatur.*

Los cónyuges que no tenían hijos, podían disponer libremente de sus bienes, en favor de quien quisieran y como quisieran, también por testamento o última voluntad, es decir, disponiendo o donando: *quilibet et quelibet in testamentum vel alia ultima voluntate sua possit disponere de omnibus bonis... pro voluntatis sue libero arbitrio, modis et conditionibus, quibus ei placuerit... habere debeat plenam et liberam licentiam disponendi de omnibus bonis suis per eius libera voluntate* (*De testamentis*, 86,31).

Tanto el testamento como la última voluntad son revocables hasta la muerte: *Semper in testamentis et ultimis voluntatibus, que posterius facta sunt, optinent firmitatem, quia testandis voluntas usque ad extremum vite exitum libera esse debet* (*Costum: qui facere testamenta possunt vel non*, 85,7), a deferencia de lo que ocurre en Aragón respecto de las últimas voluntades. Con términos copiados del Derecho romano se dice que: *ambulatoria est defuncti voluntas usque ad extremum vite hominis exitum, nisi in posteriori testamento prius testamentum fuerit confirmatum* (*De testamentis*, 86, 14). Ambulatoria es la voluntad hasta la muerte, por lo que un testamento o una última voluntad pueden ser revocados por un testamento posterior o una última voluntad posterior: *et postea mutaverit voluntatem sua testator, non valet quod in prima voluntate vel in primo testamento relictum est, quoniam et propter ultimam voluntatem est annullata primo voluntas vel primus testamentum*

(*De testamentis*, 86, 36). La disposición de los bienes aparece, como aparecía ya en el Derecho visigodo, como *voluntas* y al que dispone de sus bienes por testamento o los dona por última voluntad se le denomina testador.

A la Iglesia, para el perdón de los pecados y por el amor de Dios, se le podían dar bienes muebles por testamento o última voluntad: *que a testatoribus in testamentis vel ultimis voluntatibus relinquuntur, ut ea amore Dei et ab animas illorum* (*De testamentis*, 86,27). A la Iglesia se le podían dar bienes, por testamento, por última voluntad y por actos *inter vivos*; en las dos primeras formas con efecto a la muerte del testador y en la tercera con efecto en vida del testador, lo mismo que se podían establecer capellanías por testamento o última voluntad: *si in testamento vel aliqua alia ultima voluntate legaverit alicui ecclesie vel loco religioso aliquis possessionem vel inter vivos* (*De rebus non alienandis* 72, 5 y 6); *in hoc foro*, cualquiera podía *in suo testamento et in sua ultima voluntate cappellaniam* (72,8).

Como hemos visto anteriormente, era frecuente que en los testamentos medievales o donaciones *pro anima* se manumitieran esclavos para obtener también el perdón de los pecados; esta práctica aparece recogida en la costumbre de Valencia y, lógicamente, también podían manumitirse en testamento o en última voluntad: *quilibet in testamento vel ultima voluntate potest dare libertatem servo suo* (*De testamentis*, 86,4).

En el epígrafe *De testamentis* (86,13) se dice que el testamento o la última voluntad eran válidas aunque no contuvieran institución de heredero: *valeat testamentum vel quelibet alia ultima voluntas, licet testator nullum sibi heredem instituerit*.

Los legados y fideicomisos podían establecerse, indistintamente, en los testamentos o en las últimas voluntades: *Si quis in testamento sive ultima voluntate relinquerit legatum vel fideicommissum alicui...* (*De legatis et fideicommissis*, 92, 17), lo mismo que se podía disponer del derecho enfitéutico por testamento y última voluntad: *si quis in civitate vel alio quolibet loco regni Valentiae in suo testamento vel ultima voluntate sua legaverit vel dimiserit vel dabit alicui rem censualem...* (*De emphiteutico iure*, 76, 30).

Recoge la Costumbre de Valencia la libertad de los militares de disponer de sus bienes como quisieran: *Item facimus forum novum*

*quod milites possint vendere, alienare, relinquere in sua ultima voluntate quibus voluerint*, excepto aquellas heredades y aquellos bienes que obtienen de los valencianos y que están sujetas a ciertas condiciones (72,9).

Tanto el testamento como la última voluntad tenían que hacerse ante notario y con la presencia de tres o cuatro testigos idóneos, ante los cuales, oyéndoles y viéndoles *de rebus suis disponat et ultima sui voluntas habeat firmitatem* (*De testamentis*, 86,17), pudiendo establecer en una o en otra las sustituciones que considere (*De testamentis*, 86, 18). El testamento era un negocio jurídico unilateral y personalísimo, pero la última voluntad es un contrato y, como hemos visto, podía hacerse por representante. Pues bien, esta realidad se recoge en la Costumbre de Valencia cuando contrapone testamento e instrumento que contiene un contrato; se está hablando de la necesidad de que en el testamento y en la última voluntad intervenga el notario y tres o cuatro testigos idóneos y se dice: *in testamento vel instrumento facto super aliquo contractus [subscripserit]*; se contrapone, como tenía que ser, testamento y contrato, las dos formas de delación voluntarias reguladas a partir del s. XIII, con la recepción de Derecho romano, en todos los Reinos de España. Dualde Serrano, como no ve en la expresión, testamento y última voluntad, dos formas de suceder, dice, en nota 26, que este texto repite innecesariamente la misma cosa, la misma idea, es decir: testamento e instrumento. (*De testamentis*, 86, 23).

El testamento y la última voluntad pueden ser por escrito: *Statuimus licere volentibus per scripturam conficere testamentum vel aliam quamlibet ultimam voluntatem*, y en ella el testador debía decir al notario y a los testigos: *quod testator dicat eis dictam scripturam suum esse testamentum vel aliam ultimam voluntatem, que scriptura sive facta perpetuam habeat firmitatem* (*De testamentis*, 86, 29); lo mismo si se había hecho un testamento o última voluntad ológrafos: *hoc est mea ultima voluntas vel meum testamentum, ex quo sua tamen manu propria sit scriptum. Si testametum fuerit sacramento vallatum, nichilominus valeat ultimum testamentum sive ultima voluntas* (*De testamentis*, 86, 37).

Los ejecutores testamentarios, manumisores o comisarios reciben en la Costumbre de Valencia en tratamiento unitario; sin embargo, es muy diferente un albacea o executor testamentario romano, que

se encarga de que se cumpla la voluntad del testador, y un ejecutor o comisario de una última voluntad que, como hemos visto, no se trata ya tan solo de ejecutar la voluntad del testador, sino de otorgar, en su nombre y de acuerdo con un contrato de mandato anterior, el propio testamento o última voluntad del donante fallecido. La costumbre, como hemos visto anteriormente, contrapone testamento a instrumento que contiene un contrato, con lo que, a pesar del tratamiento unitario de los ejecutores testamentarios o de últimas voluntades, habría que hacer la distinción entre un albacea y un mandatario, entre el testamento, negocio jurídico unilateral y personalísimo, y la última voluntad, contrato y no personalísimo, sino llevado a cabo, si el testador quiere, por medio de representante. (*De testamentis*, 86, 38).

La sucesión intestada opera cuando alguien muere sin haber hecho testamento o última voluntad: *Si quis ab intestato decesserit, ita quod de bonis suis nullum testamentum fecerit nec aliam aliquam ultimam voluntatem* (*De intestatis*, 87, 1).

Regula la *Costum* de Valencia los pactos, con carácter general, y dice que no tienen ningún valor si van contra las constituciones y las buenas costumbres. El pacto sucesorio recíproco, por el que se acuerda que el que sobreviva adquiera o herede los bienes del premuerto, no tiene ningún valor si los contratantes tuvieran hijos, hermanos o sobrinos (*De pactis et conspirationibus*, 18, 3 y 8); lo mismo que el testamento y última voluntad son nulas si el testador, teniendo un único hijo o hija, no le ha dejado nada; en este caso el hijo o la hija preterido sucederán en todos los bienes del difunto (*De intestatis*, 87, 8).

También en Valencia existía la costumbre de que las hijas recibían, al ser colocadas en matrimonio, la dote, consistente en bienes muebles o inmuebles, que equivalía a su legítima; una vez dotadas legítimamente, las hijas no tenían derecho a pedir más en la herencia de sus padres, a no ser que éstos le hubieran legado algo en su testamento. Si los padres morían intestados, la hija concurría con sus hermanos, si no había sido todavía dotada; si podía pedir el suplemento de legítima, computando lo que en vida había recibido como dote; si la dote fue superior a su legítima, establece la *Costum* de Valencia que los herederos de sus padres no tenían derecho a pedirle nada, indiferentemente

de que los padres hubieran muerto testados o intestados (*De dotis promissione et iure dotium*, 79, 5 y 6).

A diferencia de otras legislaciones, en la *Costum* de Valencia, no existía ninguna ley que prohibiera al marido dotar a su mujer con todos sus bienes: *Nulla lege prohibitum est universa bona in dotem marito femina dare* (*De dotis promissione...* 79, 1) y, sin embargo, las donaciones entre marido y mujer, dentro del matrimonio, estaban prohibidas, a no ser que en testamento o en última voluntad fueran confirmadas: *non valeat, nisi in ultima voluntate ab ipso fuerit confirmata verbo vel testamento* (*De donationibus inter virum et uxorem*, 80, 1 y 4).

La viuda que contrajera segundo matrimonio tenía que devolver a los hijos del primer matrimonio, todos los bienes que había recibido de su marido *vel donationes factas inter vivos, vel in testamento sive ultima voluntate*, a su muerte; si, no obstante contraer segundo matrimonio, no tuviera hijos del primer marido, debía restituir a los parientes más próximos de su primer marido las donaciones *propter nuptias* recibidas de él, a no ser que el marido, al tiempo de contraer matrimonio o en última voluntad le hubiera concedido algo: *nisi ex pacto mariti facto tempore contrati matrimonii vel ultima voluntate mariti eidem uxori ad voluntates suas aliquid concessit* (*Costum. Si secundo nupcerit mulier*, 78, 5).

La mujer tenía plena facultad de disponer de sus bienes por testamento o última voluntad, pero la *Costum* de Valencia establece que si la mujer no tenía hijos ni hijas, para hacer su testamento o última voluntad tenía que llamar a sus padres, si vivieran en Valencia o en el término de esta ciudad, o a sus parientes más próximos si vivieran también en Valencia o sus alrededores; en presencia de ellos la hija debía hacer su testamento o última voluntad: *et in presentia patri vel matri faciat suum testamentum vel ultimam voluntatem*. La presencia de los padres o los parientes tendría como finalidad el aconsejarla bien, porque se dice que aunque se mostraran contrarios a lo dispuesto por su hija o parienta *valeat testamentum et sua ultima voluntas* (*Costum. qui facere testamenta possunt vel non*, 85, 8).

La mujer podía mejorar a sus hijos legítimos con sus propios bienes: *de dote sua sicut de alio suo patrimonio dare cuilibet filio tempore mortis sue partem quam voluerit*, como podía establecer cualquier legado en favor de ellos en su *testamento vel in ultima*

*voluntate legaverit C. aureos vel aliquid aliud (De testamentis, 86, 20 y 22).*

Los hijos o las hijas que habían abrazado la vida religiosa estaban excluidos de la herencia intestada de sus padres y no podían concurrir a ellas con sus otros hermanos: *non possunt succedere patri vel matri cum eliiis filiis vel fratribus vel fratrum filiis nec cum agnatis vel cognatis*, a no ser que los padres *talibus religiosis personis in testamentis suis vel ultimis voluntatibus eorum aliquid relinquere teneantur (De intestatis, 87, 6).*

En la *Costum.* de Valencia vemos ya unidas, las dos formas de delación voluntaria: la testamentaria y la contractual; la institución de heredero no aparece ya, como en Cataluña y Aragón, regulada en las donaciones y, concretamente, en la donación de todos los bienes presentes y futuros; parece como si los redactores de estas costumbres hubieran querido, y lo hicieron, sacarla del título de donaciones y traerla, como correspondía según una concepción romana de la sucesión, al título de los testamentos. La *Costum* de Valencia es la mejor prueba del encuentro y asimilación, en pie de igualdad, de las dos formas voluntarias de suceder: la testamentaria y la contractual.

Por lo que se refiere a las islas Baleares, Cerdá Gimeno y Masot Miquel<sup>168</sup> dicen que el fundamento del Derecho sucesorio mallorquín está en el Derecho romano justiniano, porque las islas no fueron nunca visigóticas, destacando la incorporación de Mallorca al Imperio de Bizancio, en el año 530 hasta finales del siglo VIII.

Según Cerdá Gimeno, entre los siglos III al V se produjo una asimilación total, íntegra y funcional entre el testamento y las donaciones, siendo el período de dominio bizantino de gran importancia para la cultura jurídica de las islas. En las islas se rastrean hasta tiempos muy antiguos toda clase de pactos sucesorios en los *espolis* o capítulos matrimoniales, siendo muy frecuentes las donaciones universales de todos los bienes, presentes y futuros con reserva del usufructo por parte del donante o en beneficio del cónyuge superstite; a veces el

<sup>168</sup> CERDÁ, GIMENO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales; Compilación balear*. T. XXXI-2, arts. 69 a 76, pág. 210. MASOT Miquel, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales; Compilación balear*, T. XXXI, vol. 1.º, arts. 1 a 65, págs. 146 y s. *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros; juicio crítico de la institución*. Anuario de Derecho foral (Pamplona, 1975).

donatario asumía obligaciones respecto de sus hermanos, como el pago de sus legítimas o la constitución de la dote de sus hermanas si no hubieran contraído matrimonio en vida de los padres; a veces también, obligación de asistencia, habitación, alimento, etc., en favor de los donantes durante sus vidas.

Como en Cataluña, era frecuente que en los capítulos matrimoniales, los mismos contrayentes pactaran e establecieran la institución de heredero a favor del hijo o hija que nacerían de su matrimonio. Los heredamientos en capítulos matrimoniales se rastrean así durante muchos siglos en los protocolos notariales, siendo el heredamiento el pacto sucesorio más típico de las escrituras de *espolis*, con una formulación idéntica a la catalana, siendo muy frecuentes entre labradores, en un medio rural y agrícola, con la finalidad de conservar indiviso el patrimonio familiar. Según Cerdá Gimeno la doctrina insular mayoritariamente considera que el heredamiento data de la Reconquista y que se estableció en las islas esta institución por los conquistadores catalanes.

La donación universal de todos los bienes presentes y futuros, dice Masot Miquel, no puede tener su origen en el Derecho romano puesto que éste rechazó taxativamente la validez de los pactos sucesorios, salvo escasísimos supuestos, como la *L. Licet inter privatos*, que son las clásicas excepciones que no hacen más que confirmar la regla general. El origen de estas donaciones, rechazado el Derecho romano, lo encuentra Masot Miquel en elementos consuetudinarios, totalmente indígenas y autóctonos; de los tres sistemas de delación: la legal, la testamentaria y la contractual, dice, ésta, que fue la última, es la que más arraigó y la más sencilla; la que nació, no por influencias extrañas, sino por su misma sencillez y simplicidad. Fue esta sencillez y simplicidad la que determinó su aparición en las diversas regiones forales, a pesar de su falta total de precedentes romanos; de ahí también su falta de regulación sistemática y completa. La primera donación universal de la que se tiene noticias, dice Masot Miquel, es del año 1474 y se encuentra en el Archivo Histórico de Mallorca.

En el Derecho de las Pitiusas<sup>169</sup>, el pacto sucesorio es la pieza

<sup>169</sup>GARCÍA ARANGO, *El Derecho sucesorio vigente en las Pitiusas*, conferencia en el Colegio de abogados de Baleares, en Palma de Mallorca, el día 20 de febrero de 1979, inédita pero citada por CERDÁ GIMENO.

clave de toda la arquitectura sucesorial foral. Destaca García Arango la diferencia de trato, a efectos sucesorios, entre varones y hembras, refiriéndose concretamente al pacto sucesorio renunciativo, hecho por la hija dotada con su padre o hermano de que, dándose por contenta con la dote, renunciaba a los derechos que en su futuro pudiera corresponderle en la herencia del padre; el llamado pacto de finiquito de legítima o *deffinitio*, al que se refiere el Privilegio de Jaime I, expedido en Lérida, el día 12 de marzo de 1274, para las Baleares. Según este privilegio, «la hija casada, de edad legal, con el consentimiento del marido, al verificar definición de legítima no podía ir contra su padre, ni contra sus bienes, ni contra sus herederos, por causa de legítima, en vida del padre, ni después de su muerte intentar petición o demanda; antes bien, la definición efectuada en dicha forma tendrá plena validez siempre que el marido de aquélla no fuera demente».

Como en el resto de Europa y España se produjeron abusos, tanto en la constitución de la dote, como en los pactos renunciativos, debiendo ser frecuente que, sin atenerse al pacto sucesorio renunciativo, la hija dotada pretendiera concurrir con sus hermanos a la herencia intestada del padre; así el día 8 de noviembre de 1319, Sancho I de Mallorca, en el Privilegio de Perpiñán, estableció que «sean valederas y escrupulosamente observadas las definiciones que harán a su padre o madre, consintiendo el marido y a la edad de 12 años».

No sólo las hijas hacían este finiquito en el momento en que eran dotadas, sino también los hijos e hijas que entraban en religión, a la edad de 14 años y 12 respectivamente, como el hijo que, al emanciparse, recibía su porción legítima: *per dret de naturalesa o llegítima porcio* y esto desde tiempo inmemorial<sup>170</sup>.

Pasemos, por último, a la sucesión contractual en Vizcaya.

<sup>170</sup> MASOT Miquel, M., *ob. cit.*, pág. 766. PASCUAL y GONZÁLEZ, *La definición, institución de Derecho sucesorio contractual* (Palma de Mallorca, 1962). COLL CARRERAS, *Sucesión contractual en Baleares*, Jornadas de Derecho foral (Palma de Mallorca, 1973), págs. 56 y s.



### XIII. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN VIZCAYA

La sucesión contractual se hacía en Vizcaya partiendo o donando, por partes iguales, el patrimonio familiar entre todos los hijos legítimos, según el Fuero Antiguo de la Merindad de Durango: «heredem todos los fijos segun heredan per cabeza patiendolo», sin perjuicio del derecho que tenían los padres de mejorar a cualquiera de sus hijos con lo que quisieran: «que puedan mejorar á qualquier de los fijos de cuanto por bien tobier e que los otros hermanos no le puedan poner demanda»; si los padres carecían de descendencia legítima, la herencia pertenecía «al mas propincuo que fuere por parte de la heredit a esta caseria tal que asi se hobiere a dar que hayan mayor grado notorio» (cap. 1.<sup>o</sup>)<sup>171</sup>.

Los padres debían partir sus bienes entre sus hijos legítimos, por cabezas, pero ellos tenían la libre disposición de parte de sus bienes para disponer *pro anima*, según se desprende del Fuero de Ayala (ant. 1375), en cuyo cap. 28 se dice que todo hombre y mujer estando en su sana memoria podía mandar todo lo suyo o parte de ello a quien quisiera por Dios, o por su alma o por el servicio que le hizo: «otrosi todo hombre o muger estando en su sana memoria puede mandar todo lo suyo o parte dello a quien quisiere por Dios, e por su alma o por servicio que le fizo»; el que recibía la manda *pro anima* debía mostrar el documento o donación si se le requería (cap. 29, 2); si no se tenían hijos ni nietos: «e toda la herencia sin fijos o nietos e dende a juso torne al tronco, salvo per manda que alguno ficiere por Dios e por su alma segun dicho es».

En el Fuero Viejo de Vizcaya (1452) aparece ya la figura del heredero al que los padres podían dar o mandar todos sus bienes y apartar a los demás hijos con un árbol: «que se pueden dar é mandar todos los bienes a un fijo, apartando con un árbol a los otros» (cap. 105); la institución de heredero podía hacerse tanto «en vida como en artículo de muerte», es decir, a través de la donación universal de todos los bienes presentes y futura o por testamento y última voluntad.

Prevee el Fuero Viejo de Vizcaya el supuesto de que el donatario

<sup>171</sup> BIZKAIKO FORU LAGERIA, Diputación foral de Bizkaia, 1991, T. XVI.

muera antes que el donador, «De las donaciones fechas en vida, al que muere antes que el donador» (cap. 113); se dice en este capítulo que era costumbre que muchos, en vida, daban sus bienes a sus hijos y que éstos, a cambio, se comprometían a mantenerlos y hacer su enterramiento a su muerte; pero acaece también que muchas veces estos donatarios mueren antes que los donadores y ya no hay más hijos ni descendientes; en este caso, la tal donación o la tal herencia del donatario premuerto tornará al padre o al que hubiera hecho la donación o a quienes éstos hubieran establecido. En el cap. 108 se recoge la costumbre de que, con ocasión de su matrimonio, se dotara a los hijos con mandas o donaciones: «mandas para dote».

La parte de libre disposición estaba constituida por el quinto de los bienes, de la que, según el cap. 126: «Del quinto de los bienes para el alma», se podía disponer libremente: «mandar e dar por su alma»; esta quinta parte nunca podía estar constituida por bienes de abolengo de los que no se podía disponer *pro anima*, ni siquiera cuando no se tenían hijos ni descendientes, pues los bienes de abolengo debían retornar al tronco.

Recoge también el Fuero Viejo, en el cap. 125, la costumbre de los cónyuges de hacer testamento o donación conjuntamente: «Dijeron que había de fuero e de costumbre antiguamente que si el marido en su enfermedad o sanidad o la mujer ficieren testamento o mandas de un acuerdo o consuno, que el tal testamento e mandas en el contenidas valiesen»; tal testamento o manda conjunta no podía revocarse, pero si el marido o la mujer morían dentro del año y un día, pasada esta fecha, cualquiera de ellos, sobreviviente, podía «facer testamento e mandas como quisiere e por bien tuviere». Dice el Fuero Viejo que era costumbre antigua el hacer testamento o manda los cónyuges, enfermos o sanos, conjuntamente, lo cual me inclina a pensar que se está refiriendo este capítulo a la disposición *pro anima* de la cuota de libre disposición; en este caso, por testamento tendríamos que entender el testamento medieval, es decir, el testamento = donación: sucesión contractual.

Cuando el Fuero Viejo se refiere al testamento, no creo, de ninguna manera, que se refiera al testamento romano; dice el cap. 106: «Here-deros ab-intestato», que según Fuero y costumbre si algún hombre o mujer muriese «sin facer testamento o sin manda». Si no es así, ¿cómo

se entendería el cap. 127 «Del testamento fecho por poder»? Dice este capítulo que muchas veces, algunos hombres y mujeres no «pueden ordenar sus testamentos o mandas o aunque puedan no quisieren declarar su postrimera voluntad de facer sus testamentos e establecer herederos»; en estos casos preve el Fuero Viejo que pueden dar poder a parientes o amigos o, incluso, apoderarse recíprocamente los cónyuges, para que después de la muerte del que no quiso o no pudo hacer testamento o mandas, los hagan en lugar del fallecido: «en su lugar puedan facer mandas e testamentos e para dar e distribuir e partir entre sus herederos todos sus bienes muebles e raices como quisieren o por bien tovieren»; dice primero dar (testamento) y luego distribuir y partir entre los herederos sus bienes (mandas), ambas manifestaciones de la sucesión contractual.

El testamento y la manda hecha por mandatario valen siempre: «vale todo lo que por los tales que así fuere dado poderio fuere fecho, e ordenado e mandado, así como si el testador mismo en su vida hubiese fecho e ordenado». El testamento y la manda aparecen recogidos en el epígrafe «De los testigos de los testamentos», conjuntamente; tanto uno como otra necesitan para su validez la presencia de testigos, dos hombres buenos y una mujer de buena fama si se hacían en lugares apartados o de montaña, y cinco testigos, tres varones y dos hembras o cinco varones de buena fama, si se hacían en lugar poblado, «e tal testamento e mandas que en cualquiera de las maneras sobredichas fuese fecho, vala».

Más adelante, los vizcaínos pidieron a los Reyes Católicos Fueros nuevos y leyes con las que regirse y gobernarse los vecinos de sus tierras en paz y justicia, por cuanto no tenían ni Fueros ni leyes ciertas y determinadas por las cuales fueran juzgados y regidos, porque las que tenían eran tan breves y oscuras, e incluso contradictorias las unos de las otras, que había gran confusión en estas tierras, grandes inconvenientes y escándalos, porque la justicia ni se cumplía, ni ejecutaba. En la Carta de Privilegio y confirmación del año 1487, se ponderan el Fuero Real, las Partidas y los Ordenamientos que los reyes de Castilla habían dado a su Reino y, por su bondad, se acogen a las leyes de Castilla renunciando al Fuero antiguo que antes usaron y a todos sus usos y costumbres, «excepto que en cuanto a las herencias e subcesiones de los bienes de cualesquier vecinos de dicha tierra, que

puedan testar e mandar por testamento o manda o donación de todos sus bienes o de parte de ellos a quien quisieren, apartando sus hijos o parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren».

En el Fuero del Albedrío (Encartaciones, 1503) se regula, en su ley 22, una costumbre muy original de nombrar heredero: «De las que se dan á mantenencia». Dice así esta ley: «Otrosi hemos de fuero y costumbre que cualquier hombre o mujer que sea en viejo o enfermedad impedido de cuerpo se quiere dar á mantenencia que descaloñando sus bienes muebles y raíces en tres domingos en la Iglesia Parroquial públicamente al tiempo de la ofrenda de la misa mayor estando el pueblo junto á la dicha misa é haciendo el dicho descaloño en los dichos tres Domingos á renque diciendo como los descaloño para darse con ellos a mantenencia é nombrando el descaloña primero por primero y el segundo por segundo y el tercero por postrimero é cualquier heredero que quisiere dar la mantenencia e diere fiadores de la cumplir que el tal que hansí la diere herede todos los bienes é raíces de aquel que así se dá á mantenencia e sea obligado a lo mantener honestamente segun a persona de su estado conviene segun el uso de la tierra é dé le facer su enterramiento é honras y ecsequias como á persona de su estado conviene según que a semejantes personas le hacen en la tierra é si muchos herederos se prefieren á dar la dicha mantenencia é fiadores de ella que se prefieran los mas propincuos é cercanos e si todos fueren de igual grado que todos puedan haber los tales bienes dando cada uno su rata parte é la mantenencia é fiadores de lo cumplir, enpero el que se da á mantenencia pueda escoger de estar con el que mas quisiere en la dicha mantenencia y los otros sean obligados de le acudir con su rata parte para la dicha mantenencia para que la gaste y los que así dieren la dicha mantenencia hereden todos los dichos sus bienes por la rata parte que cada uno diere a la dicha mantenencia é si heredero no hubiere que cualquier otro que quisiere tener á la tal persona en mantenencia que haya todos sus bienes é raíces é cumpla como arriba dicho ... e a ello le apremie el juez...»

La sucesión en el patrimonio familiar se hacía donando en vida o mandando que se les diera a su muerte a los hijos legítimos, por partes iguales o desigualmente, según quisieran los padres, o nombrando heredero a uno solo de sus hijos y apartando a los demás con lo que quisieran. Dice así la ley 23. «De los testamentos cómo y cuándo y a

quiénes puede mandar el que hace testamento de sus bienes»: «Otrosi hemos de fuero y de costumbre que cualquier hombre o mujer en los Valles de Salcedo y Gordejuela que hobiere hijos legítimos de legítimo matrimonio puedan así en vida como en el artículo de la muerte mandar a uno de sus hijos o fijas todos sus bienes muebles o raíces dando y apartando e mandando dar algún tanto de la tierra poco o mucho a los otros sus fijos o fijas aunque sean de legítimo matrimonio»; luego dice que si no tuviera hijos, pero sí nietos, a éstos les podía mandar en vida o en artículo de muerte sus bienes; los hijos producto de dañado ayuntamiento no podían heredarle, salvo que fueran legitimados por el señor Rey.

El pacto sucesorio recíproco entre cónyuges, aun teniendo estos hijos y descendientes, está recogido en la ley 24: «De las mandas que se hacen el marido a la mujer e la mujer al marido»; según esta ley, es de fuero y costumbre antigua que el marido y la mujer, recíprocamente, en sus testamentos o en sus finamientos, se manden «el uno al otro todo lo suyo o lo que de ello quisiere para que lo goce e se provea en su vida»; a su muerte los bienes pasarían a sus hijos o descendientes o, a falta de éstos, a los parientes tronqueros; dice la ley que esta disposición no se refiere al quinto de sus bienes del que el testador puede «facer lo que quisiere e mandarlo a quien quisiere o pro su anima».

La costumbre antigua de dar o prometer: «dar o enfiar» al hijo o hija que contraían matrimonio, está recogido en la ley 26: «De lo que toma el hijo en casamiento que lo ponga a partida con los otros herederos».

En el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526), se vuelve a recoger la facultad que tenían los padres de nombrar heredero a uno de sus hijos y apartar a los demás con una tierra o con algo (tit. 20, ley. 11); así como que los padres podían disponer de sus bienes «assi en vida, como en el artículo de la muerte», que, como creo, se refiere a donaciones con efecto inmediato o donaciones para después de la muerte del donante; en la ley 18, del mismo título: «A quién o de qué bienes se puede hacer donación o manda», se dice que los padres no pueden disponer de sus bienes libremente habiendo hijos legítimos o parientes próximos, excepto del quinto que podían disponer libremente «por su alma».

De nuevo vuelve a recogerse el testamento o mandas, hechos conjuntamente por marido y mujer, en el título 21 «De los testamentos y de las mandas y abintestato: Otrosí, dixeron: que havia de Fuero, y establecian por Ley, que si el marido en su fin, o enfermedad, o sanidad y su mujer, hicieren testamento, y mandas de un acuerdo, y consejo; a el testamento que hiciere uno, el otro lo loare y aprobare por bueno, o ratificare en vida del testador que muere; que el tal testamento, o manda, y institución e instituciones, en el tal testamento contenidas, valgan y sean valedaras»; si uno de ellos fallecía dentro del año y un día, el viudo no podía revocar, ni vender, ni enajenar los bienes a los que se refería el tal testamento, o manda; pero si ambos llegarán a vivir más allá de año y un día, cada uno podía revocar lo anterior y disponer «otra qualquiera ultima y postrimera voluntad».

El testamento o manda hechos por comisario está recogido en la ley 3.<sup>a</sup>, en la que se dice que si un hombre o una mujer no quisieran o pudieran hacer «su postrimera voluntad», en este caso la harían sus hijos o descendientes, amigos, parientes o uno u otro cónyuge, si se hubieran apoderado recíprocamente para hacer «el testamento o postrimera voluntad» del otro. En la ley 4.<sup>a</sup> se refiere a los testigos necesarios para hacer «el testamento o postrimera voluntad, bien en despojado o montaña o en lugar poblado».

El marido y la mujer podían «dar, y donar, o mandar» lo suyo a uno de sus hijos por separado, o bien conjuntamente: «*ambos, y dos en su fin, y postrimera voluntad, mandarlo y distribuirlo*» (ley 6.<sup>a</sup>); «muriendo sin hacer testamento, ni otra postrimera voluntad», se habría la sucesión intestada, según la ley 8.<sup>a</sup>; del quinto de libre disposición se podía disponer «en vida o en muerte: De lo que puede mandar por el alma» (ley 10.<sup>a</sup>).

El heredamiento a través de la donación universal de todos los bienes presentes y futuros está recogido en el tít. 23, ley 1.<sup>a</sup> «De los alimentos y mantenimiento de los padres y abuelos», en el que se dice que es costumbre antigua que los padres «dan lo suyo» a sus hijos «en casamiento», «o por otra vía, con cargo de sus alimentos y ebsequia»; la ley recoge y denuncia un supuesto que debía ser frecuente; se trata del caso en el que el donatario muriera antes que el donante dejando hijos de corta edad; los donantes, en este caso, para defraudar a los menores, ofrecían sus bienes a la Iglesia a cambio de alimento y esto

lo hacían ocultamente y sin conocimiento de los tutores de los menores y, a veces, por participar en el fraude, disimulan y consienten que tales bienes donados se rematen en extraños o en alguno de los hijos de los donadores.

La costumbre de dar o donar sus bienes a los hijos, con ocasión de su matrimonio, en concepto de dote o donación *propter nuptias*, o de otra manera se regula en el título 23, leyes 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, así como que estas donaciones equivalían a la legítima (tit. 21, ley 7.<sup>a</sup>).

Quiero hacer constar que, por circunstancias ajenas a mi voluntad, no he podido incluir en este libro el estudio de la sucesión contractual en Navarra, estudio que quizá algún día haga. Queda muchísimo que investigar en nuestro pasado medieval.

Veamos ahora la sucesión contractual desde la perspectiva del Derecho común.





### CAPÍTULO III

## LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA DEL DERECHO COMÚN

A los juristas del Derecho Común los pactos sucesorios les crearon numerosos problemas. La tradición les mostraba un mundo en el que los pactos sucesorios habían constituido, si no la única manera de disponer de los propios bienes para después de su muerte, sí una de las más frecuentes, ya entre los príncipes e ilustres familias, entre los militares, en disposiciones *mortis causa* a favor de la Iglesia o causas pías, entre padres e hijos, entre éstos con ocasión del matrimonio, de la constitución de la dote, de donaciones *propter nupcias*, de la emancipación de los hijos, sin contar con los pactos sucesorios celebrados con ocasión del ingreso en religión.

Frente a esta realidad, los juristas del Derecho Común suelen repetir que para el Derecho civil estos pactos sucesorios están prohibidos y reprobados en todos los tiempos y por todas las personas, además de por todas las leyes, tanto divinas como humanas: *omni tempore, odiosissima apud gentes fuerint, ab omnibus legibus, tam Divinis, quam humanis improbata*<sup>1</sup>. El que los pactos sucesorios no valen, ha llegado a ser, dice De Castro<sup>2</sup>, *lex vulgaris*, o es regla general,

---

<sup>1</sup> THOLOSANO, P. G., *Syntagma iuris universis legum omnium pene gentium et rerum* (Venetiis, 1593), lib. 40.<sup>o</sup>, cap. 4, ns. 2 y ss. Existe otra edición (Coloniae Allobrogum, 1639).

<sup>2</sup> CASTRO, P. de, *Comementaria in primam Codicis partem, in secundam Codicis partem* (Venetiis, 1594); *Commentaria in primam et secundam Digesti veteris* (Lugduni, 1553); y *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1570). En *L. De Quaestione*, ns. 1 y 6.

*est regula generalis*, dice Tholosano<sup>3</sup>. El que tienen la memoria sana, señala Giurba<sup>4</sup>, repite y ha oído repetir que, según el *iure civilis*, tales pactos están reprobados por ser contrarios a las buenas costumbres, según las leyes *De quaestione, Stipulatio hoc modo concepta, Pactum, Haereditas extraneis* y las demás citadas en el capítulo I de este libro<sup>5</sup>.

Estos pactos o estipulaciones, dice Bartolo<sup>6</sup>, no producen convención o acuerdo alguno, porque son nulos: *et sic conventio nullius est momenti*. Y esto es así, tanto si los pactos se refieren a toda la herencia, como a parte de ella, porque estos pactos son contrarios a las buenas costumbres: *sive in universo, sive in parte est contra bonos mores et inutile est ratione praedicta*. Bartolo, Baldo *et omnes Doctores* consideran que los pactos sucesorios no son válidos porque son *contra bonos mores; votum enim captandae mortis; improbus appellatur, quide viventis haereditate est sollicitus; adimi testandi libertas non potest*<sup>7</sup>; por estas razones y otras muchas, dice Thesauro, nuestros doctores se refieren a este axioma: *quibus rationibus et aliis multis axioma hoc Doctoris nostris deferunt*.

De todas las razones dadas por los doctores del Derecho Común, por las que, según el Derecho Civil, estos pactos sucesorios están prohibidos, destaca la de que no se puede nadie privar de la libre facultad de testar. La unanimidad de la doctrina a este respecto es casi total. Nadie, repiten constantemente, puede renunciar a la *libera testandi facultas*, o privarse de la *libera testamenti factio*, dice Bartolo<sup>8</sup>. Y

<sup>3</sup>THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 4.

<sup>4</sup>GIURBA, M., *De successione feudorum inter ascendentes et descendentes masculos ...* (Lugduni, 1679), cap. 118, glos. 14, ns. 3 y 6, págs. 147 y s.

<sup>5</sup>PRAESTIS, S. de, *De ultimorum voluntatem interpretatione tractatus* (Lugduni, 1588), lib. 5.<sup>o</sup>, col. 1.<sup>a</sup>, n. 64, pág. 443.

<sup>6</sup>BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Commentaria in primam et secundam Digesti Veteris*, Ts. I y II; *In primam et secundam informati partem*, Ts. III y IV; *In primam et secundam Digesti novi*, Ts. V y VI; *In primam et secundam Codicis*, Ts. VII y VIII; *In tres libros Codicis*, T. IX; *Consilia, quaestiones et tractatus*, T. X; y *Index sive Repertorium*, T. XI (Lugduni, 1552-1555). En T. X, cons. 212. pág. 62.

<sup>7</sup>THESAURO, A., *Novae ... Sacri Senatus pedemontani* (Augustae Taurinorum, 1609), decis. 225, págs. 188 y ss.

<sup>8</sup>BARTOLO, obs. cits., in *L. Stipulatio hoc modo concepta*, n. 1; in *L. Testamenti, De testamentis et qui testamenta facere possint*, n. 3; in *L. De quaestione, De pactis*; in *L. Si quis servum, De actionibus empti et venditi*; in *L. Pactum, De pactis*; in *L. Cum donationis, De transactionibus*; in *L. Haereditas, De pactis conventis*; y T. X, cons. 212.

*non valet pactum, per quod libera testamenti facultas impediatur, etiam per indirectum. Libertatem autem supremi iudiciis quis sibi auferre non potest*, según Azon<sup>9</sup>.

Al Eclesiástico recurre Tholosano para la defensa de la libertad individual y la libertad de disponer de los propios bienes (c. 33): *Filio, mulieri, fratri et amico non des potestatem supra te in vita tua* y al mismo Platón. Ésta es una de las más poderosas razones por la que los pactos sucesorios están reprobados: *quod maior fit favor libertatis arbitriis*, sobre todo si se han celebrado pactos sucesorios sobre toda la herencia: *cum de tota haereditate fuit pactum de futura successione*<sup>10</sup>.

Otra razón alegada para justificar la invalidez de los pactos sucesorios es que su naturaleza es contraria a la de las últimas voluntades: *quia natura pacti pugnat cum natura actus, qui fieri debet, videlicet cum actu successionis*, porque por la naturaleza de las últimas voluntades, *mutari possit ex arbitrio statuentis, usque ad mortis periodum*; porque la naturaleza de las últimas voluntades exige que *sit ambulatoria voluntas usque ad ultimum vitae spiritum*, por la que, por su propia naturaleza, las últimas voluntades son revocables. Por el contrario, los pactos sucesorios, por su propia naturaleza de contratos, *incommutabile habet effectum*, luego por pacto sucesorio *mutari non potest*<sup>11</sup>. Además, es una regla de Derecho público que *supremum hominis iudicium constringi non potest*.

Es digno de la invalidez del pacto sucesorio el que se ocupa o se apodera de los bienes del que todavía está vivo: *dignus est is poena, qui aucupatur bona vivi ea via*, pues parece como si el que así dispone estuviera desesperado de la vida: *desperationem vitae quodammodo continere videtur secus quam si quis taedio vitae affectus*, además de que parece de lo más luctuoso: *quod res maxime luctuosa dimino videantur*<sup>12</sup>.

Además, estos pactos sucesorios producen constantemente el odio

<sup>9</sup> AZON, *Brocarda Corpus glossatorum iuris civilis* (Augustae Taurinorum, ex officina eramiana (1968), ed. facsimil, in L. *Pactum quod dotali*, C. *De pactis*; y *Brocardica aurea D. Azanis bononiensis* (Nápoles, 1568).

<sup>10</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.º, cap. 4, n. 9.

<sup>11</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.º, cap. 4, n. 9.

<sup>12</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.º, cap. 4.

entre los hermanos y cuestiones e insidias en las familias: *constantum mortalem odium; sufficiunt quotidianae seditiones in maioribus familiis et domibus ab hereditates; nescio quibus moribus pacto delatas primogenitis, qui iam bonis tumescentes, senectam parentum superba contumalia misere torquent, et contemptu enecant, et fratres sibi inimicissimos reddunt*, por lo que al prohibirse estos pactos sucesorios no se hace más que favorecer la *concordiam fratrum*<sup>13</sup>.

Inducen estos pactos al *votum captandae mortis alterius*, aunque no se trate de darle muerte por veneno o espada, porque la herencia no puede transmitirse más que por testamento o por ley, *per pactum dari non potest*<sup>14</sup>. Al bien común miran las leyes que prohíben los pactos sucesorios, dice Torre<sup>15</sup>. Justos son los preceptos del Derecho civil, dice Schettino<sup>16</sup>, que manifiestan que los pactos sucesorios *bonis moribus repugnantes, mortis captandae votum inducentes, tristissimis eventus plenas, totique humanae consuetudini perstiferas, suis monumentis abhorrendas saepe inculcaverint*.

Pero si ésta era la creencia general según el Derecho civil, otra muy distinta era la creencia y realidad de los pactos sucesorios según el Derecho canónico, el Derecho feudal, los estatutos y costumbres inmemoriales. Los mismos juristas, que repiten constantemente como regla que los pactos sucesorios están reprobados, reconocen a continuación que *pacta futurae successionis, apud omnes gentes, semper fuerint in usu*, además de que, en su tiempo, algunos pactos sucesorios, muchos, producen verdaderas y lícitas estipulaciones, y no inútiles promesas: *et hodie pacta futurae successionis fiunt stipulationibus, non inutilibus promissionibus*<sup>17</sup>.

Entre los militares, los pactos sucesorios suelen hacerse siempre: *ad aliam pactorum speciem, quae saemper fieri solent*. Entre los príncipes y demás familias ilustres, los pactos sucesorios son lícitos y están así aprobados en Europa entera: *Quad omnium fere Europa par-*

<sup>13</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 4.

<sup>14</sup> BARTOLO, in L. *Haereditas*, C. *De pactis conventis*.

BALDO, in L. *Ex eo instrumento*, C. *De inutile stipulationibus*; y in L. *De quaestione*, C. *De pactis*.

<sup>15</sup> TORRE, J., *De pactis futurae successionis* (Venetiis, 1673), lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 5, n. 50.

<sup>16</sup> SCHETTINO, J., *Tractatus de pactis successionum* (Venetiis, 1702), pág. 1.

<sup>17</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 1, pág. 1.

*tium consuetudine approbatum videmus ut in Italia, in Gallia, in Germania, in Regnum Hungariae et Poloniae. In pactum hoc reciprocae successionis venisse, eiusque vigore Carolum V. Imperatorem Regem Hispaniarum assumpsisse, unde provenit, ut se Rege Hungariae, Dalmaciae, Croatiae*<sup>18</sup>. Por costumbre general e inmemorable tales pactos sucesorios se observan entre los nobles del reino, porque por los estatutos y por las costumbres así puede hacerse: *De consuetudine generali et immemoriabilis consuetudinis, tale pactum inter nobiles regni servari. Per statutum vel consuetudinem hoc posset fieri.*

Frecuentemente y con el consentimiento de todos, las hijas, al ser dotadas, celebran un pacto de *non succedendo et hic frequentissimo et unanimi consensu*, porque también por el estatuto y la costumbre estos pactos pueden hacerse: *Per statutum vel consuetudinem hac posset fieri*, y de tal manera es antigua esta costumbre, que ya no se tiene memoria de ella: *a tempore unius non extat memoria*<sup>19</sup>. *Statutis tam Regni Nostri, quam totius fere Europa, exclusivis foeminarum propter masculos, ut bona in agnatione, et familia conserventur*, de manera que puede decirse, dice Schettino<sup>20</sup> que estos pactos sucesorios constituyen una costumbre universal: *tam validitas ex vi universalis consuetudinis.*

Los contratos sucesorios hechos en contratos matrimoniales también eran frecuentísimos, según atestiguan todos los doctores: *Et praecipui, in contractu matrimonii, tunc etiam posse subsistere pactum, statuto vel consuetudine accedente*, como ocurría *de consuetudine Franciae, de consuetudine Belgi, de consuetudine Germania, de eadem consuetudine Hispania, et caeteri quae allati*<sup>21</sup>.

También *quotidiana sunt* los pactos sucesorios hechos a través de la donación de todos los bienes presentes y futuros, con reserva o no de usufructo o de cualquier otra cosa de la que poder disponer libremente.

De la validez de todos estos pactos sucesorios nadie duda: *de*

<sup>18</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.º, cap. 10, págs. 42 y s; cap. 14, n. 11, pág. 69; y cap. 14, ns. 3 y s., pág. 69.

<sup>19</sup> COVARRUBIAS, D., *Opera omnia a leyva* (Genovae, 1742), T. 1.º (Genovae, 1723), T. 2.º, T. 1.º, n. 24, pág. 76.

<sup>20</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 3.º, sect. 1.ª, págs. 55 y s.

<sup>21</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.º, cap. 12, n. 36.

*valitate, igitur, amplius non est dubitandum*, porque lo cierto es que un derecho civil deroga a otro: *cum certum est, quod unum ius civile tollat aliunt*, porque como tanto el estatuto como la costumbre tienen la fuerza de una ley, uno y otro tienen el mismo valor y puede así, una ley civil derogar a otra ley civil: *concludendo est, igitur, valere pacta successoria, accedente statuto, vel consuetudine, cum enim, tam statutum, quam consuetudo enim habeant legis, uno facient ipsus ius, possunt aliam civilem abrogare, et immutare*<sup>22</sup>. Todos los doctores dicen unánimemente que los pactos sucesorios valen en los lugares donde existan estatutos y costumbres al respecto: *ex doctoribus nostri, pacto successoris valere in loco, ubi viget statutum, vel adest. consuetudo ...*

Prueban muchos doctores, dice Schettino<sup>23</sup>, que cuando por las leyes, estatutos y costumbres de la patria, los pactos sucesorios son considerados válidos, es porque por los estatutos y las costumbres puede inducirse otra nueva manera de suceder: *quod ubi ex lege, statuto, vel consuetudine patriae pacta de futura viventis haereditate recipebantur, valida sunt, eo quia statuto, aut consuetudine nova succedendi forma potest induci*, como es el caso del *agermanamiento Hispani vocant, et nos fraternitatem iuratam*, y estos pactos valen con la fuerza o la naturaleza de una última voluntad y, por tanto, revocables, *etiam si iuramentum accesserit*.

Pero no sólo eran las leyes, estatutos y costumbres de toda Europa los que aprobaban los pactos sucesorios, que tan bien respondían a sus necesidades familiares, sino que también los consideraba válidos nada menos que el Derecho canónico, con la autoridad que este Derecho tiene para todos los juristas del Derecho común. Los pactos afirmativos sobre la futura herencia del que contrata son válidos para el Derecho canónico si son confirmados por juramento: *iuramento confirmatur*, en base a los siguientes argumentos:

1.<sup>o</sup> En base al c. *Quamvis pactum*. Lib. VI de los Decretales de Bonifacio VIII, siempre que no vayan contra la salud eterna.

2.<sup>o</sup> En base al estatuto que declara válido el pacto sobre la herencia del que todavía vive.

<sup>22</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 12, n. 34.

<sup>23</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1., sect. 1., quaest. 3, pág. 15.

3.º En base a que el juramento hace, *ut actus, qui alioquin non valet, confirmetur.*

4.º En base al Génesis, cap. 25, donde Esaú, hermano de Jacob, vendió su primogenitura: *vendidit primogenituram et valuit contractus propter iuramentum.*

5.º En base al cap. *Quemadmodum, 25 De iure iur.*, en el que se dice que si estos pactos sucesorios son contrarios a las buenas costumbres, no lo son contra las buenas costumbres naturales, *non esse contra bonos mores naturales, vel canonicas, sed tantum civiles*, ni contienen torpeza y pueden observarse por juramento.

Para el Derecho canónico, el juramento no valdrá en los pactos sucesorios si va en contra de la salud eterna, incluso aunque sea pecado venial, porque iría en detrimento del alma y predispone al pecado mortal; así que para el Derecho canónico una cosa son las buenas costumbres naturales, otras las canónicas y otras las civiles: *bonos mores naturales, et canonicas, vel civiles.* Al tener los pactos sucesorios la naturaleza de una última voluntad, han de ser siempre revocables, *tanquam habeat vim supremi iudicii.*

Como la principal razón por la que el Derecho civil reprueba los pactos sucesorios es porque privan de la libre facultad de testar, se preguntan también los canonistas si esta facultad es de Derecho natural o no. Dicen que la libertad de testar tiene su origen en el Derecho de gentes: *libertas testandi quoad originem est de iure gentium secundario, et quoad formam de iure civile*, según la común opinión de los doctores: *ex communi D.D. Schola.* El testamento es de Derecho de gentes y la verdadera facultad de testar fue concedida a los ciudadanos romanos por el Derecho civil de las XII Tablas: *facultatem vero testandi concessam fuisse civibus romanis, a iure civile XII Tabularum.* Además de que existen y se celebran muchos actos en los que los hombres se privan de la libre facultad de testar y la ley no los prohíben, como es el caso de los que ingresan en religión: *per quos homini tollitur testandi facultas, quos lex non improbat, ut ingressus in religionem.*

Así que, para los canonistas, el pacto sucesorio es sólo contrario a las buenas costumbres civiles, pero que, según el Derecho canónico, el juramento los confirma, además de que la observancia de tales pactos sucesorios no va en detrimento de la salud eterna: *non vergit ad dis-*

*pendium salutis aeternae post habere voluerit laesioni iuris civiles, et institutis temporalibus*<sup>24</sup>.

También el Derecho feudal reconocía ampliamente los pactos sucesorios e, incluso, los juristas del Derecho común admitieron que los pactos sucesorios hechos sobre la herencia de una tercera persona, con su consentimiento manifestado hasta el final de su vida, eran válidos, según la L. *De Quaestione* de Justiniano (C. 2.3.30 *De pactis*): *non improbat, cum eius consensu, si ad mortem ille perseveret*, según Bartolo, Baldo, Saliceto, Gómez, Cagnolo, Bologneto, Curtio, Decio, Gutiérrez, Molina, Serafino, Sotomayor, Vázquez de Menchaca, Tuchi, Fehi, Schettino y otros más<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 1, págs. 6 y s.

<sup>25</sup> BARTOLO, in L. *De quaestione*, n. 17.

BALDO DE UBALDIS, *Commentaria ad libros Digestorum, Codicis, atque Institutionem* (Lugduni, 1585), in L. *De quaestione*, n. 22.

SALICETO, in L. *De quaestione*, n. 1.

GÓMEZ, A., *Variae resolutiones iuris civilis, communis, et regii* (Matriti, 1780); *Ad legis Tauri commentarium, absolutissimum* (Salamanca, 1555). In L. *De quaestione*, n. 8.

CAGNOLO, G., *Splendidissimi iurisconsulti in constitutiones et leges primi, secundi, quinti, et duodecimi Pandectarum* (Venetiis, 1570). T. II, L. *De quaestione*, n. 64.

BOLOGNETTO, G., in L. *De quaestione*, n. 4.

ALEJANDRO DE TARTAGNI DE IMOLA, *Commentaria in primam et secundam Codicis* (Venetiis, 1577), in L. *De quaestione*.

DECIO, F., in L. *De quaestione*, in fin.

GUTIÉRREZ, F., *Practicarum quaestiones civilium super quinque prioribus libris primae partis legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae* (Matriti, 1594); *Consiliorum sive responsorum* (Antuerpiae, 1618); *Decisiones recentissimae et selectissimae super materias civiles, canonicas et criminales* (Antuerpiae, 1618). In initio L. *De Quaestione*, n. 35.

MOLINA, L. de, *De primogenitis hispanorum* (Lugduni, 1588), lib. 4.<sup>o</sup>; *De iustitia et iure tractatus* (1602). *De primog.*, *ob. cit.*, lib. 2.<sup>o</sup>, cap. 3, n. 3.

SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 2.<sup>a</sup>, sect. única, págs. 45 y s.

VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *De successionum resolutione tractatus* (Venetiis, 1564); *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium* (Venetiis, 1564). *De success.* *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, res. 18, ns. 198 y 199.

SERAFINO, F. de, *Tractatus de privilegiis iuramenti amplissimus* (Bergomi, 1586), priv. 20, ns. 3, 6 y 31.

CASTILLO DE SOTOMAYOR, J., *Cotidianarum controversiarum iuri* (Lugduni, 1667), controv. 9, n. 6.

FEHI, J., *Corpus iuris civilis cum commentarii Accursii* (Lugduni, 1627). *Reimpressio phototypica editionis*, 1627. Otto Zeller (Osnabuck, 1965), T. IV, in L. *De quaestione*, pág. 347.



Según Bartolo, la Glossa considera esta ley como un caso especial, porque aquí el pacto no lo hace aquél de cuya herencia se trata: *quod quis non potest facere per se*; sin embargo, sí puede consentir *potest tamen facienti consentire*. Dice Bartolo que si no le está permitido a una persona privarse de la libre facultad de testar, mucho menos se le puede permitir que otras personas lo hagan, aunque en realidad en este pacto sobre la herencia de un tercero, no se priva a aquél de cuya herencia se trata, de la libre facultad de testar, puesto que puede cambiar de voluntad cuando quiera. Estos pactos sucesorios se han considerado nulos porque son contrarios a las buenas costumbres, inmorales, y porque tienden al voto corvino; sin embargo, si el tercero consiente, ni son torpes, ni inmorales, ni contrarios a las buenas costumbres, siendo muy frecuentes los celebrados entre la hija y su hermano, en la que aquélla renuncia a la herencia que pudiera corresponderle de su padre, a favor de su hermano.

Estos pactos son lícitos, dice Covarrubias<sup>26</sup>, aunque reconoce que por el consentimiento prestado por aquél de cuya herencia se trata no puede decirse que haya desaparecido el peligro o la *ocassio captandae mortis non tollitur per consensum istum*. Aunque Justiniano rechaza estos pactos sucesorios, en justicia hay que decir que estos pactos no son torpes *si accesserit consensu illius, eius succedendum est*, y así deben de interpretarse las Ls. *De Quaestione, Ex eo instrumento y Stipulatio hoc modo concepta*. Es justo, dice Covarrubias, que estas leyes vayan en contra de los ávidos y ambiciosos de las herencias ajenas y que intenten, mediante la invalidez y prohibición, impedir la insaciable avaricia: *quo eorum insatiabilem avaritiam reprimat*. Pero de esto no puede concluirse que toda promesa simple o jurada sea contraria a las buenas costumbres: *non tamen ex his sequitur, promissionem simplicem vel iuratam bonis moribus adversam esse*, como prueban que son lícitos y válidos los pactos sucesorios hechos con ocasión del matrimonio y cuando los mismos legisladores los consideran útiles para la República, y los particulares, en sustituciones y bienes vinculados, en los que se celebran pactos sucesorios por excelentes hombres: *scelentis hominibus*, o en el derecho de primogenitura, en donde *licite sunt et honestissime permittuntur*.

<sup>26</sup> COVARRUBIAS, D., *Opera omnia* (Lugduni, 1574), T. I, n. 2, pág. 309 y n. 15, pág. 9.

Los pactos sobre la herencia de un tercero son válidos, por tanto, si éste consiente y persevera hasta el final de sus días; pero siendo estos pactos tan perjudiciales, el consentimiento *debet esse expressus, et per modum iussus, unde non sufficit sola scientia, et consensus tacitus*, según Bartolo, Castro, Alejandro, Baldo, Ancharano, Jasón, Socino, Guido Papa, Cagnolo, Craveta, George Natta, Rolandino, etc. Si quisiera revocar su consentimiento al pacto hecho por otros sobre su herencia *DD. allegati requeritur expressa revocatio, sed sufficiat tacita, contra formam pacti disponenti, sive per ultimam voluntatem, sive per actum inter vivos*<sup>27</sup>.

Cuando los pactos sucesorios se refieren, no a toda la herencia sino sólo a parte, la casi unanimidad de los doctores se inclinan por su validez, ya que la libre facultad de testar se podría ejercitar sobre los demás bienes que tuviera y los que en el futuro llegara a adquirir<sup>28</sup>.

Sobre los pactos sucesorios reconocen los juristas del Derecho común que se daban arduas y controvertidas cuestiones: *ardua et con-*

<sup>27</sup> SCETTINO, J., *ob. cit.*, part. 2.<sup>a</sup>, sect. única, págs. 51 y s.

CAGNOLO, J., *ob. cit.*, T. II, pág. 27 y s., ns. 65 y s. y 82 y s.

<sup>28</sup> BALDO, in L. *Pactum quod dotali*, C. *De pactis*.

SALICETO, in L. *Pactum quod dotali*, C. *De pactis*, y L. *De quaestione*, n. 6.

SCEVOLA, in L. *Codicillis*, 91, fin *De legat.* 2.

CIRIACO, F., *Tractatus iuris primogeniturae; y Controversiarum forensium* (Venetiis, 1644), controv. 651, ns. 1 y s., pág. 247.

ALEJANDRO DE TARTAGNIS, *ob. cit.*, *Commentaria*, in L. *De quaestione*, n. 3

GRAVETA, A., *Consiliorum sive responsorum* (Francofurti ad Moenum, 1611), cons. 139, n.7.

PARÍS DE PUTEO, cons. 72, col. 2, n.4.

BOERIO, N., *Decisionum aurearum in sacro Burdegalesium Senatus* (Venetiis, 1576), decis. 304, n. 36.

RIMINALDO, G., *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1574-1591), cons. 721, n. 21.

PEREGRINO, A., *De fideicommissis* (Venetiis, 1644), art. 51, ns. 24 y s.; y *De iuribus et privilegiis fisci* (Venetiis, 1590).

BARTOLO, in L. *final. in verb. ac commodaverit*, n. 11.

PRAESTIS, S. de., *ob. cit.*, cons. 123, n. 7.

MENOQUIO, G., *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1582), cons. 92, ns. 49 y 52, y cons. 1.028, n. 9.

SOCINO, B., *Consiliorum Barth. ...* (Lugduni, 1537). cons. 44, n. 2, y cons. 143.

CINO DE PISTOIA, *Commentaria in Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi, id est Digesti veteris* (Francofurti ad Moenum, 1578), in L. *De quaestione*, C. *De pactis*; y *Le quaestiones e consilia* (Milán, 1942), in *Orbis romanos, Biblioteca dei testi medievali*, n. 14. Y otros más.

*troversa est quaestio*, no sólo entre los juristas, sino también *quotidiana disceptationes in Foro versantur circa ea pacta*, buscando todos ellos llegar a una concordia, *pro concordia* entre los diferentes Derechos, tratando siempre de salvar, en base incluso a los textos romanos, la validez de los pactos sucesorios ante la realidad de su uso y práctica frecuentes, como medio de satisfacer necesidades e intereses de casta, de estamento, familiares, sociales e, incluso, de sobrevivencia.

Veamos ahora lo que los juristas del Derecho común pensaban al tratar los pactos sucesorios en casos concretos, en donde veremos confirmarse con más detalle, lo que he dicho en esta introducción al Capítulo III de este libro.

## I. LOS PACTOS SUCESORIOS ENTRE PRÍNCIPES E ILUSTRES FAMILIAS, SEGÚN EL DERECHO COMÚN

Son innumerables los pactos sucesorios celebrados entre príncipes e ilustres familias que nos refieren y hacen constar los juristas del Derecho común, de tal manera que estos pactos constituían una costumbre inmemorial extendida por toda Europa, según nos dice Torre<sup>29</sup>: *Quod omnium fere Europa pactum consuetudine approbatum videmus, ut in Italia, in Gallia, in Germania, in Regnum Hungariae et Polonia. In pactum hoc reciprocae successionis venisse, eiusque vigore Carolum V imperatorem Regem Hispaniarum assumpsisse, unde provenit, ut, se Regem Hungariae, Dalmaciae, Croatiae scripserit.*

Tampoco están repudiados estos pactos sucesorios entre príncipes y nobles *ex auctoritate Imperiis Germanici*, siendo frecuentes entre ellos, dice Hotomano<sup>30</sup>, la institución recíproca de herederos por pacto sucesorio, como por ejemplo los siguientes casos:

*Ergo anno 1373. Dux Saxoniae et Landgravius Hassiae pactum fecerunt (quo vulgo confraternitatem appellant) ut qui eorum sine liberis masculis moreretur, eius superstes heres ac successor esset. Hoc pactum Carolus IV Imperator in Comitibus Imperiis confirmavit.*

<sup>29</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 10, págs. 42 y s., y cap. 14, n. 11, pág. 69, y cap. 14, ns. 3 y s., pág. 69.

<sup>30</sup> HOTOMANO, Fco., *Consilia, tum in civilibus, tum in criminalibus causis exposita* (Lugduni, 1586), cons. 72, págs. 223 y s.

*Rufus anno 1433. Dux alter Saxoniae, itemque alter Landgravim Hassiae simile pactum fecerunt, vel potius idem pactum renovarunt, cum exceptione tamen et reservatione decem millium florerorum, de quibus disponere ac testari possent. Hoc pactum Sigismundus Imperator in similibus Imperiis Comitibus auctoritate sua comprobavit. Rufus idem pactum renovatum est et confirmatum inter eorum succesores anno 1457. A estos pactos de confraternidad entre nobles e ilustres familias se refieren duo celeberrimi iurisconsulti, Philippus Decius in Italia, et Udalricus Zazius in Germania, en donde antiguos doctores prueban que estos pactos sucesorios de fraternidad se celebraron entre nobles, auctoritate Impp. Sigismundi, Friderici, Maximiliani y otros emperadores.*

También celebraron un pacto sucesorio de confraternidad *inter Ducem Saxoniae et Marchione Branderburgensem*, en virtud del cual sucedería aquél que sobreviviera al que premuriera sin hijos, reservándose la cantidad de 12.000 florines con los que poder testar, siendo confirmado este pacto por el emperador Carlos V.

Otro pacto sucesorio celebraron los *illustres et generosi fratres Galli Domini d'Allegres in Avernia*, en el que se hicieron recíproca donación *inter vivos* e irrevocable de todos los bienes presentes y futuros, muebles e inmuebles, y en el que a aquél que muera sin hijos varones le sucederá su hermano, reservándose ambos alguna cosa con la que poder hacer testamento: *reservata tamen et excepta aliqua re, de qua donantes facere testamento possent*. También los magníficos y generosos *dominis de Molza fratribus et civibus Mutinensibus*.

Son muchísimas las nobles familias que por estatuto o por costumbre inmemorial pueden disponer y disponen de sus bienes por pacto sucesorio, como la familia *de Sirtis Mediolanensi; inclyta familia Ursinorum; illustri familia Carafa Regens Loffred; illustribus familiis Neapolitanis de Morra et Zuralis; praeclara familia Sanseverina ex Principibus Bisiniani, et Salerni; de statuto familiae de Scarampis* y muchos más<sup>31</sup>.

En regiones, reinos y en ciudades, *plurimi tenuerunt pacta gentilitia, quasi statuta familiae de succedendo certo modo. Multo magis haec pacta, et statuta locum habere inter Principes, Duces, Marchiones,*

<sup>31</sup> SCETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 3.<sup>a</sup>, págs. 15 y s.

*Comites, et Barones et egregias, e illustres personas; quia in eis militat ratio conservandi decorem, et amplitudinem familiae.*

Aunque estos pactos sucesorios no son válidos según el Derecho civil, sí lo son por costumbre general entre los nobles del reino: *tamen de consuetudine generali, tale pactum inter nobiles regni servari*, estando corroborada esta costumbre por muchos derechos y con muchos argumentos: *multis est corroborat iuribus et argumentis*<sup>32</sup>. Fue costumbre general *iure Francorum, quam in regno Franciae, Siciliae et Angliae servari*<sup>33</sup>, aunque siempre se señala que estos pactos no valen *inter paganos sive privatos*. También están reconocidos los pactos sucesorios entre estas personas *de consuetudini matrimonii et consuetudine Biturigia*, lo cual le parece a Boerio *multum rationabile*<sup>34</sup>, reconociéndose esta costumbre en muchos lugares, como en *loco de Lorti*.

Una de las razones por las que estos nobles pueden disponer de sus bienes por pactos sucesorios, dice Bartolo<sup>35</sup>, es que estas familias

<sup>32</sup> BOERIO, N., *Decisionum aurearum in sacro Burdegalesium Senatus* (Venetiis, 1576), *quaest.* 204, n. 3, págs. 439 y s.

BARTOLO, *ob. cit.*, T. X, decis. 155.

PEREGRINO, A., *De fideicommissis* (Venetiis, 1644), art. 51, n. 34.

MENOQUIO, G., *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1582), cons. 250, ns. 76 y 77; cons. 1, n. 253 y cons. 202, n. 82.

DECIO, F., *Super Decretalium* (falta la primera hoja), In tit. ss. *de regulis iuris, cum additionibus D. Hieronymi Cudralon et D. Gabrieli Zaragnae*, cons. 516, ns. 3 y s. y cons. 655; decis. 155 y *quaest.* 204, págs. 439 y s.

JASON DE MAINO, *Commentaria in primam partem Digesti novi cum additionibus* (Venetiis, 1504); *Commentaria ad libros Digestorum* (Venetiis, 1590), in L. 3 C. *De Testamentum* y cons. 461.

MOLINA, L., *De primogenitis ...* lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 1, n. 9.

SOCINO, B., *Consiliorum Barth ...* (Lugduni, 1537), cons. 65, ns. 1 y 44.

MONTERO DE LA CUEVA, M., *Causarum civilium Regni aragonum sacrae regiae audientiae* (Caesaraugustae, 1601), ns. 20 y 308, págs. 258 y s.

TIRAQUELO, A., *De utraque retractu municipali et conventionali* (Ludugni, 1555), *quaest.* 7, n. 1.

CALÀ, C., *Tractatus de successione per pactum acquirenda vel conservanda* (Napoli, 1642), part. 4.<sup>a</sup>, n. 121.

SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 3.<sup>a</sup>, págs. 15 y s.

HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 72, págs. 223 y s. y otros autores más.

<sup>33</sup> BELLOVISO, J., *In proemio feud.*, citado por Boerio.

<sup>34</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, *quaest.* 204, n. 6.

<sup>35</sup> BARTOLO, *ob. cit.*, T. X, cons. 72, pág. 22.

tienen en sus territorios casi las dignidades reales, además de que esta facultad tiene su origen en una concesión del Príncipe, por lo que estos pactos sucesorios entre estas ilustres personas no son contrarios a las buenas costumbres, sino que están de acuerdo con el *iure naturali, vel gentium. Habent in dico loco quasi omnia quae sunt regalis dignitatis*. Pero estos pactos sucesorios no sólo son válidos por concesión del Príncipe: *iure Cesareo*, sino también porque pueden hacerse *per statutum vel consuetudinem hoc posset fieri*, porque según la *Lex Donationes*, los contratos que hacen los emperadores y nobles familias tienen la fuerza de la ley: *sunt lex, et facta fuerunt ab illis qui habebant potestatem faciendi legem et viam legis habere voluerunt, ut in ipso instrumento continet: ergo potest quod est validum*.

La fuerza de estos pactos, sus efectos y licitud, no proceden de su naturaleza de pacto o contrato, sino *vim legis*. Entre los nobles y por *vigore inmemorabilis consuetudinis fiunt valida* estos pactos, por lo que las familias ilustres transmiten su herencia, no por testamento, sino por pacto sucesorio, dice Torre<sup>36</sup>: *quod dentur haereditates per pacta, non per testamenta, quia non in vim ultimae voluntatis, per pacto successorio haereditates ab illustribus personis transferuntur, sed vim contractus mutuae obligationis, legis, et statuti, ex Caesarea confirmatione et auctoritate subsistunt*.

Los pactos sucesorios celebrados por ilustres familias necesitan siempre, según Torre y Tholosano<sup>37</sup>, la confirmación del César y que sean jurados: *Caesaris confirmatio est omnimodo necessaria, ut pacto ipsorum successoria iuramento corporali confirmetur, et absque maiori solemnitate illustrentur*, además de que, según costumbre immemorial, en estos pactos sucesorios, para evitar cualquier tipo de lesión, suele establecerse la cláusula *omni meliori modo, quod potest valere*, de manera que tales pactos sucesorios tengan efecto siempre, en base al principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos *utile per inutile non vitiatur*<sup>38</sup>.

Suelen los juristas del Derecho común hacer un estudio compa-

<sup>36</sup>TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 14, n. 59, pág. 71.

<sup>37</sup>TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 14, ns. 13, 20, 21, y 22, pág. 69, y n. 46, pág. 70.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 6, n. 11.

<sup>38</sup>MARÍN PADILLA, M.<sup>a</sup> L., El principio general de conservación de los actos o negocios jurídicos, «*utile per inutile non vitiatur*» (Barcelona, 1990).

rativo entre los males que acarrearán los pactos sucesorios a los ciudadanos corrientes y los beneficios que, por el contrario, se extraen de los celebrados entre príncipes e ilustres familias. Todos están de acuerdo en su validez: *omnes iurisconsultos, Doctores et Pragmaticos concordissime una et mente et voce consentire, quod illa conventio valet ex rigore iuris, ex aequitate civili et naturali, et ex consuetudine passim in orbe terrarum usita, recepta et comprobata*<sup>39</sup>. No sólo son válidos estos pactos sucesorios, sino que también los consideran beneficiosos: *pro benefactis habentur*, no sólo para los particulares o súbditos, sino también *tantus publicae utilitates favor est*, ya que estos pactos sucesorios favorecen la paz y la tranquilidad del Imperio y la defensa de sus súbditos: *atque adeo huiusmodi pacta, et statuto generaliter favorabilia sunt, quia ad pacem et tranquillitatem Imperii, et defensionem subditorum spectant*; sin contar con que, por medio de estos pactos sucesorios, se produce la conservación de la familia y del parentesco: *ad familiae et agnationis conservationem, tamquam, ab iustam et probabilem causa gesta, valent*<sup>40</sup>; *quia in eis militat ratio conservandi decorem, et amplitudinem familiae, imo pacem, et fortitudinem Regni, et status, etiam in subditis, quorum interest... ideoque merito favore digna sunt, quodque in eis ob nobilitatis, et virtutis decorem cessare videtur vile votum mortis captandae et quia tales personae etiam militari dignitate fulgent*, según Schettino<sup>41</sup>.

Los pactos sucesorios que celebran los príncipes e ilustres personas y familias fueron, por lo general, irrevocables, *quia autoritas et confirmatio Principis semper solet interponi in huiusmodi conventionibus*, por lo que nadie duda de su validez: *de eius valitate nemo volet dubitare*. Estos pactos sucesorios, dice Boerio<sup>42</sup>, son irrevocables, porque el padre no puede ir contra este pacto, refiriéndose a un conflicto que hubo entre *marchio Mutuae, marchio Ferrariae et marchioni Salustiarum*.

A los pactos sucesorios celebrados entre *familias Solimorum*, se refiere Peregrino; Bartolo, entre *Dominorum de Romania*; Jasón de Maino

<sup>39</sup> HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 72, ns. 41 y s., págs. 229 y s.

<sup>40</sup> BARTOLO, *ob. cit.*, T. X, cons. 72.

BOERIO, N., *ob. cit.*, decis. 155.

<sup>41</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 3.<sup>a</sup>, págs. 15 y s.

<sup>42</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, *quaest.* 204, n. 6.

comenta los celebrados *pro Principibus S. Severini et Saponariae Neapolitanis*; Menoquio, entre los príncipes de *Saxoniae et Hassiae*, además de los celebrados entre los príncipes de *Pomeraniae et Hannoniae* y entre los *reges Bohemiae et archiduces Austriae*. Fueron famosos también los pactos sucesorios celebrados entre Alberico y Ezzelino de Romano en 1223 y los que hicieron, en la segunda mitad del s. XIV, los duques de Milán y de Saboya<sup>43</sup>.

Como siempre suele ocurrir en la historia, lo que comenzó siendo un privilegio, se fue extendiendo, poco a poco, al pueblo llano, así que no tardaron en admitirse entre los jurisconsultos hasta acabar concediéndose a los rústicos: *Inter ignobiles, ex consuetudine: huiusmodi est in lingua Occitania et tota Aquitania*, dice Tholosano<sup>44</sup>. Según Boerio<sup>45</sup>, las costumbres bituringias admitieron esta aplicación extensiva a los no nobles, aunque sin esta costumbre estos pactos están prohibidos entre los no nobles: *sine consuetudine, illud pactum improbandum inter ignobiles tradit*.

Se da la circunstancia de que estas personas no nobles van teniendo cada vez más bienes: *et hodiernis temporis ignobiles habentes aliqua bona* y, con frecuencia, se casan con mujeres nobles y hacen pactos sucesorios según la costumbre bituringia, como atestiguan Bartolo, Baldo, Saliceto, Socino y Alberico de Rosate<sup>46</sup>. Cuando existe la costumbre, la razón por la que se ha hecho extensiva la facultad de transmitir su herencia por pacto sucesorio a los no nobles, ha sido por equidad y para favorecer el matrimonio: *habere aliquod motivum aequitatis, scilicet, propter favorem et honorem matrimonii: quia sub tali conditione nobiles et ignobiles inveniant nobiliores, per quos nobilitas crecit*.

<sup>43</sup> PEREGRINO, A., *ob. cit.*, art. 51, n. 34.

BARTOLO, *ob. cit.*, T. X, cons. 72.

JASON DE MAINO, *ob. cit.*, lib. 2.<sup>o</sup>, cons. 211.

MENOQUIO, G., *ob. cit.*, cons. 815.

BESTA, E., *Le successioni nella storia del Diritto italiano* (Padua, 1935), pág. 132.

<sup>44</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 6, n. 11.

<sup>45</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, decis. 240, n. 6, in *Consuet. Biturig.*

<sup>46</sup> ALBERICO DE ROSATE, *Dictionarium iuristarum civilis, quam canonici* (Venetiis, 1573); *Commentarii in primam Digesti veteris partem* (Venetiis, 1585); y *Commentarii in secundam Digesti veteris partem* (Venetiis, 1585). In L. *Si post principium*, C. *De donat. inter virum et uxorem, et quaest.* 144, part. 1.<sup>a</sup> *Statutorum*.



Fueron muy frecuentes los pactos sucesorios hechos con ocasión de un matrimonio morganático, para defender precisamente el derecho de primogenitura e impedir que heredaran los hijos del segundo matrimonio morganático junto a los habidos en un primer matrimonio entre nobles. Esta era la costumbre, según De Castro<sup>47</sup>, del *Regni Siciliae et tamen de generali consuetudine Franciae, cum aliquis nobilis habeat liberos ex prima uxore nobili, et in senectute contrahit matrimonium cum ignobili; et non velit quod liberi ex ea succedant cum primis. Nam videtur hoc tolerandum de consuetudine, si apparet eam esse in loco.*

Según Schettino<sup>48</sup>, estos pactos sucesorios, si son confirmados por la autoridad y con el consentimiento del Príncipe Supremo, también entre los particulares adquieren validez o si el pacto sucesorio fuese hecho por la autoridad del juez: *confirmata sint auctoritate, et consensu Principi Supremo, inter privatos valitate acquirant et si conventio esset facta iudicis auctoritate.*

También esta facultad la tuvieron los jurisconsultos que, según Tholosano<sup>49</sup>, *apud iurisconsultos aequiparantur honor et amplissimae facultates*, al igual que más tarde los rústicos que, en base a este privilegio, primero sólo entre nobles, desarrollaron la sucesión paccionada entre ellos<sup>50</sup>.

Veamos ahora los pactos sucesorios celebrados válidamente por privilegio entre los pertenecientes a otra clase de nobleza: los militares.

<sup>47</sup> CASTRO, P. de, *Commentaria in primam Codicis partem, in secundam Codicis partem* (Venetiis, 1594); *Commentaria in primam et secundam Digesti veteris* (Lugduni, 1553); y *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1570). In L. Pactum, in gloss., L. Imperialem.

<sup>48</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 2.<sup>a</sup>, pág. 21.

<sup>49</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 7.

<sup>50</sup> NICCOLAI, F., *La formazione del Diritto successorio negli statuti comunali del territorio lombardo-tosco* (Milán, 1940), vol. XVIII, pág. 219.

BESTA, E., *ob. cit.*, pág. 109.

## II. LOS PACTOS SUCESORIOS ENTRE MILITARES, SEGÚN LA DOCTRINA DEL DERECHO COMÚN

Si los juristas romanos no dudaron que los militares podían disponer de sus bienes a causa de muerte como quisieran o pudieran y, dentro de esta facultad, que podían disponer de ellos por pactos sucesorios, menos se plantearon la validez de estos pactos sucesorios entre militares los juristas del Derecho común. *Doctores omnes* sabían que *pactum successionis substinetur inter milites*, en base al *favor militum* y por verdadero privilegio: *ac vere privilegium*<sup>51</sup>, ya desde Julio César y, sobre todo, por la L. *Licet inter privatos*, del año 290 y del emperador Diocleciano.

La unanimidad sobre la validez de los pactos sucesorios entre militares es total; en lo que ya no están todos de acuerdo es sobre su

<sup>51</sup> BARTOLO, in L. *Licet inter privatos*, C. *De pactis*.

BALDO, in L. *Licet inter privatos*, C. *De pactis*; y L. *De quaestione*, n. 17.

CINO DE PISTOIA, in L. *Licet inter privatos*, C. *De pactis*, n. 2.

CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 11.

ANDREA, G. de, *De regulis iuris Commentarii (vulgo Novella)*, (Lugduni, 1550), in *Speculum iudiciale*, part. 11: *De instrumentorum editione, de formis donationis mortis causa*, tit. 2, n. 7.

MOLINO, M. del, *Repertorium fororum et observantiarum regni aragonum* (Caesaraugustae, 1585), voz *Testamentum*, fol. 313.

PEREGRINO, A., *ob. cit.*, art. 51, ns. 24 y 33, págs. 713 y ss.

DECIO, F., *Super Decretalium* (falta la primera pág.), in tit. *ss. de regulis iuris, cum additionibus D. Hieronymi Gudralon et D. Gabrieli Zaragnae*, cons. 516, col. 1.

OCTAVIANO, decis. 100, col. pen.

THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 113.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 5, n. 23.

SESSÉ, J. de, *Decisionum sacri senatus regii regni aragonum et curiae* (Zaragoza, 1615), T. III, decis. 244, n. 7.

MONTERO DE LA CUEVA, M., *Commentaria in titulum C. De pactis* (Oscæ, 1580), págs. 253, 284 y s.

CERVALLOS, J., *Practicarum et variarum quaestionum* (Toleti, 1599), *quaest.* 329.

*Las siete Partidas del sabio rey Don Alfonso X, con variaciones de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López* (Barcelona, 1843), Partida 5.<sup>a</sup>, tit. 11, leg. 34, pág. 711.

DE LUCA, J. B., *Theatrum veritatis et justitiae* (Nápoles, 1758), T. IX, disc. 28, págs. 57 y s.

HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 72, ns. 32 y s.

SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 3.<sup>a</sup>, pág. 15, y todos los demás citados en este libro.

interpretación, es decir, si por ser un privilegio, sólo son válidos los pactos sucesorios celebrados entre militares o, por el contrario y en base a las razones por las que se les concedió a los militares este privilegio, podía hacerse extensiva esta facultad a personas distintas de los militares.

Partidarios de una interpretación estricta son, entre otros, Montero de la Cueva, Donello, Baldo y Vázquez de Menchaca<sup>52</sup>, para los que la *L. Licet inter privatos* constituye un privilegio y, como tal, sólo aplicable a los militares; por tanto, *in pagano non valet*, porque para que éstos dispongan de sus bienes para después de su muerte se requieren las solemnidades propias de las últimas voluntades.

Reconocen los doctores todos que el privilegio se les concedió a los militares, entre otras razones, por la *simplicitas* que los caracteriza y por evidentes razones de necesidad: *sed est fundamentum in congrua ratione necessitatis, quod scilicet in castris, atque in belli conflictu*, por los que ni saben expresarse en términos jurídicos idóneos, ni pueden, dadas las circunstancias<sup>53</sup>: *ratione praesumptae ignorantia vel propter occupationes quos in expeditione belli ipsi sustinere solent*, por lo que, en consideración a estas circunstancias personales y conflictivas, *solemnitates remisserunt*.

Si los militares podían disponer de sus bienes a causa de muerte, como quisieran y pudieran, en base a su simpleza, ignorancia, por sus ocupaciones en expediciones bélicas y por los peligros a que estaban constantemente expuestos, no tardaron los juristas del Derecho común en darse cuenta y sostener que también otras personas, que no eran militares, se encontraban en idénticas circunstancias, por lo que el privilegio concedido en su día a los militares, podía muy bien extenderse a aquellas personas que se encontraban en similares circunstancias. Así se les reconoció a los estudiantes la facultad de disponer de sus bienes *iure militare. Idem in scholari, qui si est in patria post gradum doctorum, vel missus*

<sup>52</sup> MONTERO DE LA CUEVA, M., *ob. cit.*, págs. 253 y s.

DONELLO, G., *Commentari absolutissimi ad titulum Digestorum, de verborum obligationibus*, in *L. Licet inter privatos*, C., *De pactis*, n. 2.

BALDO, in *L. licet inter privatos*, C. *De pactis*, n. 2.

VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *De successionum resolutione tractatus* (Venetiis, 1564), *quaest.* 57, ns. 24 y 32.

<sup>53</sup> BALDO, in *L. licet inter privatos*, C. *De pactis*, n. 2.

MONTERO DE LA CUEVA, M., *ob. cit.*, págs. 253 y 284.

*ob morbum*<sup>54</sup>. Si los estudiantes, para conseguir el título o grado de doctor, corren muchos peligros, y más si salen de su patria, lo mismo puede decirse de los abogados, que se dicen militares y a ellos se equiparan: *avocati dicuntur milites et illis aequiparantur*, porque sus armas son las leyes, con las que defienden también la vida de los hombres: *quia sicut illi armis, ita isti legibus hominum vitas defendunt, atque tuentur, et propterea militibus aequiparantur*<sup>55</sup>.

El que el privilegio militar se haga extensivo *etiam ad advocatos et doctores*, hay que reconocer que no es precisamente por su simplicidad e ignorancia, como tampoco pueden catalogarse de simples e ignorantes a los estudiantes, cuyas armas son los libros escolares: *Doctore et avvocato dicuntur competent etiam scholari, cum hic etiam milite soleat aequiparari, ipsorumque arma, libri scholarium*. Todas estas personas «armadas» unas con las leyes y las otras con los libros escolares, con los que exponen a serios peligros sus vidas, a todos ellos se les aplica o vale para ellos: *valet argumentum a milite*<sup>56</sup>.

A los doctores, abogados y estudiantes se les unen los llamados militares celestes, es decir, los que sirven a la Iglesia o al Imperio, porque unos y otros son los mismos: *inter militantes servitiis ecclesiae vel imperii, in quo unus alterum instituit*. Este privilegio, por tanto, se extiende también: *extendantur ad milites caelestes* que son, dice Cervallos<sup>57</sup>: *in sacerdotibus, cum opinio communiter tenetur et communiter de facto observari et glossam illam dixit ordinariam*.

Entre particulares también valdrían estos pactos sucesorios, dice Decio<sup>58</sup>, si fueran confirmados por el Príncipe Supremo: *si accessisset Principis Supremi confirmatio, ex certa scientia et de plenitudine eius potestatis*. Si el privilegio de celebrar pactos sucesorios válidamente, se ha concedido a los príncipes e ilustres familias y a los militares, también pueden celebrarlos los particulares si estos pactos sucesorios

<sup>54</sup> FEHI, J., *ob. cit.*, T. V, lib. 2.º, tit. 11, págs. 198 y 339.

<sup>55</sup> URCEOLI, J., *Decisiones inclytae Rotae Florentinae continentes materias contractum ultimorum voluntatum et interpretationum statutorum* (Florentiae, 1692), decis. 2, n. 6, pág. 6.

TIRAQUELO, A., *De novitate*, cap. 29, ns. 11 y ss.

MARCIANO, decis. 661, n. 4.

GUIDO PAPA, *Collectae decisiones Gratianopolitanae* (Lugduni, 1602), decis. 88, n. 2.

<sup>56</sup> MONTERO DE LA CUEVA, M., *ob. cit.*, pág. 284.

<sup>57</sup> CERVALLOS, J., *ob. cit.*, quaest. 329.

<sup>58</sup> DECIO, F., *ob. cit.*, cons. 516, n. 8, y cons. 655, n. 19.

son confirmados por el Príncipe Supremo: *vel procedit in magnus Principus et talibus, qui habent potestatem legis condendae, aut si inferiores sint, confirmata sunt a Principe Supremo*. Y si se les ha concedido este privilegio a los militares, dice Schettino<sup>59</sup>, *potest ius universaliter concedendo inter omnes constituere*.

En Aragón, sus juristas suelen decir que los pactos sucesorios son válidos entre los aragoneses, *quia testantur aragonenses iure militare*, que en Aragón equivale a decir que lo que quieren, lo pueden hacer: *In Aragonia iure militari testemus*, porque en Aragón estamos a la carta: *stamus carta*. En Aragón nada es imposible, excepto lo que por Derecho es imposible y contrario al Derecho natural: *nisi aliquid impossibile contineat, vel contra naturam enim in Regno habemus impossibile iuris, sed potest quis, omne quod vult facere nisi fit contra naturam, vel impossibile de facto*<sup>60</sup>. Según una sentencia de la Real Audiencia de Zaragoza del 30 de agosto de 1596, se falló según el Fuero, *fallet secundo de foro*, que en Aragón los contratos y las últimas voluntades se equiparan si lo dice la carta; si no, no<sup>61</sup>: *In Aragonia contractus et ultima voluntas aequiparantur, ita si dicitur in carta, alias non*.

Otra de las cuestiones más debatidas entre los juristas del Derecho común, con relación a la L. *Licet inter privatos*, es sobre la naturaleza jurídica del pacto sucesorio recíproco que hicieron los dos hermanos militares y que Diocleciano sancionó como válido en el año 290. Según Bartolo<sup>62</sup>, aunque esta ley dice que el pacto sucesorio entre militares es válido y tiene la fuerza de una última voluntad, no dice qué es esa última voluntad: *non dicit quod sit postremus iudicium*. Y esta es la singularidad de esta ley: *et ista est singularitas quam inducit ista lex, quod pactum existens habet vim postremi iudicii*. Ciro de Pistoia<sup>63</sup> considera que este pacto sucesorio tiene la naturaleza jurídica de un

<sup>59</sup> SCETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, quaest. 3.<sup>a</sup>, págs. 15 y s.

<sup>60</sup> MOLINO, M. del, *Repertorium fororum et observantiarum regni aragonum* (Caesar-Augustae, 1585), voz «testamentum», pág. 313.

MONTERO DE LA CUEVA, M., *ob. cit.*, págs. 253 y s.

SESSÉ, J. de, *ob. cit.*, T. III, decis. 244, n. 7; decis. 146, pág. 253; T. II, decis. 115; T. III, decis. 251, 311 y 330; y T. IV, decis. 434 y 435.

<sup>61</sup> MARÍN PADILLA, M.<sup>a</sup> L., *Contrato y última voluntad se equiparan en Aragón, si lo dice la carta; si no, no*, en homenaje a J. L. Lacruz Berdejo, T. 1.<sup>o</sup>, Zaragoza, 1992.

<sup>62</sup> BARTOLO, in L. *Licet inter privatos*, n. 6.

<sup>63</sup> CINO DE PISTOIA, *ob. cit.*, in L. *Licet inter privatos*, C. *De pactis*, n. 2.

testamento, o mejor dicho, que se trata de un testamento, porque el hermano militar que sobrevive recibe los bienes de su hermano, como heredero, y según el Derecho romano y civil, la herencia no se transmite más que por testamento o por ley, refiriéndose concretamente a la L. *Haereditas extraneis: quod huiusmodi conventio, inter milites assumit naturam testamenti, et potest quandocumque placuerit revocari a paciscentibus, ut est communissima Doctorum opinio.*

Para Bartolo aquél en cuyo favor se hizo el pacto, o el sobreviviente, adquiere los bienes, no como heredero, sino por el pacto, porque éste adquiere la naturaleza de una última voluntad, aunque verdaderamente no lo sea: *quod habet vim postremi iudicii, non vero, quod sit postremum iudicium.* Se trata, dice Bartolo, de una última voluntad innominada: *ultima voluntas innominata*, que tiene los efectos de un testamento, aunque en realidad no sea un testamento. Se trata de *certo modi paciscendi super haereditate futura.*

La que los juristas romanos conocieron aunque no llegaron a calificarla: la sucesión contractual, entre los comentaristas se cataloga como un cierto modo de suceder o una última voluntad innominada, calificación que, según Torre<sup>64</sup>, fue aceptada por todos: *alii vero tenent, esse ultimam voluntatem innominatam.*

De Castro<sup>65</sup> se refiere a un pleito que hubo entre cuatro hermanos, dos de ellos militares. Estos últimos hacen un pacto sucesorio, nombrándose herederos, recíprocamente en el caso de premoriencia de alguno de ellos. Uno de los hermanos militares muere en el campo de batalla y los hermanos que no eran militares pretenden concurrir a la herencia del hermano muerto, junto con el militar sobreviviente. Los hermanos no militares alegaban que el pacto sucesorio hecho era nulo en base a la L. *Pactum quod dotali.* El militar, por su parte, alegaba que él era el heredero de su hermano, no por pacto, pues seguramente el militar temería complicaciones por este camino, sino *de iure ultimae voluntatis*, desde el momento en que el consentimiento prestado no había sido revocado; que él era el heredero de su hermano por privilegio militar y que, por tanto, no podía pretenderse anular tal pacto por defecto de forma.

<sup>64</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.º, cap. 8, ns. 4 y ss., págs. 35 y s.

<sup>65</sup> CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 11 y L. *Licet inter privatos, C. De pactis.*

Este pleito demuestra que todavía no estaba claramente fijada la delación contractual, pues la defensa que hace el hermano militar es pensando en el testamento, aunque se le llama última voluntad, que, por privilegio militar, no está sujeta a formalidad alguna y además no fue revocada. Sin embargo, la delación contractual ya es la tercera forma de suceder: testamento, ley, contrato, entre algunos juristas, como veremos en este capítulo; como prueba me referiré a Hotomano<sup>66</sup>, que refiriéndose a la L. *Licet inter privatos*, dice que de esta ley y de otras hay que deducir que se ha producido un tercer género de ser heredero: *Ex quibus intelligitur, novis omnium gentium moribus institutum fuisse tertium heredum genus, veteribus iurisconsultis nostris incognitum. Nam cum illi solos heredes agnoscerent, aut testamentarios aut legitimos, postea moribus facti sunt heredes conventionales, de quibus magnus et nobilis pragmaticus Masverius (ita liquitur in sua Pract. tit. de societ. n. 20). Se ha producido un tercer género o modo de ser heredero, desconocido por los antiguos jurisconsultos, para los que sólo se era heredero testamentario o legítimo. Atribuye Hotomano la aparición de este tercer género o modo de suceder a costumbres de todas las gentes: *omnium gentium moribus*.*

En los casos o en los supuestos en que se han celebrado pactos sucesorios recíprocos, aquél que sobreviva *dicitur heres conventionalis*, como ocurre también cuando dos socios convienen que sea heredero aquél que sobreviva: *secus in herede conventionali, cum inter duos socios convenit, ut supervivens fit heres, aut in contractu matrimonii, ut primogenitus fit heres*. Ya no se trata, como estamos viendo, solamente de los militares, sino de todos aquéllos que según las leyes, estatutos y costumbres tienen facultad de disponer de sus bienes por contrato *mortis causa*. *Ex consuetudines Regni Galliae valere tales institutiones et substitutiones in pactis fratrum, aut sociorum, aut in contractibus matrimoniis factas* y éstos se llaman herederos convencionales.

---

<sup>66</sup> HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 72, ns. 32 y s.

### III. LOS PACTOS SUCESORIOS ENTRE PADRES E HIJOS, ENTRE HERMANOS Y ENTRE CÓNYUGES EN EL DERECHO COMÚN

Que los pactos sucesorios eran válidos y frecuentísimos entre padres e hijos, especialmente en los contratos matrimoniales, es algo que atestiguan *Doctores omnes: Et praecipue, in contractu matrimonii, tunc enim posse subsistere pactum, statuto, vel consuetudine accedente*, como ocurre en Francia, según ponen de manifiesto Arestino, Tiraquelo, Barry y Calà; en Bélgica, como atestigua Christino; en Alemania, según Minsinger, Schrader, Valentino, Gulielmo, Forster, Thesauro y Musculo; *de eadem consuetudine Hispaniae*, según Gutiérrez, Gómez, Thesauro, y otros muchos más<sup>67</sup>.

A veces, dice Schettino con cita de Antonio Faber<sup>68</sup>, los futuros cónyuges sólo acceden al matrimonio por estos pactos: *qui sub eo pacto accessit ad matrimonium*, siendo frecuente que, con ocasión del matrimonio, se haga una donación al hijo, *reservato usufructo* y que esta donación *imo cestior esset effectus haereditatis* y tiene la naturaleza de una última voluntad: *sed vera communis est D.D. conclusio, ut huiusmodi pacta de hereditate futura valeat inter parentes et liberos non quidem in vim pactis, sed in vim ultimae voluntatis in genere, et non testamenti, quia desunt solemnitates testamentariae*.

Estos pactos sucesorios entre padres e hijos están amparados *ex vetustissima consuetudine et in longo usu ita receptum fuisse in nostra Italia inter Duces Ferrariae, et Mantuae; et in Regno Neapolitano; in Regno Aragoniae, eiusque Rege, sic fuisse observatum testantur*, según dicen Alberico de Rosate, Socino, Boerio, Raudens, Menoquio y Fontanella, en donde dicen que ésta es costumbre en Aragón y en toda España: *ubi eandem consuetudinem ab Aragonia, quam de tota Hispania*<sup>69</sup>. *In Regno Franciae talem consuetudinem vigore, et in vim*

<sup>67</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 12, n. 36.

<sup>68</sup> SCETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 2.<sup>a</sup>, págs. 9 y s. y 11 y s.

<sup>69</sup> MOLINA L. de, *De hispan. primog.*, *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 8, n. 34.

MENOQUIO, G., *Consiliorum...*, *ob. cit.*, cons. 803, n. 41, lib. 9.

COVARRUBIAS, D. de, *ob. cit.*, C. *De quamvis*, part. 3.<sup>a</sup>, n. 2.

MOLINA, FCO., *De rit. nupt.*, lib. 3.<sup>o</sup>, *quaest.* 2., ns. 41 y s.



*consuetudinis huiusmodi pacta valere*. También en Aquitania, donde los nobles del reino suelen hacerlos, así como *hodie de consuetudine Germaniae observari. Et ex hac Germaniae consuetudine emanavit Lex Longobardorum pacti morgangip. seu morganaticae*. También el Derecho Feudal ampara estos pactos sucesorios entre padres e hijos.

En muchas provincias del mundo, dice Fontanella<sup>70</sup>, se celebran pactos sucesorios en favor del matrimonio: *pacta de succedendo universaliter favore matrimoniis de consuetudine approbantur in multis provinciis mundi*, lo cual corrobora Menoquio<sup>71</sup> con cita de hasta doscientos doctores que se refieren a las diferentes costumbres de las provincias: *qui de consuetudine diversorum provinciarum*, señalando especialmente los celebrados *in Gallia, Italia, et Regno Aragonum, in quo aliquando ita observatum fuisse in eius Regee, et postea idem dicit observatum in multis Germaniae Principibus*.

Las sentencias de la Rota romana de 16 de marzo de 1643 y 14 de marzo de 1640, reconocen esta costumbre en la provincia de Occitania: *quod vero ad consuetudinem Provinciae Occitanea*, siempre que sean considerados estos pactos sucesorios entre padres e hijos revocables: *cum semper verum sit dicere, illam non tollere revocabilitatem*<sup>72</sup>. En España son válidos los pactos sucesorios con ocasión del matrimonio sobre la sucesión del primogénito: *Hispaniae comitis de Tendilla, pactum adicetum in matrimonium, quod si filius masculus nascatur, succedat, validum est*, según la Ley 22, 2, de Toro, *et quod valeat pactum de consuetudo maioratum*<sup>73</sup>.

FONTANELLA, G. P., *De pactis nuptiae sive capitulis matrimonialibus tractatus*, T. 1.<sup>o</sup>, claus. 4, glos. 18, part. 3.<sup>a</sup>, n. 110 y T. 2.<sup>o</sup>, claus. 7, glos. 1, part. 3.<sup>a</sup>, ns. 1-5.

GUTIÉRREZ, J., *De iuram. conf.*, ob. cit., part. 1.<sup>a</sup>, cap. 59, n. 4.

THOLOSANO, P. G., ob. cit., decis. 453.

<sup>70</sup> FONTANELLA, J. P., *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus* (falta 1.<sup>a</sup> hoja).

<sup>71</sup> MENOQUIO, G., ob. cit., cons. 1, ns. 162 y 163 y cons. 92, n. 53

GUIDO PAPA, *Collectae decisiones gratianopolitanae* (Lugduni, 1602), decis. 267 y 505.

<sup>72</sup> BOERIO, N., ob. cit., decis. 204, n. 14.

MOLINA, L., *De primogenitis...*, quaest. 81, n. 8.

THESAURO, A., ob. cit., decis. 225, n. 13.

<sup>73</sup> PELÁEZ DE MERES, *Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae*, (Lugduni, 1678), part. 1.<sup>a</sup>, quaest. 22, ns. 55 y 203, págs. 171 y 184.

GUIDO PAPA, ob. cit., decis. 267.

VALASCO, *consultatione* 153.

Reconocen, por tanto, todos los doctores que, aunque de Derecho civil tales pactos sucesorios son inválidos, lo común es precisamente lo contrario: *aliis contra est communis*, como ponen de manifiesto las lecturas y los intérpretes del Derecho en los Concilios: *pro valitate pacti, quibuscumque verbis paciscentes usi fuerint, modo non agatur, nec de quota, nec de tota haereditate, nec auferatur directo, aut per indirectum libertas testandi, communiter deciderunt, tam in lecturis, quam in conciliis iuris interpretes*<sup>74</sup>.

Los pactos sucesorios celebrados entre padres e hijos no son perjudiciales y así en principio, dice Bartolo<sup>75</sup>, los pactos *pro iure successionis servando, et pactum conservandae successionis o pactum de futura successione conservanda*, son válidos, porque aseguran a aquéllos que los celebran un derecho de sucesión que ya por ley les corresponde. Para añadir más razones que hacen estos pactos sucesorios válidos suelen nombrar a Solón, a Sófocles en Electra, a Terencio, a Cicerón y siempre el nombramiento de Salomón como heredero, por pacto, de David. Los padres quieren lo mejor para sus hijos y que celebren pactos sucesorios entre ellos no puede ser contrario a las buenas costumbres, ya que éstas están reconocidas en estatutos y costumbres de Europa entera y éstas no amparan lo que es contrario a la razón natural y a las buenas costumbres: *quia statutis et consuetudine non recipitur, quod contra rationem naturalem et bonos mores est*, como ocurre en Francia donde el padre suele elegir por pacto al heredero: *ergo licebit eum pactum heredem eligere*, sobre todo si no cambia su voluntad *usque ad mortem*.

Los pactos sucesorios entre padres e hijos *materia quotidiana est*, además de que estos pactos están recogidos y amparados, no sólo por estatutos y costumbres, sino también por leyes de Derecho positivo: *leges iuris positivi, et ideo vi ea successione esse habendam rationem*

<sup>74</sup> PEREGRINO, A., *De fideicommissis* (Venetiis, 1644), art. 51, ns. 24 y s.

BARTOLO, *ob. cit.*, cons. 72.

CASTRO, P. de, *ob. cit.*, lib. 2.<sup>o</sup>, cons. 324.

ALEJANDRO DE TARTAGNIS, *Consiliorum libri septem* (Venetiis, 1570 y 1578), lib. 5.<sup>o</sup>, cons. 59 y cons. 29, n. 10.

JASÓN DE MAINO, *ob. cit.*, in L. *Stipulatio hoc modo*, n. 11.

SOCINO, B., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cons. 143.

GUIDO PAPA, *ob. cit.*, *quaest.* 267.

<sup>75</sup> BARTOLO, in L. *Stipulatio hoc modo*, n. 7 y L. *De quaestione*, n. 2.

*loci*, como ocurre en Francia, *consuetudo hoc pactum permiserit in Gallia, ex consuetudine regia Molinensium*, en donde los pactos sucesorios se consideran firmes e irrevocables: *firmum et irrevocabile est*.

Si los pactos sucesorios son válidos entre los militares y entre los príncipes y familias nobles, con mayor razón lo han de ser en favor del matrimonio: *a milites valebit igitur eadem multo magis favorem matrimonii*, teniendo en cuenta, además, que el matrimonio es una causa pública: *favor matrimonii habet causam publicam*; lo mismo que existe otro privilegio en favor de la mujer dotada: *privilegio mulier in dote*<sup>76</sup>. El que sean válidos los pactos sucesorios entre padres e hijos, o entre éstos, es por un especial favor: *sed epeciali favore inter aliquos sustinetur in vim supremi iudicii veluti in militibus, filiis et Ecclesia*, aunque al ser considerados estos pactos sucesorios últimas voluntades, deben ser siempre revocables: *sit revocabile sicut quaelibet ultima voluntas*<sup>77</sup>.

Si por ley escrita valen los pactos sucesorios entre nobles y militares, también pueden valer estos pactos entre los particulares por medio de la costumbre y los estatutos en favor del matrimonio: *sicut lex scripta valuit pactum de succedendo valere inter milites, ita potest consuetudo, vel statutum, inter privatos hoc introducere favore matrimonii, vel nobilitates*, a no ser que expresamente estén prohibidos; así que puede decirse que todos los pactos sucesorios que se hacen en capítulos matrimoniales son válidos, a no ser que sean expresamente prohibidos, porque nada hay más sujeto al privilegio como la dote y el matrimonio, suelen decir todos los juristas: *pacta omnia, quae fiunt in capitulis matrimonialibus valida sunt, nisi expresse prohibeantur*<sup>78</sup>.

Reconocen los juristas que la prohibición de los pactos sucesorios en los contratos matrimoniales proceden de las leyes romanas: *Pactum et Haereditas extraneis*, de las que se ha extraído la regla de que la herencia no podía darse por pacto, sino por testamento: *ampliatur*

<sup>76</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.º, cap. 7.

<sup>77</sup> GABRIEL JERÓNIMO, *Consiliorum*, T. 1.º (Venetiis, 1573), T. II (Venetiis, 1586), cons. 137, n. 30.

<sup>78</sup> ALEJANDRO DE TARTAGNIS, *Commentaria in primam, et secundam Codicis* (Venetiis, 1577), in L. *De pactum quod dotali*, C. *De pactis*.

FONTANELLA, J. P., *ob. cit.*, claus. 5.ª, glos. 8, part. 12.ª, n. 54.

MANTICA, *Tractatus de tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. 2.º, tit. 32.

*haec communi regula, quod pacto haereditas dari non possit, pero esta regla no es aceptada por todos los doctores, por lo que son frecuentes disputabilis est, et controversus inter Doctores, aunque la opinión más generalizada es que estos pactos entre padres e hijos son válidos, según Alejandro de Tartagnis, Curtio, Socino, Bartolo, Jasón de Maino, Decio, Riminaldo, Jerónimo Gabriel, Hotomano, Schettino y otros más*<sup>79</sup>. Argumentan los juristas que si la L. *Haereditas extraneis* dice que la herencia se da o transmite a los extraños por testamento: *quod extraneis testamento datur haereditas*, interpretando esta ley *ab sensu contrario*, a los no extraños, se les da o transmite por pacto: *non extraneis, pacto*, o también: *ergo inter non extraneos datur pacto*<sup>80</sup>. Sin embargo, algunos autores no admiten una interpretación extensiva de la L. *Haereditas extraneis*, estando la L. *Pactum quod dotali* que, como hemos visto en el capítulo I, rechaza expresamente un pacto sucesorio celebrado entre el padre y la hija, al ser ésta dotada, junto con los hermanos, en el que se estipulaba que la hija dotada concurriría con los hermanos por igual a la herencia paterna, además de que falta una ley que, expresa o tácitamente, admitiera la validez de los pactos sucesorios entre padres e hijos: *quod nunquam leges nec tacite, nec expresse admiserunt pacta successoria inita inter patrem et liberos*<sup>81</sup>.

En apoyo de la validez de estos pactos citan la Novela 19 del emperador León, el Filósofo que, como ya sabemos, consideró válido e irrevocable el pacto sucesorio de igualdad celebrado entre un padre y un hijo con ocasión del matrimonio de este último. En base a esta Novela, los pactos sucesorios entre padres e hijos sólo serían válidos si todos los hijos obtenían unas porciones iguales; si el pacto celebrado

<sup>79</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y s.

GABRIEL, J., *ob. cit.*, cons. 137, ns. 13 y 14.

<sup>80</sup> CALÀ, CAROLUS, *Tractatus de successione per pactum acquirenda vel conservanda* (Nápoli, 1642), part. 2.<sup>a</sup>, n. 85.

TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 11, ns. 8, 9, 10 y 51, pág. 53.

<sup>81</sup> MONTERO DE LA CUEVA, M., *ob. cit.*, In L. *De quaestione* y L. *De pactum quod dotali*, n. 16.

CAGNOLO, J., In L. *De quaestione*, n. 5.

CASTILLO SOTOMAYOR, J., *Opera omnia super materias civiles, quam ecclesiasticas* (Lugduni, 1726); y *Cotidianarum controversiarum iuris* (Lugduni, 1667), lib. 17, cap. 8, n. 13.

FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. 9, glos. 2, part. 7.<sup>a</sup>, n. 61.

CIRIACO, F., *Controversiarum ...*, contr. 560, n. 28.

entre padre e hijo es *in pacto universalis successionis, et ut sit irrevocabile ex consuetudine, secus in pacto succedendi in certis bonis, praesentim inter nobiles et feuda habentes, in quibus primogenitus iure, vel consuetudine succedit, vel in pacto haereditatis, quod sit revocabile.*

Aunque algunos autores admiten sólo la validez de los pactos sucesorios en contratos matrimoniales cuando son de *in certa re, vel certis rebus*, y no válidos cuando se trata de *secus si in tota, vel quota haereditatis*, lo cierto es, dice Schettino<sup>82</sup>, que ya se trate de cosa cierta, como de toda la herencia o de una cuota de la herencia, el pacto es válido *favore filiis et praesentim ratione matrimonii per eum contrahendi, sed revocabiliter, et in vim supremi iudicii, non autem in vim contractus*, si están fundados en la costumbre. Cuando no hay costumbre en qué fundarse, los doctores todos están de acuerdo en que son válidos si no se dispusiera de toda la herencia, sino sólo de parte con lo que podía disponer libremente por testamento del resto: *nam tunc omnes in eo conveniunt, sed super re particulari fuerit interpositum*, incluso aunque no haya juramento, como lo dijo *receptissima Doctorum sententia innumeros Doctores allegando testatur*, y así se pronunció siempre el Senado pedemontano<sup>83</sup>.

Ciriaco nos refiere el caso que dió lugar a la S. de 27 de abril de 1590, dada por Avellano, que luego fue presidente del Senado y Gran Canciller en Monteferrato. En la constitución de la dote de su hija, Antonio Trigio, su padre, le prometió, delante de numerosos testigos

<sup>82</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 2.<sup>a</sup>, págs. 11 y ss.

GUTIÉRREZ, *De iuram. conf. ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, cap., 59, n. 4.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, decis. 453.

THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y s.

<sup>83</sup> GABRIEL, J., *ob. cit.*, cons. 140, n. 1.

NATTA, cons. 474, n. 1.

JASON DE MAINO, *ob. cit.*, lib. 2.<sup>o</sup>, cons. 211, col. 5 y lib. 4.<sup>o</sup>, cons. 173, col. 5.

FONTANELLA, J. P., *ob. cit.*, claus. 11, glos. única, ns. 41-44.

MENOQUIO, G., *ob. cit.*, cons. 92, ns. 49 y 51.

PELÁEZ DE MERES, *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 24, n. 28, pág. 206, y n. 72, pág. 208; y *quaest.* 53, n. 19, pág. 402.

BOERIO, N., *ob. cit.*, decis. 204, n. 36, pág. 357.

ALEJANDRO, *In L. Stipulatio hoc modo, De verborum obligat.*, *ob. cit.*, n. 18.

COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, *resol.*, lib. 3.<sup>o</sup>, cap. 12, n. 2.

que firmaron el documento dotal, que le entregaba como dote la cantidad de 3.000 escudos, pero en el supuesto de que tuviera hijos, sería su heredera universal. El principal motivo por el que este pacto se consideró nulo fue porque se trataba de un pacto *universa bona*, mientras que si hubiera sido *de quota hereditatis* o, incluso, si hubiera sido de sólo los bienes presentes, hubiera sido válido porque *libere remanet facultas testandi de acquirendis*.

Señalan los doctores que, en estos supuestos, los pactos sucesorios no dan lugar al voto corvino, ni al deseo de la muerte de los padres, sino todo lo contrario, a favorecer a la familia y al matrimonio a razón de la prohibición desaparece la misma prohibición: *ergo cessante ratione, cesabit prohibitio*, refiriéndose concretamente Tholosano<sup>84</sup>, a los pactos sucesorios celebrados por los contrayentes en el momento del matrimonio de que el hijo o la hija sucedan a sus padres: *valet et probatur in pactis matrimonialibus ex consuetudine caveri possit, ut primogenitus vel primogenita succedat coniungibus*, y cita los siguientes pasajes bíblicos y escritores: Éxodo 11, Zacarías 12, Génesis 27, Deuteronomio 21, José, rey de Israel, Cambises y Jenofonte, porque estos pactos *servari conservatio familiarum*.

Suelen los juristas referirse a los pactos sucesorios entre padres e hijos con ocasión del matrimonio que, como hemos visto, eran válidos si tenían por objeto cosas ciertas y determinadas o toda la herencia o una cuota, si se fundamentaban en la costumbre y estatuto. Como cosa aparte se refieren a lo que ellos llaman el testamento entre padres e hijos, o el llamado testamento imperfecto por las leyes romanas vistas en el capítulo I: *L. ult. C. famil. ercis; L. parentibus, C. De inoff. testam; L. Hoc consultissima C. De testam; Novelas 107 y 18, Constantino y Theodosio*. Según el Cardenal De Luca<sup>85</sup>, la *L. 37 Hac consultissima* estaba muy en uso: *quae tunc magis in usu erat*, y como sabemos se trata de testamentos privilegiados, de escrituras privadas que sin someterse a solemnidades de ninguna clase y según su única voluntad, el padre hacía la división de su herencia en favor de sus hijos o descendientes: *testamentum inter filios valet sine solemnitatibus*

<sup>84</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 7.

<sup>85</sup> CARDENAL DE LUCA, *ob. cit.*, T. IX, disc. 26, ns. 2, 3, 6, 7, 8, 17, pág. 53; disc. 27, n. 6, pág. 55; disc. 75, ns. 2, 3, 7, 18, pág. 152.

*dummodo voluntas sit perfecta*, lo mismo que ocurre entre los militares y en las disposiciones a favor de las obras pías o de la Iglesia. *Privata scripturae valere tamen deberet tanquam validum ac perfectum testamentum*, pero siempre que el padre instituya a los hijos por partes iguales, pues si los instituye desigualmente, *ad huc istud privilegium non intrat*.

Los argumentos que los juristas aportan o dan sobre estos testamentos imperfectos son los mismos que vemos al referirnos a los pactos sucesorios, pues yo creo que a través de estos testamentos imperfectos, lo que en realidad se está haciendo es un pacto sucesorio entre padres e hijos. La institución por partes iguales a los hijos es lo que ya estableció en la Novela 19 el Emperador León, el Filósofo. Según el Cardenal de Luca, si en la escritura se ha establecido una desigualdad módica: *est modica*, entonces procede el privilegio y la escritura presentada y suscrita por el padre y los hijos se considera un verdadero y perfecto testamento; si la desigualdad es *magna*, procede que se abra la sucesión intestada. Aunque el Cardenal de Luca está siempre refiriéndose a un testamento imperfecto, en el disc. 52, pág. 104, reconoce que la sucesión hereditaria se hace abintestato, por testamento *vel alia ultima voluntate ad eorum favorem facta, vel ab eis legitime descendentium*; luego el llamado testamento imperfecto tiene todas las características de un pacto sucesorio.

A un testamento entre padres e hijos se refiere Hotomano; se trataba de un testamento hecho entre una madre y tres hijas: *testamentum inter illas confecit, cui sua manu subscripsit, et eorum cuique pro suo arbitrio portiones hereditatis suae attribuit*, añadiéndose la cláusula de que *ut quoquomodo, quoquo iure, et quaqua consuetudine liceret, sua voluntas effectum haberet*. Como vemos, se trata de una división de la herencia en vida de la madre y confeccionada junto con las hijas. Este testamento imperfecto debía de subscribirlo el padre o la madre y los hijos, pues, en caso contrario, nada valdría: *voluntatem suam pater declarans, ipsius vel liberorum subscriptio intervenire debet*, incluso aunque fuera escrita por una mano extraña, debían subscribirlo todos.

En este testamento imperfecto se hace constante referencia al privilegio de los militares y de los padres e hijos, así como al privilegio de las disposiciones por causas pías. Como señala Bartolo, esta voluntad

aunque imperfecta por razón de las solemnidades, *fuit tamen perfecta ratione voluntatis*, como se les concedió a los militares: *nuda voluntate testamentum per honorum suorum divisione facere, eodem modo parentibus permissum est, et illa divisione pro testamento relinquere*.

El testamento imperfecto se hace perfecto por la sola voluntad. Los privilegios son iguales entre los militares y entre padres e hijos al hacer testamento, como consta *inter omnes*; lo mismo que en el caso de la división de la herencia entre los hijos, en la que basta la nuda voluntad: *nuda ipsorum voluntas sufficiat*. Si el privilegio es que cuenta sólo la voluntad, en base a ella, los militares celebraron un pacto sucesorio recíproco y lo llamaron última voluntad, y la simple escritura en la que el padre distribuye la herencia en vida entre sus hijos, y éstos subscriben la voluntad del padre, podría ser perfectamente un pacto sucesorio, pues los hijos están manifestando su voluntad y aceptando la distribución de la herencia; sería cuestión de averiguar en concepto de qué intervenían los hijos. Según Bartolo y Alejandro de Tartagni<sup>86</sup>: *privatam parentis scripturam inter liberos, pro testamento habenda esse*. Según Boerio<sup>87</sup> son frecuentes estas divisiones de las herencias hechas por los padres a favor de los hijos entre los ciudadanos de París: *und ad Parisiensium consuetudine respondeamus; quod hodie de generali consuetudine Franciae, testamento sine iuris solemnitate condita valent; et si maxime privata Parisiensium scripturam pro testamento valere*.

También fueron frecuentísimos y válidos los pactos sucesorios hechos entre hermanos: *quae dicuntur affrayraments o quod vocatur pactum confraternitatis*, en los que los hermanos se nombran por pacto herederos recíprocos en el caso de que uno de ellos muera sin descendencia<sup>88</sup>. Los pactos llamados *agermanamenti quibus ex consuetudine et ex statuto sustinetur*, también llamado *de fraternitatis inter coniunges*, en el que los cónyuges se nombran recíprocamente herederos de todos

<sup>86</sup> BARTOLO, in *L. cum similibus alleg. C. fami. ercis.* y *L. Hac consultissima C. De testam.*

ALEJANDRO DE TARTAGNIS, *Consilia ... ob. cit.*, cons. 105 n. fin, lib. 7 y cons. 76, lib. 3. CASTRO, Pablo de, *ob. cit.*, cons. 374, n. 1, T. 1.<sup>o</sup>.

<sup>87</sup> BOERIO, in *consuetud. Biturig.*

<sup>88</sup> HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, con. 54, págs. 162 y s; cons. 55, págs. 163 y s; cons. 56, pág. 171 y cons. 57, págs. 175 y s.



los bienes que tienen o pudieran tener en el futuro: *pactum agermanamenti factum inter duo de bonis tenendis communiter de vita, et de acquirendis superviventi post mortem, validam de iure est, ubi. decis. Senatus*<sup>89</sup>. Lo mismo que estos pactos son válidos entre los militares, lo mismo lo son entre hermanos o cónyuges, según prueban muchos doctores<sup>90</sup> y es costumbre admitida *in Germaniae consuetudinem receptam; de consuetudine Cathaloniae* según numerosos ejemplos y decisiones citadas por Fontanella; también es costumbre en Castilla según refiere Barbosa; en Francia, según atestigua Guido Papa y en Sabandiae, según Antonio Faber. *Ubi DD. communiter observant, cessant que omnes rationes regulae, non enim datur haereditas pacto, non tollitur libera facultas testandi, non inducitur votum captandae mortis*<sup>91</sup>.

Los pactos sucesorios entre hermanos eran siempre válidos en el Derecho feudal: *Haec regula est vera in omnibus, si tempore investiturae per pactum aliud convenit: ut fratres succedat fratri, si mortuus fuerit sine haerede masculo: vel succedat frater fratri morienti sine filio, llamado también de fratribus, ut unus aliis succedat per pactum et de filialibus, si per pactum filiae succedunt*<sup>92</sup>.

Otros pactos frecuentes fueron los *pacta de lucranda dote*, en el supuesto de premoriencia del marido, y el pacto de *lucranda donatio ante nuptias*, en caso de premoriencia de la mujer.

<sup>89</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, decis. 345, *De consuetudine matrimonii, et in consuetud. Biturig.* SIGNOROLO, CONS. 185.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.º, cap. 5.

PICHLER, V., *Ius canonicum practice explicatum seu decisiones casuum ad singulos Decretalium Gregorii papae IX* (Venetiis, 1758), pág. 14.

<sup>90</sup> FONTANELLA, J. P., *ob. cit.*, claus. 11, glos. única, ns. 41-44.

CÁNCER, *ob. cit.*, part. 3.ª, cap. 7, *De pactis*, n. 137.

CASTILLO SOTOMAYOR, J., *ob. cit.*, *Controv. cotidian.*, lib. 3.º, cap. 9.

PELÁEZ DE MERES, *ob. cit.*, part. 1.ª, *quaest.* 23, n. 20, pág. 192.

CALÀ, C., *ob. cit.*, part. 2.ª, n. 85 y part. 4.ª, ns. 121 y s.

<sup>91</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.ª, sect. 1.ª, *quaest.* 4.ª, pág. 17.

FONTANELLA, *ob. cit.*, T. 1.º, claus. 4, glos. 18, part. 3.ª, n. 110 y T. 2.º, claus. 7, glos. 1, part. 3.ª, ns. 1-5.

BARBOSA, *in l. 2 in prima*, part. 1.ª, n. 164 s. *Salut. matrim.*

GUIDO PAPA, *ob. cit.*, decis. 565.

<sup>92</sup> FEHL, J., *ob. cit.*, lib. 1.º, *Feudorum*, tit. 20, pág. 28; y lib. 1.º, tit. 4, pág. 24.

Veamos a continuación los pactos renunciativos o de *non succedendo*, en especial, los celebrados por las hijas en el momento en que eran dotadas.

#### IV. LOS PACTOS SUCESORIOS RENUNCIATIVOS Y, EN ESPECIAL, LOS HECHOS POR LAS HIJAS DOTADAS

La costumbre por la que la mujer, en el momento de ser dotada, hacia un pacto sucesorio renunciando a la herencia que, en su día, pudiera corresponderle del padre, dice Bartolo<sup>93</sup>, era tan antigua que era imposible encontrar su origen: *ius condendi statuto ex antiqua consuetudine: a tempore cuius non extat memoria*. Era un modo antiguo de suceder, dice Tholosano<sup>94</sup>, por el que existiendo hijos varones, las hijas no sucedían a los padres: *ex natura antiqua succedendi erat, ut existentibus masculis filiae parentibus non succederent; Statutis tam Regni Nostri, quam totius fere Europae, exclusivis faeminarum propter masculos, ut bona in agnatione, et familia conserventur, dice Schettino<sup>95</sup>.*

Las razones por la que los estatutos de Europa entera excluían a la mujer de la herencia de su padre son, entre otras, porque los hijos varones conservan la familia, nombre y honor: *quia filii masculi conservarit familiae et earum nomem*, con cita, casi siempre, de Eurípides en *Electra*, de Diodoro Sículo, de Antípatro y de Platón (*De legibus*, II): *filiae quae viro est desposata nihil vulta patre relinqui*. Con la mujer se acaba la familia, dice Hotomano<sup>96</sup>, mientras que *honor et dignitas familiarum per masculos, non per feminas, conservatur*; por eso los estatutos las excluyen de la herencia paterna. Según Eurípides, al que citan mucho, *filii masculi columna sunt familiarum*.

Si los estatutos de toda Europa excluían a las mujeres, existiendo varones, de la herencia de los padres, eran frecuentes, y se celebraban con el consentimiento de todos, los pactos sucesorios renunciativos

<sup>93</sup> BARTOLO, in L. *Stipulatio hoc modo*, ns. 4 y s. y L. *De quaestione*, n. 7; T. X, cons. 72, pág. 22.

<sup>94</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 10.

<sup>95</sup> SCETTINO, J., *ob. cit.*, part. 3.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup>, págs. 55 y s.

<sup>96</sup> HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 72, págs. 223 y s.

hechos por la hija y el padre o entre aquélla y sus hermanos, por el que, una vez dotada, renunciaba a la herencia que le pudiera corresponder del padre o madre: *frequentissimo et unanimi consensu*<sup>97</sup>. Puede decirse que los pactos *de non succedendo* constituían una costumbre universal *tam validitas ex vi universalis consuetudinis commendatur, et quod huiusmodi renuntiationes fiunt ex communi consuetudine totius Italiae a filiabus*. Sin embargo, esta costumbre no era frecuente *apud hispanos, quae hoc non faciat*<sup>98</sup>.

Era ésta una costumbre general *omnium fere gentium moribus*, sobre todo entre familias nobles: *et usu maxime inter nobiles receptae et admissiae sunt* y máxime en el Reino Napolitano: *et maxime in hoc Neapolitano Regno, en donde veteri consuetudine introductae sunt*. Son tantos estos pactos renunciatorios, dice Schettino<sup>99</sup>, que los protocolos notariales se encuentran llenos de ellos y han llegado a ser de estilo: *quam plura Protocolla Notariorum, tales renuntiationes de stilo sunt*. En estos pactos sucesorios renunciativos se solía establecer una cláusula por la que la hija renunciaba también *a non petendo, et clausulae praedictae, etiam si non sint apposita in renuntiatione instrumento, subintelliguntur, stante stylo Notariorum, et ex errore omissa praesumuntur, probato tamen ipso stylo per exhibitionem protocollorum plurium Notariorum*.

Como he dicho antes, estos pactos renunciativos eran frecuentísimos entre reyes y nobles familias, porque entre estos, dice Bartolo<sup>100</sup>, en lo temporal no conocían señor, ni a la iglesia romana, ni al emperador, ni a rey alguno: *in temporalibus non recognoscunt dominum, nec ecclesiam romanam, nec imperator, nec regem aliquem*. Nos refiere Bartolo un pleito que hubo entre los nobles señores napolitanos, Joan de Frontibranta y León, hermanos, e hijos del magnífico barón Raynaldo, los cuales eran dueños de muchas fortalezas y villanos en la diócesis sabinense: *domini sunt multorum castrorum et villanum in diocesi sabinensi*, contra Cechus, yerno y marido de una hermana llamada Forchabranca. Los hermanos habían pactado que *quod nulla*

<sup>97</sup> FONTANELLA, J. P., *ob. cit.*, claus. 4, glos. 9, part. 4, n. 88.

COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, T. I, n. 24, pág. 76.

<sup>98</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *De succes. creat.*, *ob. cit.*, lib. 2, § 19.

<sup>99</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 3.<sup>a</sup>, sect. 3.<sup>a</sup>, págs. 93 y s.

<sup>100</sup> BARTOLO, *ob. cit.*, T. X, cons. 72, pág. 22.

*mulier nata, vel masculina ex eo, vel altera ipsorum possit vel debeat succedere ab intestato vel ex testamento conditio, seu condendo, in donatione aliqua facta, vel facienda inter vivos, vel causa mortis, vel quovis alio contractu in bonis paternis, vel maternis eorum, a cambio de lo cual, las mujeres de la familia serían dotadas según la costumbre: sed mulieres dotentur secundum consuetudinem eorum domus, y que, considerándose contentas con la dote, no pudieran pedir nada de los bienes de ellos: et plus de eorum bonis petere non possit.* Reconoce Bartolo que estos pactos renunciativos de la herencia futura, según el Derecho civil, nada valen, pero que entre los nobles están permitidos *per statutum vel consuetudinem hoc posset fieri*, aunque comúnmente no valen: *iura communia non valet*.

La exclusión de las mujeres de la herencia de los padres sucede *in Regno, Ducato, Marchionatu, et comitatu ac similibus dignitatem habentibus*, entre los cuales se suele dotar a las hijas con cierta cantidad de dinero: *et filias in pecuniam dotare*, aunque, según el Derecho civil, estos pactos no valen, dice Boerio<sup>101</sup>. Entre los galos, las mujeres están excluidas de la sucesión en el reino, según la ley Sállica y según las costumbres aurelianenses: *sed apud gallos lege Salica faeminae a regi successione excluduntur et consuetudines aurelianensis*. Lo contrario en España, porque de Derecho común es que no sucedan, pero *faemina in regnis Castille, Legionis, Navarrae et Aragoniae, de consuetudine diutina succedit*<sup>102</sup>.

A cambio de esta exclusión sucesoria de la herencia paterna, la mujer tenía un privilegio como el militar: *privilegio mulier in dote quam miles in testando*, porque si, por privilegio, los militares pueden suceder por pacto, con mayor razón son válidos los pactos en favor del matrimonio y de la dote: *ergo debet valere multa magis favore matrimonii et dotis, de consuetudine matrimonii et consuetudine biturigia*<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, *quaest.* 204, ns. 12-13, pág. 443.

CIRIACO, F., *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, *controv.* 401.

<sup>102</sup> COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, T. I, n. 24, pág. 76.

ROJAS, J. de, *De successionibus. De hereticis et singularia in fidei favorem ...* (Salmanticae, 1581), cap. 3, n. 36, pág. 20.

<sup>103</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, *quaest.* 204, n. 4, págs. 439 y s.

Son muchos los estatutos, costumbres y leyes que reconocen la validez de los pactos *de non succedendo* hechos por la mujer dotada, como los Estatutos de Florencia, las costumbres de la familia Siccis, la costumbre general del duque de Aosta, las costumbres de Alejandría de 1179, el *Liber consuetudinum mediolanensis* del 1216, el Estatuto de Albengano de 1350, los Estatutos de la ciudad de Perugia y muchísimos más que citan los doctores del Derecho común<sup>104</sup>. *Et de more Hispaniae est, ut in maioribus per existentiam masculi, licet natu posteriori, excludatur foemina eius soror, licet prius genita, et habemus hoc expressum in successione regni in L. 2, tit. 15, Partida 2.*<sup>105</sup>; son muy frecuentes las citas, por los juristas del Derecho común, de los pactos sucesorios renunciativos y de leyes y costumbres españolas sobre la sucesión al trono, los mayorazgos, primogenituras y en materia de mejoras.

De tal manera estaba extendida la costumbre de excluir a las mujeres de la herencia paterna por toda Europa, que llegó a constituir un Derecho estatutario común, frente al Derecho civil común<sup>106</sup>.

Una vez puesta de relieve la validez de estos pactos renunciativos por estatutos y costumbres en Europa entera, voy a referirme a las razones por las que, según el Derecho civil, estos pactos sucesorios estaban prohibidos.

<sup>104</sup> CINO DE PISTOIA, In L. *De quaestione* y cons. 20, ns. 146 y s.

<sup>105</sup> DECIO, F., *ob. cit.*, cons. 397, col. 2.

CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 164, *in causa maioriae Hispalensis*.

ALEJANDRO DE TARTAGNIS, cons. 29, col. penult.

CIRIACO, F., *Trac. iuris primogeniturae*, lib. 1.º, *quaest.* 19.

TIRAQUELO, A., *De iure primog.*, *quaest.* 4 y 6, n. 23, *quaest.* 7, ns. 6 y 17, y *quaest.* 16.

PARIS DE PUTEO, cons. 72, ns. 11, 18 y 19.

PALACIOS, L. de, *Super statuta communiter in Italiam vigentia quod extantibus masculis foeminae non succedant* (Francofurti, 1606).

GUIDO PAPA, *ob. cit.*, cons. 131, col. 8.

<sup>106</sup> PICHLER, V., *ob. cit.*, lib. 3.º, tit. 26, ns. 19-20, pág. 375.

BALDO, *ob. cit.*, In L. *De pactum*, 15, C. *De collat.*, y cons. 1.148, n. 8.

**A. — Razones por las que, según el Derecho civil, estos pactos renunciativos no valen.**

Para el Derecho civil los pactos renunciativos eran nulos porque nadie podía renunciar a los derechos que se adquirían *ius sanguinis*, que sólo se pierde *opes legis*, pero nunca por pactos entre los particulares. El derecho a suceder por ley es un derecho público, además de un derecho natural, por lo que no pueden dañarlo los pactos que hagan los particulares: *pactis privatorum laedi non possunt*<sup>107</sup>. Un pacto renunciativo de esta clase *inutile est et non valet de iure civili*. Si estos pactos son nulos, según el Derecho civil, no pueden confirmarse por juramento: *ergo non confirmatur iuramento* y, por tanto, no le impiden a la mujer suceder al padre: *quod tale pactum non impediat filiam succedere*, porque el *ius sanguinis* no puede quitársele a la hija por pacto: *quod sic pacto tolli non posset*.

Además, el Derecho romano los reprobó en la *Caesarea constitutio*, en las *L. Pactum dotali et Pactum quod dotali*, en que todos los doctores están de acuerdo en señalar: *communiter Doctores opinantur qui turpe sit, ac bonis moribus contrarium*, además de que dan ocasión al *votum captandae mortis*, e inducen al padre al *peccatum quia non utitur officio pietatis*<sup>108</sup>.

Frente a esta regla del Derecho civil, los juristas del Derecho común, hombres prácticos y conocedores de la realidad de su tiempo, no pueden dejar de decir constantemente que los pactos renunciativos, reconocidos como válidos por los estatutos y las costumbres de Europa entera, no eran contrarios a las buenas costumbres y, sobre todo, cuando estos pactos eran válidos según el Derecho canónico, que tanta autoridad tenía entre los juristas del Derecho común: *de iure canonico valet, si fuerit iuramento firmatum et ideo hodie est consuetudo quod filiae foeminae faciant pactum de non succedendo, et iurant, et valet pactum*. Según Bartolo, estos pactos renunciativos son válidos si el renunciante

<sup>107</sup> BARTOLO, in *L. stipulatio hoc modo*, ns. 4 y s.; in *L. De quaestione*, n. 7 y cons. 72, pág. 22.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 10.

<sup>108</sup> COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, T. I, n. 2, págs. 341 y 390.

BALDO, *ob. cit.*, in *L. Ex eo instrumento*, n. 2, e in *L. De quaestione*, n. 5.

obtiene todo cuanto se le debe por la sucesión, es decir, si la hija obtiene por la dote lo mismo que le correspondería en la herencia de su padre, si concurriera con sus hermanos. En estos pactos renunciativos está excluido el voto corvino y no limitan la facultad de testar del padre, así que la invalidez de estos pactos, dice Bartolo, debe buscarse individualizadamente y si el pacto constituía una lesión al renunciante, el pacto sería nulo. Estos pactos, dice Bartolo, que se atienen al Derecho canónico y abandonan la Glosa, no repugnan a la conciencia moral de la sociedad, porque en ellos sus contemporáneos veían un medio de defender el orden social<sup>109</sup>. Estos pactos renunciativos son conformes y convenientes a la utilidad pública y a múltiples intereses sentidos en la sociedad.

Estos pactos renunciativos, dice De Castro<sup>110</sup>, quitan, más que inducen, la ocasión de desear la muerte o voto corvino: *quia pactum de non succedendo magis tollit, quam inducit votum captandae mortis*, siempre, claro está, que no sean contrarios al Derecho divino y natural, sino sólo al Derecho positivo: *non est contra ius divinum vel naturale, sed solum contra ius positivum*, porque en este caso, al ser la costumbre y el estatuto un verdadero Derecho civil, puede derogar a otro Derecho civil, como vemos con tanta frecuencia: *videmus hoc quotidie fieri; quotidie talia pacta ab statuta vel consuetudine approbarentur*.

Para considerar válidos estos pactos renunciativos basta hacer una correcta interpretación de la L. *De quaestione*, dice Cino de Pistoia<sup>111</sup>, pues si una hija, junto con el padre y un hermano, hacen un pacto sucesorio renunciativo, tal pacto es válido según esta ley, al final, que dice que son válidos los pactos sucesorios sobre la herencia del que todavía está vivo, si consiente aquél de cuya herencia se trata y perse-

<sup>109</sup> BARTOLO, in L. *Pactum quod dotali*, n. 8; in L. *Pactum*, n. 1; in L. *De quaestione*, n. 7; in L. *Stipulatio hoc modo*, ns. 4 y s.

<sup>110</sup> CASTRO, P. de, in L. *Pactum quod dotali* y c. *non est obligatorium*. *De regulis iuris*, lib. 6.º *Decretales*.

MOLINO, M. del, *ob. cit.*, tit. 1, *De donatio.*, pág. 18 y *observ. inter partes*. *De iure dotium*, págs. 20 y 308.

PICHLER, V., *ob. cit.*, lib. 3.º, tit. 26, ns. 19-20, pág. 375.

PEREGRINO, A., *ob. cit.*, art. 51, n. 24.

MONTERO DE LA CUEVA, M., *ob. cit.*, n. 18, págs. 256 y s.

ANDREA, G., *ob. cit.*, *In Speculum ...*, T. III, pág. 172.

<sup>111</sup> CINO DE PISTOIA, in L. *Pactum*. C. *De collat.*, n. 6 y L. *Pactum quod dotali*, n. 1.

vera en ello hasta la muerte. Si el pacto renunciativo celebrado por la hija dotada estaba ampliamente admitido en estatutos, costumbres y por el Derecho canónico, otra cosa parece ser que ocurría en estos mismos pactos renunciativos, pero hechos entre cónyuges, o el padre renunciando a la herencia del hijo o entre personas distintas de la mujer dotada. Cino de Pistoia nos refiere un caso: un estudiante, que tenía padre y madrastra, había gastado mucho dinero en sus estudios y seguía gastándolo, hasta que un día, por las malas artes de su madrastra, dejó de recibir el dinero de costumbre. Ante esta situación, vuelve rápidamente a su casa y le pide al padre el anticipo de su herencia futura, al mismo tiempo que hace un pacto renunciando a la herencia que pudiera corresponderle, con posterioridad, del padre. El estudiante, con su herencia anticipada, vuelve a sus estudios y pronto gasta el dinero. A la muerte del padre se presentó de nuevo en su casa alegando su derecho a la herencia. Según Cino de Pistoia, este pacto renunciativo era nulo, sin perjuicio de que el hijo estudiante tuviera que colacionar lo recibido para los estudios.

Como decía Bartolo, los pactos renunciativos hechos por la hija dotada son válidos en tanto en cuanto ésta hubiera recibido por la dote tanto cuanto le correspondería por herencia. Estos pactos renunciativos no valen si no son justos, es decir, *quoniam quis pro modico praesentialiter, opulentae haereditatis sibi obventurae spem omittit*. Sin embargo, si a la hija en el momento de contraer matrimonio se le constituye una dote congrua, no tiene ninguna esperanza al pedir la nulidad de su renuncia jurada a la futura sucesión, pero si la dote es *infra legitimam receperit et paterna substantia*, entonces tiene derecho a pedir un aumento<sup>112</sup>, porque la dote sucede en lugar de la legítima<sup>113</sup>.

Debieron ser muy frecuentes los casos de pactos sucesorios renunciativos injustos, por los que las mujeres renunciaban por una pequeña cantidad a una gran herencia futura, sobre todo entre la clase noble, que según Schettino<sup>114</sup> *inter magnates, inter quos nunquam*

<sup>112</sup> SCHETTINO, J., part. 3.<sup>a</sup>, sect. 3.<sup>a</sup>, págs. 93 y s.

<sup>113</sup> CARDENAL DE LUCA, *ob. cit.*, T. IX, disc. 7, págs. 12 y s.

<sup>114</sup> SCHETTINO, J., part. 3.<sup>a</sup>, sect. 3.<sup>a</sup>, págs. 93 y s., y part. 3.<sup>a</sup>, sect. 3.<sup>a</sup>, *quaest.* 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, págs. 102 y s.



*dos constituitur secundum legitimam, como son los casos de in Baronibus et Proceribus Regni... in sororibus Marchionis Vasti, Ducis Castrovillarum, Principis Hostiliani, Comites Magdalonis, et in aliis quam plurimis causis.*

En estos pactos sucesorios renunciativos no se trata ya de cuestionar su validez, sino de determinar cuáles eran justos y cuáles no, cuáles habían producido al renunciante una lesión enorme o enormísima y cuáles no, y si el renunciante había celebrado el pacto con pleno consentimiento, sin violencia, dolo, engaño o miedo reverencial; como dice Schettino, con mucha frecuencia se debatían estos temas *in scholi et in iudiciis*, dando lugar a grandes controversias. La preocupación de todos los juristas es la defensa de las mujeres, que casi siempre, dicen, se contentan con una dote exigua: *vel dote exigua contentae, bonis paternis in considerate cederent et favore amoris nihil vehementius, ab inmodicum gaudium renuntiat*. Hay que proteger a las mujeres, dice Ciriaco<sup>115</sup>, porque éstas *regulariter praesumitur ignorare ius suum, et multo magis quando est minor*. Se refiere Ciriaco a un pacto sucesorio *de succedendo* celebrado entre el padre y la hija, por el que ésta se reserva el derecho a suceder al padre. El pacto *de succedendo* se celebró sin el consentimiento de los hermanos cuando, según el Estatuto de la ciudad de Casalis, la hija estaba excluida de la sucesión paterna. Ciriaco dice que este pacto *de succedendo* es válido, aunque sea contrario al Estatuto, porque la hija, de Derecho común, debe suceder al padre, *per ista tenea opinionem Bartoli, quam dicit communem et veriore*<sup>116</sup>.

De Castro se refiere a un pacto sucesorio en el que el más próximo consanguíneo de una joven, que le sucedería abintestato, en el acto de dotarla, aunque la dote se constituyó con los mismos bienes de la joven, pactaron que si ésta moría sin hijos, se le restituiría a aquél la dote. El pacto se declaró nulo, entre otras razones, porque la joven había consentido y jurado el pacto sin conocer lo exorbitante que era, sin que se hubiera leído el documento, ni notificado su contenido, cuando necesariamente se exigía una mención especial. Aunque el pacto era jurado, ni el juramento pudo salvarlo, ya que, según se decía,

<sup>115</sup> CIRIACO, F., *ob. cit.*, T. III, controv. 474, págs. 290 y s., y controv. 445, pág. 193.

<sup>116</sup> BARTOLO, *in L. De quaestione*, n. 4.

el juramento no sana lo que está viciado. A un pacto renunciativo nulo se refiere Hotomano<sup>117</sup>, porque en él se incluyó *iniquissima clausulam*, además de que intervino *metus reverentialis*, —se trataba de una niña de trece años— y hecho sin la solemnidad requerida.

Al ser los pactos renunciativos: *renuntiationes liberorum esse odiosissimas* la *communis opinio est* que deben interpretarse restrictivamente<sup>118</sup>, como también se decidió en el Senado Tolosano y en el Senado Gratianopolis<sup>119</sup>.

### B. — Los pactos sucesorios renunciativos, según el Derecho canónico.

Según el *c. Quamvis pactum*, libro VI de las Decretales de Bonifacio VIII, aunque el pacto hecho por el padre y la hija con ocasión del matrimonio de ésta, por el que, quedándose contenta con la dote, no tiene derecho alguno sobre los bienes paternos, está reprobado por el Derecho civil. Sin embargo, si por juramento, sin violencia y sin dolo, fuese firmado por ella misma, debe observarse, siempre que no se vuelva en daño de la salud eterna, ni vaya o redunde en perjuicio de otro: *Quamvis pactum patri factum a filia dum nuptii habebantur, ut dote contenta nullum ab bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis. Si tamen iuramento, no vi, nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit. Cum non vengat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.*

Este canon fue objeto de muchísimos comentarios: *multa ex iuris civilis commentariis, variisque iurisconsultorum, doctissimorum virorum*, en especial por lo que se refiere al juramento, porque al ser contrarios al Derecho civil y a las buenas costumbres estos pactos sucesorios, no podía hacerlos válidos un juramento, lo cual dio lugar a *contrariae Doctorum auctoritates, et apertissimae dissensiones conciliari*<sup>120</sup>, que

<sup>117</sup> HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 7, págs. 25 y s.

<sup>118</sup> BOLOGNETTI, J., *Consilia* (Venetiis, 1575), cons. 32, n. 18, pág. 319.

ANDREOLUS, Fco., *Controversiarum forensium* (Venetiis, 1662), controv. 310, part. 4.<sup>a</sup>, págs. 196 y s.

<sup>119</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y s.

<sup>120</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41, cap. 11.

no impidieron que estos pactos *de iure pontificio est usitato* y que llegara a ser un axioma: *hoc axioma primum generaliter*.

El canon requiere que la hija sea púber y legítima, aunque las hijas naturales, al estar permitido el concubinato, *permissus erat concubinatus*, podían recibir por donación ciertos bienes del padre. Las espúreas, por el contrario, no tenían derecho a pedir nada: *spuria tamen nihil poterat petere, nec hodie: exceptis alimentis, quae misericordia iuris pontificiis ei concedit*<sup>121</sup>.

Como las mujeres pertenecen al sexo débil, *fragile et debile sexus*, y son fáciles en prometer como en jurar, *ut facilis et ad promittendum, ita facilius ad iurandum*, debe exigirse el juramento a la que sea mayor: *qui exegerit iuramentum a filia quod maior esset*, ya que las mujeres son mudables y varias siempre: *foemina mutabilis et varia semper; fragiles sunt consilio, et contra propria commodo saepe laborant, et plures defectus foeminarum inmulat. Alberico*<sup>122</sup>.

La validez del pacto dependía de que la hija estuviera contenta con la dote, con lo que era cuestión principal saber *quando filia renuntians dicatur dote contenta*. Por lo pronto, la dote no podía ser ni inmensa ni exigua: *nec inmensa nec minium*, según la *L. Sive itaque. De naturalibus*, y *ad 14. De testamen. in consuetudine Burdeg.*

La opinión más generalizada entre los doctores es que la dote debía de ser igual a lo que la hija recibiría a la muerte del padre: *quae debetur tantum post mortem patris*, lo que venía a ser una equiparación entre la dote y la legítima, de manera que si la hija recibía por la dote más de lo que le hubiera correspondido por la legítima, puesto que la dote se valoraba, no al tiempo de la muerte del padre, según Butrigario y Baldo<sup>123</sup>, la hija tendría que colacionar el exceso.

Dejar a la hija una cantidad menor de la que por ley le correspondería como legítima sería *graviter et mortaliter peccare ... et tam contra ius divinum, quam contra ius naturali*, porque nadie debe odiar a las hijas<sup>124</sup>. Así que De Castro hace un llamamiento a los prácticos

<sup>121</sup> PELÁEZ DE MERES, *Tractatus de maioratibus ...*, part. 1.<sup>a</sup>, *quaest.* 23, n. 13, pág. 192; y part. 2.<sup>a</sup>, *quaest.* 6, n. 264, pág. 660.

<sup>122</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 12.

<sup>123</sup> BUTRIGARIO, J., *In L. Pactum, C. De collat.*

BALDO, *ob. cit.*, *In c. quamuis*, y cons. 188.

<sup>124</sup> CASTRO, P. de, *ob. cit.*, *In L. Pactum dotali*, n. 8 y *L. De quaestione*, cons. 1.228, n. 1; cons. 2.419, n. 3; y cons. 2.305, n. 1.

para que, a su vez, no pequen, dándoles a los padres sugerencias en este sentido. Considera también que la hija está excluida de la herencia del padre por *statuta et non pacto*, por lo que, al establecerse la dote en razón del matrimonio, no puede verse afectada por la disminución o aumento del patrimonio paterno<sup>125</sup>.

Cierta pugna existe entre los intérpretes por esta frase: «contenta con la dote», *certe pugnant hic interpretes verba: contenta dote*, pero en lo que están de acuerdo es en que la validez del pacto depende de que la dote haya sido justa, porque no puede decirse que la hija está contenta con la dote, si ésta no existe: *non poterit dici dote contenta filia, quae dotem non habet*, porque entonces *nec renuntiatio itaque valebit*, porque así como se dice *dos succedit loco legitimae*, si la dote no es justa e igual a la legítima, *pactum nullum et inutilem est*, según Tholosano.

Con estas cautelas y condiciones, no puede decirse que estos pactos son contrarios a las buenas costumbres, *maxime cum aequitas iuris pontificiis in eo videatur pactum aprobare, et iuramentum quod filia per dote contenta sit*. Por eso, las mujeres serán excluidas de la herencia paterna en el mismo momento en que sean dotadas: *habeat lucum dummodo actu sint dotata*, según una S. de la Rota romana del 18 de julio de 1649, en la que se dice que estos pactos se basan en el derecho y en la equidad: *iuris ac aequitatis rationi*.

Que la dote equivale a la legítima se estableció en el *Statuti Tiburtini*<sup>126</sup> y en una S. de la Rota romana de 25 de mayo de 1642. En otra S. romana de 15 de abril de 1644, en un pacto renunciativo por el que más tarde la hija pidió un suplemento de legítima, se dice que estos pactos tienen como fin, *facta sunt pro conservatione familiae et eius favore*. En otra sentencia romana del 17 de mayo de 1621, se hace la siguiente distinción. Si el Estatuto dice textualmente «si son dotadas», en este caso sucede la dote a la legítima, pero si dijera «que se doten», en este caso, no.

Fue también preocupación de los *Doctores omnes*, que la hija llegara a saber realmente a lo que renunciaba, por lo que se exigió

<sup>125</sup>CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 73 y 201, lib. 1.<sup>o</sup>.

<sup>126</sup>MERLINO MERCURIALI, *ob. cit.*, decis. 133 y 142, n. 2, y decis. 106, pág. 87.

DURANDO, G., *ob. cit.*, lib. 4.<sup>o</sup>, *De pactis*, pág. 108.

que se le explicara, *etiam si expresse non fuerit explicata res filia*<sup>127</sup>, e, incluso, existía una fórmula: *quia verba formulae renuntiationis: renuntiat bonis paternis, maternis, praesentibus et futuris*<sup>128</sup>.

Se plantearon los juristas si el pacto renunciativo hecho por el hermano y la hermana, con juramento, era válido. Se hizo la distinción de si ese pacto se hizo en vida del padre o cuando falleció. Si fue hecho en vida del padre y éste no consintió, según la *L. De quaestione*, al final, el pacto ni vale ni obliga a nada ni a nadie, según afirmaron Ancharano, Imola, Baldo y Saliceto<sup>129</sup>. Si fue en vida del padre y con su consentimiento hasta su muerte, el pacto era válido según las *L. De quaestione, Qui Romae, Si iuncta* (*C. De famil. erciscundi*), *Duo fratres y Illum*.

Exigía el canon pontificio que en la renuncia no hubiera intervenido *dolo et metus intervenientibus*, así como que, al renunciar a un derecho personalísimo, no podía hacerlo el marido por la mujer<sup>130</sup>.

Como he dicho antes, de todos los requisitos exigidos por el canon pontificio, el más problemático fue el del juramento, porque según *communiter Doctores opinantur*, no se puede renunciar a la herencia futura, razón que le parece a Covarrubias<sup>131</sup> poco consistente: *sed ratio ista deficit*, porque según es por todos conocido, *sententia hoc ipsum probatur*, la *L. De quaestione*, al final, admite la validez de los pactos sucesorios, si consiente aquél de cuya herencia se trata; luego estos pactos no pueden reprobarse *de iure*. Lo que verdaderamente tengo claro, dice, *ergo vero non ambigo*, es que un pacto renunciativo sin este consentimiento, no puede confirmarse por juramento, *minime confirmare iuramento*, porque, en verdad, que en este supuesto el pacto renunciativo es contrario a las buenas costumbres; en caso contrario,

<sup>127</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.º, cap. 13.

<sup>128</sup> CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 68.

NATTA, G., *In L. Quamuis pactum*, col. 15.

GUIDO PAPA, *ob. cit.*, *quaest.* 227.

<sup>129</sup> BALDO, *ob. cit.*, *in L. Pactum, C. De collat.*

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.º, cap. 14.

FERRONUS, *in 13. De testamem. in consuet. Bundi. per L. Stipulatio ita, in princ. De verb. obligat.*

<sup>130</sup> DECIO, F., *ob. cit.*, *In L. Pactum quod dotali*, col. 1 y cons. 184.

<sup>131</sup> COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, págs. 341 y s.

es decir, con el consentimiento de aquél de cuya herencia se trata, *opinor id iuramento confirmari*.

Tampoco está Covarrubias de acuerdo en que este pacto quitó al padre la libertad de testar, porque si se ha hecho con su consentimiento *non esse bonis moribus contrarium, quod ex consensu proprio tollatur libera testandi facultas*, según opinan también Bartolo y Decio.

Estos actos son válidos y se hacen incluso sin juramento, *de iure Regio*, como es el caso de la L. 22 de Toro: *eam omnino irrevocabilem esse*, y así se hacen en Hispania estos pactos o promesas en escritura pública, aunque no se hayan hecho con ocasión de la dote o el matrimonio: *modo siat de hoc pactione, et promissione scriptura publica: licet non fuerit causa dotis, aut matrimoniis facta isthae promissio*. Se refiere Covarrubias a que, por las leyes de Toro, se pueden hacer por testamento, contrato o pacto, las mejoras, los mayorazgos y las primogenituras.

Siempre según los Doctores, será necesario que consienta aquél de cuya herencia se trata y persevere en ello: *quod deducitur ex dicta L. De quaestione*<sup>132</sup>. La validez, por tanto, de estos pactos dependerá del caso concreto de que se trate, pero éstos son tantos, dice Covarrubias, que es difícil dar una opinión: *opinionem difficilem est*; lo que sí puede concluirse con una justa interpretación del Derecho civil, *iuxta iuris civilis interpretationem*, es que son honestos los pactos sobre la herencia del que todavía vive, si consiente y persevera en ello hasta su muerte: *honestas pactis superviventis haereditate ab illius consensu semel praestito, et perseverante procedat*.

Se trata de ver caso por caso y si uno no es contrario a las buenas costumbres, respondió Bartolo: *eodem modo respondeo: quia ibi pactum non erat contra bonos mores: igitur firmatur iuramento*<sup>133</sup>. Los pactos

<sup>132</sup> ALEJANDRO DE TARTAGNIS, CONS. 155, lib. 7.º.

JASON DE MAINO, *ob. cit.*, In L. *Stipulatio hoc modo*.

ANCHARANO, CONS. 39.

ARETINO, In L. *Qui superstitis ss. De acquire. haered.*

FULGOSIO, CONS. 73.

GUIDO PAPA, *ob. cit.*, CONS. 162.

SOCINO, B., *ob. cit.*, CONS. 74, lib. 3.º, col. 2.

<sup>133</sup> BARTOLO, *ob. cit.*, T. X, CONS. 8, ns. 3-4, pág. 5.

sucesorios que son de Derecho reprobados, dice Thesauro<sup>134</sup>, *iuramentum confirmari non posse*, según establece también *iuxta gloss. communiter approbatam in L. Qui superstiti* (D. *De acquirenda hereditas*), aunque reconoce que doctores no mediocres quieren defender lo contrario: *sed contrarium multi aliis non mediocri doctrinae defendere voluerunt*.

Que el juramento no puede confirmar un pacto nulo es opinión, entre otros, de Gutiérrez, Cáncer, Lessio, Tholosano, Castillo de Sotomayor, Merlino Mercuriali y Covarrubias<sup>135</sup>. La regla general, dice Covarrubias, es que, si la promesa jurada contiene algo contra las buenas costumbres, *repugnat regulariter*; sin embargo *aliquo caso*, será necesaria la absolución, siempre que la observación del juramento *non sit peccatum*. El juramento no puede confirmar tampoco el acto prohibido en base a un interés público: *iuramentum non confirmat actum prohibitum propter favorem publicum*, porque según Bartolo *non posse ius publicum pacto privatorum remitti*, como dice también el Derecho canónico, y sobre esto, *hanc opinionem communem esse eam secuti*.

El que el Derecho pontificio exija que el pacto de *non succedendo* se acompañe de un juramento es porque éste le da una fuerza mayor, *vim maiorem*, pues se hace la promesa a Dios, siempre que pueda observarse sin detrimento de la salud del alma y sin daño temporal inminente, más del alma que del cuerpo. Como el juramento se hace a Dios, *non possit a legislatore alio tolli vel mutari*, porque el juramento es algo espiritual: *iuramentum spiritualis res est: ideo neque per leges civiles, contraria, aut per statuta potest restringi*, ya que, según el abad Panormitano, el juramento es de *iure divino*<sup>136</sup>.

Como se trata de defender a la mujer, en una S. de la Rota romana

<sup>134</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y s.

<sup>135</sup> GUTIÉRREZ, J., *Tractatus Tripartitus de iuramento confirmatorio ...*, part. 1.<sup>a</sup>, cap. 72.

CÁNCER, *ob. cit.*, part. 2.<sup>a</sup>, cap. 1, n. 13.

LESSIO, L., *De iustitia et iure* (Lugduni, 1622), lib. 2.<sup>o</sup>, cap. 42, n. 18.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, caps. 4, 5 y 6.

CASTILLO SOTOMAYOR, J., *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, cap. 9, n. 5.

MERLINO MERCURIALI, *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, tit. 2, *quaest.* 25.

COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, T. I, n. 4, pág. 309, y ns. 1 y 5, pág. 314.

<sup>136</sup> THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 13.

de 1575. ante Coccino, se dijo que estos pactos renunciativos no se hicieran *sine solemnitatibus*, porque, a través de pactos renunciativos, pueden perjudicarse a las mujeres: *quibus mulier potest laedi*<sup>137</sup>.

En cuanto a la interpretación de los estatutos y costumbres que permiten estos pactos, los Doctores suelen decir que como, por lo general, estos pactos sucesorios son odiosos, deben interpretarse restrictivamente y no extenderse a otros supuestos ni regiones: *quod statuta excludentia foeminas propter masculos non possunt vires extendere extraditionem statuentium, ut est magis commune scribentium votum, praecipue*: Bartolo, Baldo, Alejandro, Rolandino, Berolo, Perusio, Peregrino, Menoquio, Thesauro, Merlino Mercuriali, Graciano y otros más<sup>138</sup>.

Pasemos, a continuación, a ver la frecuente celebración de pactos sucesorios en una circunstancia muy peculiar: con ocasión del ingreso en religión.

## V. LOS PACTOS SUCESORIOS CON OCASIÓN DEL INGRESO EN RELIGIÓN

Todos los juristas del Derecho común atestiguan que eran muy frecuentes los pactos sucesorios hechos por las personas que se proponían entrar en religión, unas veces mediante pactos de *non succedendo*, más frecuentes entre las mujeres, otras mediante pactos sucesorios por los que los padres conjuntamente, o uno solo de ellos, procedían en vida a disponer y adjudicar sus bienes, mediante la *divitio inter liberos*.

Por razón de los estatutos, dice Bartolo<sup>139</sup>, son válidos los pactos sucesorios renunciativos, porque los que entran en el monasterio, después de su profesión, no pueden suceder en los bienes del padre o

<sup>137</sup> URCEOLI, J., *ob. cit.*, decis. 5, n. 19, pág. 59.

<sup>138</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 12, n. 92.

<sup>139</sup> BARTOLO, *ob. cit.*, T. X, cons. 37, ns. 1 y s., pág. 13; *in L. ulti.*, C. De pactis; L. De quaestione, n. 7; *in L. Deo nobis auxilium. De episcopis et clericis* (C. 1.3.54); e *in L. Cassa. De sacrosanctis ecclesiis* (C. 1.2.12).

BALDO, *ob. cit.*, *In L. De quaestione*, C. De pactis.

DECIO, F., *ob. cit.*, cons. 31, col. 2.

CAGNOLO, J., *ob. cit.*, *in L. De quaestione*, ns. 185 y s.



de la madre, ni tienen derecho a pedir nada: *in monasterio post professionem non possit venire ad successionem honorum patris vel matris vel aliquid petere*. Si los pactos renunciativos hechos por la mujer dotada eran válidos según el Derecho canónico y según los estatutos y costumbres de Europa entera, también lo son *si fiat ab ingrediente religionem*, dándose las mismas razones en el matrimonio carnal y en el espiritual: *ratio est evidens deducta ex argumento de matrimonio carnali ad spirituale* y fundándose en el *c. Quamvis; c. inter corporalia et c. fin De translat praelat*; siempre que sea jurado y no se observe violencia o dolo, ni perjudique a tercero y, sobre todo, que no venga en daño de la salud eterna<sup>140</sup>.

Así como por el *c. Quamvis*, libro VI de las Decretales, eran válidos los pactos renunciativos de las hijas dotadas a la herencia abintestato del padre, mediante juramento, de la misma manera eran válidos estos pactos por los estatutos: *ergo potest fieri per statutum et tale pactum valere, et talis monachus non succederet* reconociendo Bartolo que pactos sucesorios de esta especie se celebran en *totius Republicae*.

Son válidos estos pactos sucesorios en base a la *L. De quaestione, qui alios allegat in L. ult. C. De pactis, et videtur opinio ista magis communis ex his qui Bartolo opinionem in dicta L. ult. seguntur* y en base a la Novela 13 de Justiniano referente a una *divitio inter liberos*, hecha por el padre y la madre que querían entrar en un monasterio.

Por lo visto, algún jurista hizo una distinción entre el pacto renunciativo hecho por la hija dotada, que era válido según el Derecho canónico con juramento, y el hecho por quien quería entrar en un monasterio, en cuyo caso sería nulo por tratarse de un pacto sucesorio reprobado por el Derecho civil. Bartolo no admitió semejante distinción y los consideró válidos ambos: *nulla etenim est congrua discrimini ratio*.

Por los estatutos valen los pactos sucesorios hechos con ocasión del ingreso en religión, sobre todo si éstos emplearon las siguientes expresiones: *monaqui non succedant ... si quis monasterium religionem professus ingressus fuerit, privatus sit iure succedendi*, como se dice en los estatutos de Assisi. Según Decreto del Sacro Concilio Tridentino

<sup>140</sup> SCETTINO, J., *ob. cit.*, part. 3.<sup>a</sup>, sect. 2.<sup>a</sup>, *quaest.* 4.<sup>a</sup>, pág. 85.

(sess. 25, cap. 16, *De regular.*), estos pactos de *non succedendo* son válidos, aunque el Derecho civil los repruebe, por lo que esta disposición viene a ser correctora del Derecho común. El novicio, antes de entrar en religión, tiene la disposición de sus bienes como cualquier laico y, por tanto, puede venderlos, donarlos, según quiera, por actos *inter vivos*, como disponer por últimas voluntades. Puede disponer de sus bienes por testamento *et aliis ultimis voluntatibus*<sup>141</sup>.

No sólo los estatutos, sino también la costumbre, excluyen a estas personas del derecho de suceder: *consuetudo autem, qua monachi a parentum et consanguineorum successione excluduntur ab intestato, valet quidem: quia ecclesiarum, monachorum, clericorum atque praetorum et Principis consensu tacitum faltem habeat.*

Estos pactos sucesorios celebrados por los que van a entrar en religión están reconocidos *in consuetudine Burgundiae, Bituringiae, in constitutiones Regias, apud gallos praxi et consuetudines observantissima.*

Lo mismo que ocurrió al tratar de los pactos renunciativos celebrados por las hijas dotadas, también suelen los juristas denunciar que mediante estos pactos sucesorios renunciativos se pueden y suelen ocasionar lesiones enormes o gravísimas, así como nos dicen que muchos de estos pactos sucesorios fueron rescindidos por lesión, también los que iban acompañados por juramento, porque éste no puede nunca convalidar un vínculo de iniquidad. Dice Bartolo: *quae de laesione enormi et gravissima frequentissime retractandae et rescindendae renuntiationes, tam laesio gravissima quam enormissimam vulgus appellat.*

Lo que sucede al entrar en religión, sucede igualmente respecto de los mayorazgos, dice Ciriaco<sup>142</sup>: *imo monachus succedit, etiam in maioratu*, refiriéndose a un *Statutu Vitellianae. Pactum istud, iuramento firmatum valeat, si fiat eo tempore, quo filia religionem ingreditur*, dice Covarrubias<sup>143</sup>.

Los pactos sucesorios renunciativos y los demás que se hicieran

<sup>141</sup> SCHETTINO, J., *ob. cit.*, part. 3.<sup>a</sup>, sect. 9 et ult., págs. 247 y s.

<sup>142</sup> CIRIACO, F., *ob. cit.*, controv. 474, pág. 295.

<sup>143</sup> COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, ns. 2-6, pág. 346.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 5, n. 27.

*ex virtute religionis et per ingressum religionis*, fueron válidos según los estatutos, costumbres y constituciones reales en Europa entera<sup>144</sup>. Desde las más tempranas épocas, aparecen documentos con actos de disposición, realizados por los que ostentan la condición de religiosos. Los Fueros colocan al religioso en una situación de muerte civil, como todos los Fueros de la familia de Cáceres-Usagre y «costumes» de Castello-Bom, en los que ordena que el monje «no meta consigo herencia ninguna». «Omne que se metier en ordem o tod omne que se metier en ordem, dé la meatud de su aver a sus parientes como si fosse muerto. E otrosi non meta consigo herencia ninguna», citando Arvizu otros muchos Fueros<sup>145</sup>.

Estos pactos renunciativos solían celebrarse en presencia de otras personas laicas, generalmente parientes, y se les añadía la cláusula de estabilidad y maldición a quien tratara de quebrantarlos. Los estatutos comarcales y Valtellinensis, dice Besta<sup>146</sup>, consideraban también al profeso como muerto, en la misma hora en que entraba en el monasterio, o en el momento de hacer los votos religiosos<sup>147</sup>.

Vamos a continuación a hacer una breve referencia a los pactos sucesorios en el Derecho feudal y en los mayorazgos.

## VI. LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL DERECHO FEUDAL Y EN LOS MAYORAZGOS

Según el Derecho feudal, solamente los hijos varones sucedían en el feudo, *non filia, seu foemina*<sup>148</sup>, porque, según Gothofredo, el varón es de mejor condición que la mujer: *masculi melior est conditio, quam foemina*. Las mujeres, por lo general, no pueden aspirar al feudo: *foeminae ad feudum aspirare regulariter non possunt*.

<sup>144</sup> PICHLER, V., *ob. cit.*, lib. 3.º, tit. 26, ns. 19-20, pág. 375.

<sup>145</sup> ARVIZU y GALARRAGA, F., de, *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media* (Pamplona, 1977), págs. 48 y s., 101 y s.

<sup>146</sup> BESTA, E., *ob. cit.*, pág. 19.

<sup>147</sup> NICCOLAI, F., *ob. cit.*, pág. 259.

AZZARITI y MARTÍNEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni* (Padua, 1959), pág. 9.

COVIELLO, N., *Delle successioni. Parte Generale* (Nápoles, 1935), 4.ª edic., pág. 76.

<sup>148</sup> FEHL, J., *ob. cit.*, *Liber primus feudorum*, tit. 8, y *De successione feudii*, págs. 18 y s.

La exclusión de la mujer a la sucesión en el feudo estaba establecida en la L. Sálica: *vocatur haec lex Salica. Morganaticam legend. Morgengabe*, y en las leyes: *in legibus Longobardorum, et Ripuarorum* (tit. 39), *et Memannorum* (tit. 59)<sup>149</sup>.

La única manera que tenían las mujeres de suceder en el feudo era a través de un pacto sucesorio: *nisi pactum successionem factum foret*<sup>150</sup>, lo que constituía, suelen decir, una excepción a la regla de los juristas romanos que prohibieron los pactos, aunque estas leyes por su autoridad no eran nada despreciables: *nimirum legum Romanorum non est vilis auctoritas*. Pero en el supuesto del Derecho feudal, las costumbres feudales vencen a la ley (romana): *et ita in ista casu consuetudo feudali vincit legem*<sup>151</sup>.

Así, en materia de feudos y cuando hay costumbre, los pactos sucesorios son válidos, incluso sin juramento, dice Baldo<sup>152</sup>. Refiriéndose a los pactos de *non succedendo*, señala Boerio<sup>153</sup> que *stante consuetudine et permitente, tam in feudo, quam aliis bonis ellodialibus*. Refiere Boerio un pacto sucesorio celebrado entre Gil de Bellamera y Berta, en el que hacen donación de todos sus bienes presentes y futuros al hijo primogénito que naciera de su matrimonio, con reserva de usufructo. Este pacto era válido según *feudi ad morganaticam contracti*.

La costumbre milanesa admitía la validez del pacto sucesorio hecho con ocasión de un segundo matrimonio del padre, por el que se obligaba a que no sucedieran los hijos que nacieran del segundo matrimonio con los habidos del primero, y ser este segundo matrimonio morganático y por la L. *Salica y Feudal*<sup>154</sup>.

Por pactos se sucede en los feudos, dictó una S. romana del 15 de enero de 1616, y lo reconocen Molina, Valázquez, Menoquio, Vázquez de Menchaca y Merlino Mercuriali<sup>155</sup>, porque los feudos están regu-

<sup>149</sup> FEHI, J. *ob. cit.*, *Liber secundus feudorum*, tit. 29, pág. 82.

<sup>150</sup> FEHI, J. *ob. cit.*, *Liber secundus feudorum*, tit. 90, pág. 132.

<sup>151</sup> FEHI, J. *ob. cit.*, *Liber secundus feudorum*, tit. 50, pág. 102.

<sup>152</sup> BALDO, *ob. cit.*, *In L. Pactum*, n. 15, C. *De collat.*; y cons. 1.148, n. 8.

<sup>153</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, *quaest.* 204, n. 7, págs. 439 y s.

<sup>154</sup> BARTOLO, *ob. cit.*, lib. X, cons. 72.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 11.

<sup>155</sup> MOLINA, L., *De primogenitis ...*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 8, n. 10.

MENOQUIO, G., *ob. cit.*, lib. 5.<sup>o</sup>, cons. 498, n. 18.

lados por las diversas costumbres locales: *propter diversas locorum consuetudine et propter diversa pacta et conventiones, quae in eis opponi conserverunt* <sup>156</sup>.

Baldo relaciona el derecho de suceder por pacto, según el Derecho feudal, con la L. *De quaestione*, en la que el emperador Justiniano estableció que los pactos de futura sucesión no valen, *nisi eo consente eius erat feudum Mediolanenses et Cremonenses* <sup>157</sup>, aunque según Peláez de Meres <sup>158</sup>, el consentimiento prestado sería siempre revocable, refiriéndose al matrimonio segundo morganático, porque *possunt contrahentes mutare voluntatem, et pacisci per contrarium pactum quod succedant cum liberis prioris matrimoniis*.

Con carácter general se puede decir, según la doctrina del Derecho común, que los pactos sucesorios son válidos *non de iure communi, sed iura feudalia et quidem de consuetudine feudali scripta* <sup>159</sup>.

En Cataluña en los siglos X, XI y XII, las *convenientiae* que, en buena parte y tal vez en su origen, se refieren a relaciones feudo-vasalláticas, pero que, muchas veces, regulan relaciones entre iguales, contuvieron en ocasiones acuerdos en materia de sucesiones. Las *precaria* y, más tarde, los establecimientos enfitéuticos contuvieron también compromisos entre el dueño directo y el cultivador, acerca de la trans-

VELAZQUEZ, *De iure emphit., quaest.* 46.

VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *De successionum ...*, lib. 3.º, n. 235, lín. 34.

MERLINO MERCURIALI, *De legitima tractatus absolutissimus* (Venetiis, 1671), decis. 53, pág. 47.

<sup>156</sup> DURANDO, G., *Speculum iuris cum Jean Andreae Baldi, Reliquorumque* (Basileae, 1574), lib. 4.º, *De feudis*, n. 45, pág. 310.

<sup>157</sup> FEHL, J., *ob. cit.*, T. V, lib. 1.º, *De feudis*, tit. 27, pág. 34.

<sup>158</sup> PELÁEZ DE MERES, *Tractatus de maioratibus et meliorationibus hispanae* (Lugduni, 1678), part. 1.ª, *quaest.* 66, n. 13, pág. 465.

BOERIO, N., *ob. cit.*, decis. 204, n. 33.

<sup>159</sup> BALDO PERUSINO, *Super feudis* (Lugduni, 1542), caps. 1.º y 2.º.

ALCIATO, A., *Opera omnia* (Basilea, 1582); *Commentaris ad tit. Digest. de verborum significatione* (Lugduni, 1589); y *Decretum Gratiani emendatum et notationibus ...* (Venetiis, 1615). *In L. De quaestione, C. De pactis*.

AFLICTO, M. de, *In L. De quaestione, C. De pactis*.

BOLOGNETTI, *In L. De quaestione, C. De pactis*, n. 81.

CAGNOLO, *In L. De quaestione, C. De pactis*, n. 132.

SOCINO, B., *ob. cit.*, lib. 3.º, cons. 53.

CÁNCER, *ob. cit.*, lib. 3.º, cap. 7, n. 142.

misión sucesoria de los derechos de éste a uno o dos de sus hijos, a su elección: *quod vos elegeristiis, quale elegeris volueritis, quos tu elegeris*<sup>160</sup>.

En Hispania, los mayorazgos podían establecerse por testamento o por pacto sucesorio: *quod Maioratus tam ex contractu, quam ex testamento institui possint*<sup>161</sup>, porque en materia de mayorazgos se está a las constituciones del Reino: *secundum Regni constitutiones*<sup>162</sup>.

Las Leyes de Toro, en su regulación de los mayorazgos y de las mejoras, son frecuentemente citadas por los juristas del Derecho común, como representativas de la validez y uso de los pactos sucesorios en Hispania: *Maioratus namque sive in contractu, sive in testamento instituantur, ut plurimum vim ultimae voluntatis obtinere solent et nuli dubium, nisi quod possit in eis fideicomitti: etiam si sunt instituitus in contractus*<sup>163</sup>.

Pasemos a tratar uno de los campos en donde los pactos sucesorios se celebraron con más frecuencia: en las donaciones de todos los bienes presentes y futuros.

<sup>160</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de sucesiones* (Madrid, 1982), cap. 7, pág. 1.024.

<sup>161</sup> MOLINA, L., *De primogenitis...*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 1, n. 9, y cap. 2, n. 19.

CIFUENTES, M., *Bona lectura, sive declaratio legum Taurinarum* (Salamanca, 1536), *ad legem 40 y 44 Tauri*.

CASTILLO, D. del, *Glossa a las Leyes de Toro* (Burgos, 1527).

PALACIOS RUVIOS, J., *Glossemata legum Tauri* (Salamanca, 1542).

GÓMEZ ARIAS, F., *Subtilissima, et valde utilem glossam ad famosissimas ac subtiles, ac necessarias, ac quotidianas leges Tauri* (Alcalá de Henares, 1546).

GÓMEZ, A., *Commentarium ad leges Tauri* (Madrid, 1780).

BURGOS DE PAZ, M., *Ad leges Tauri insignes commentarii ...* (Valladolid, 1578).

VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO, R., *Legum Taurinarum a Ferdinando et Joanna Hispaniarum Regibus ...* (Valladolid, 1588)

ALVAREZ POSADILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España* (Valencia, 1796)

<sup>162</sup> PELÁEZ DE MERES, *ob. cit.*, part. 2.<sup>a</sup>, *quaest.* 6, ns. 134 y 143, págs. 645 y s.

<sup>163</sup> URCEOLI, J., *ob. cit.*, *decis.* 22, n. 37, pág. 265.

SURDO, J. P., *Consiliorum sive responsorum* (Venetiis, 1616), cons. 403, n. 33.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>a</sup>, cap. 9.

## VII. LOS PACTOS SUCESORIOS Y LAS DONACIONES DE TODOS LOS BIENES PRESENTES Y FUTUROS

Ya en el Derecho romano vulgar las donaciones, en general, habían desplazado a los testamentos como medio más sencillo de disponer de los bienes para después de la muerte o en consideración a la muerte. Los pactos sucesorios, mediante donaciones, hemos visto que eran frecuentes ya a través de la *divitio inter liberos*, como en las donaciones con ocasión del matrimonio de los hijos, emancipación o por el ingreso en religión, sin contar con los frecuentísimos pactos sucesorios celebrados por los príncipes y nobles familias, entre militares y en favor de la iglesia. De tal manera serían frecuentes estas disposiciones o últimas voluntades que, como ya hemos visto, Justiniano, por razones de utilidad y humanidad, derogó o anuló la antigua ley por la que los pactos sucesorios no eran válidos. Las últimas voluntades son válidas, dice Justiniano en el año 528, en la L. *Scrupulosam*, a tenor del contrato o del testamento, es decir, todo lo que estipularon o pactaron los contratantes en un contrato cualquiera, o todo lo que el testador dispuso en su testamento: *omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit ... pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus*.

Es válido todo lo que se haya estipulado o contratado en consideración a la muerte, ya para después de su muerte, o para cuando muera, o para un día antes de que muera, y en un contrato cualquiera o en un testamento. Estos contratos celebrados para después de la muerte la antigüedad los prohibía: *alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respruebat*; sin embargo, es necesario, dice Justiniano, quitar de en medio esta regla, atendiendo a la común utilidad de los hombres, lo mismo que era conveniente enmendar la regla de la que se servía la antigüedad, por humanidad. L. *Quum et stipulationes*, del año 531.

Cualquier contrato hecho en consideración a la muerte era válido, pudiéndose así suceder, bien por testamento, bien por contrato; pero entre los contratos se impuso comunmente en el medievo la sucesión por donaciones y, especialmente, la disposición de la herencia a través de una donación de todos los bienes presentes y futuros. En toda Europa

existían leyes, estatutos y costumbres que reconocían la validez de estas donaciones que, en realidad, constituían una sucesión contractual e irrevocable, generalmente hechas con ocasión del matrimonio de un hijo, en capítulos matrimoniales.

De nuevo la costumbre y los estatutos eran contrarios al Derecho civil, pues estas donaciones iban en contra de la regla general de que la herencia no se podía transmitir más que por testamento (entre extraños), y de que nadie podía privarse de la libre facultad de testar. Los juristas del Derecho común tuvieron también, en estos casos, que conciliar el Derecho civil con la realidad estatutaria, legal y con la costumbre permisiva de estas donaciones en toda Europa y, así lo hicieron como veremos a continuación.

Estas donaciones, nos dice De Castro<sup>164</sup>, *quotidiana sunt*, porque a través de ellas se hacen últimas voluntades, como ocurre, por ejemplo *in Cathalonia*, según refiere Osascu Randen, *et alios plures* y atestigua Peregrino<sup>165</sup>; en Aragón: *ex patriae consuetudine validas fieri et permissas pactiones de succedendo ... in Aragonia consuetudinem ... et diversis legibus, stylis, ac consuetudinibus regis ab eis, quas habet Aragonia*.

Suelen decir los juristas que en Cataluña impropiaemente se emplea la palabra heredamiento por la de donación, porque el heredamiento supone una donación. Las donaciones de todos los bienes presentes eran válidas en Cataluña: *ita receptissima acceptatione, et usurpatione senatus Cathaloniae, ut pactum, quod talis sit haeres, vel haereditet, importet donationem, impropiando verbum, haereditare, pro donare, ut comprehendat tantum bona praesentia, et non futura, et ideo valeat, et consuetudine roboretur*, según Covarrubias: *in Cathalonia dubium non esse siquidem in eo Principatu tale haereditamentum importet donationem inter vivos, et haereditare sumitur pro donare, et haereditamentum pro donatione, et per tale haereditamentum censentur donata bona presentia tantum, ut actus valeat*, según atestiguan también Cáncer y Fontanella<sup>166</sup>.

En Cataluña, la primera norma escrita de Derecho catalán que se

<sup>164</sup> CASTRO, P. de, *ob. cit.*, vol. II, cons. 82, n. 6.

<sup>165</sup> PEREGRINO, A., *ob. cit.*, art. 51, ns. 25 y 35.

<sup>166</sup> SCETTINO, J., *ob. cit.*, part. 1.<sup>a</sup>, sect. 3.<sup>a</sup>, pág. 35.



refiere a la irrevocabilidad de la donación de castillo, honor o posesión, se halla en el *utsage Authoritate rogatu*, en el que se decía *qu'après aca non puscha mudar d'altra guissa sa voluntad*<sup>167</sup>.

Las *Costumes de Cathalunya*, 26, planteaban: *si vasallus, vel castellanus hereditavit filio suo de castellania, sive de feudo castri, retenta tantum sibi usufructu in tota vita sua*. Socarrats comentó este texto y dice que en él *impropie dicitur hereditaverit, quia hereditas non dicitur viventis*, aunque luego reconoce que en la interpretación de las palabras hay que estar al uso y a la costumbre, porque era una realidad que en Cataluña, como en el resto de Europa, se sucedía mediante una donación: *Sed in Cataloniae utimur verbo hereditamem ac occipitur pro donatione: et in expositione vocaboliorum debet attendi usus et consuetudo*.

Los herederos los instituyen en capítulos matrimoniales, a través de la donación *de omnibus bonis praesentibus et futuris, mobilibus et immobilibus in quocumque consistentibus, et consistere volentibus*, contrato o sucesión *quod Galli contractualem appellant*<sup>168</sup>. En base a viejas costumbres, entre los galos estas donaciones son frecuentes, dice Hotomano<sup>169</sup>, y en ellas se instituyen los herederos en los contratos de matrimonio, como con ocasión de la emancipación de los hijos: *in veteribus gallorum moribus, heres in contractu matrimonii instituetur et in emancipationis tempore*. En estos supuestos, los bienes se adquieren: *sed totius iuris successionem sequatur*.

La misma asimilación entre heredamiento y donación se lee en la constitución *A foragitar fraus*, dada por Pedro el Grande en las Cortes de Perpiñán de 1351. Se decía que el instrumento *carta* que contuviera algo en mengua, derogación o perjuicio *del heretament o donatio feta o faedora* por aquellos padres a cualesquiera de sus hijos con ocasión del matrimonio, sea nulo e irrito *ipso iure*. O como sintetizó Mieres: *Instrumentum factum in praeiudicium donationis, vel hereditamenti*

<sup>167</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., *ob. cit.*, pág. 996.

<sup>168</sup> MERLINO MERCURIALI, *ob. cit.*, decis. 182, pág. 195.

FABRICIO, A., lib. 5.º, tit. 9, defint. 8, n. 4.

CÁNCER, *ob. cit.*, lib. 3.º, cap. 7, ns. 128 y 134-135.

CIRIACO, F., *ob. cit.*, contro. 88, n. 20.

<sup>169</sup> HOTOMANO, Fco., *Variarum Disputationes* (Lugduni, 1569), vol. 1.º, *De pactis*, págs. 67 y 84.

*tempore nuptiarum*, es nulo según Derecho y a los notarios les está prohibido *recipere talia instrumenta*. Se asimilan así heredamiento y donación, como se lee en Fontanella, que define el heredamiento como *donatio inter vivos quae fit ut pactis nuptialibus qua per eam censetur donator praevenisse diem supremii iudicii*.

En Aragón, en el Fuero 4, *De donationibus*, dictado a fines del siglo XIV por el rey Martín, el Humano, se admitió la donación «que es hecha por alguno, de sus bienes en general, o también de los bienes habidos o por haber, a alguna persona que no sea hijo suyo, o hijas suyas, legítimos y naturales, ya nacidos». *In Aragonia valet regulariter donatio generali omnium honorum habitorum et habendonum*, dice Molino<sup>170</sup>, porque en Aragón estamos a la carta, *et ratio praedictorum est; quia in Aragonia stamus cartae*, y porque en Aragón vale todo instrumento, siempre que no contenga algo imposible o contra el derecho natural: *Unde decimus, quod in Aragonia valet omne instrumentum, dum tunc non contineat aliquid impossibile, vel contrarius ius naturale: ut in observ. De fide instrumentorum*.

Tales donaciones son válidas, dice Sessé<sup>171</sup>, porque *contractus et ultimae voluntates paris potentiae sunt in Aragonia, quia in Regno stamus cartae et in Aragonia, ubi verba chartae non sunt limitanda*, porque las últimas voluntades existen, aunque no se encuentren contenidas ni en un testamento, ni en un codicilo o en una donación *mortis causa: ultima voluntas invenitur que non sub testamento, nec codicillo, nec donationem causa mortis continentur*. Por eso, en Aragón son válidas las donaciones de todos los bienes presentes y futuros, sin necesidad de que el donante se reserve cosa alguna<sup>172</sup>.

En Castilla y en base a la Ley 69 de Toro, que decía textualmente: «Ninguno pueda hacer donación de todos sus bienes, aunque se haga solamente de los presentes», los autores no pueden menos de aceptar

<sup>170</sup> MOLINO, M. del, *ob. cit.*, lib. 12.<sup>o</sup>, pág. 93, y voz *Donatio.*, pág. 111.

<sup>171</sup> SESSÉ, J. de, *ob. cit.*, decis. 435, ns. 12-13.

<sup>172</sup> MONTERO DE LA CUEVA, M., *ob. cit.*, pág. 314.

VILLALBA, F. de, *Fororum atque observantiarum Aragonia codex* (Caesaraugusta, 1743), T. II, págs. 316 y s.; Fuero 1 y 2, *De donationibus*.

PORTOLÉS, G., *Scolia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super fori et observantiis regni aragonum* (Caesaraugustae, 1587), T. I, (1588), T. II, (1590), T. III, y (1592), T. IV; T. II, ns. 53-56, págs. 570 y s.

que tales donaciones no valen<sup>173</sup>, ni siquiera respecto a los bienes presentes. Según Molina<sup>174</sup>, ésta es la opinión de muchos teólogos célebres, aunque reconoce también que otros muchos son de la opinión contraria<sup>175</sup>.

No es de extrañar que el cardenal De Luca<sup>176</sup> nos diga: *quamvis non pacificam opinionem, pluresque contradictores habenter*, o en otro pasaje, *que donatio omnium bonorum materia est profunda*.

Los juristas que defienden la validez de las donaciones de todos los bienes presentes y futuros, suelen apoyarse en las Ls. romanas *Si quis argentum* (C. 8.54.35.4), *Si unquam* (C.8.56.8), *Si totas* (C.3.29.5) y *Generaliter sancimus* (C.8.56.10), vistas en el capítulo I. Dicen que estas leyes no distinguen entre bienes presentes y futuros y donde la ley no distingue, ellos no deben distinguir, así como que lo que es conocido y permitido por estas leyes es lícito, a no ser que, por algunas circunstancias, la ley o la costumbre lo prohíba. También recurren a la interpretación en sentido contrario: ninguna ley, dicen, se refiere expresamente a la donación de todos los bienes o universales prohibiéndola, luego lo que no está prohibido, está permitido<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> GÓMEZ, A., *ob. cit.*, L. 69 de Toro, ns. 1 y 4; *Variar. resol.* T. II, cap. 14, pág. 832.

FONTANELLA, J. P., *ob. cit.*, claus. 4, glos. 21, part. 1.<sup>a</sup>, n. 1.

THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, n. 1

SERAFINO, F. de, *ob. cit.*, cap. 112.

GUTIÉRREZ, J., *Tractatus Tripartitus de iuramento confirmatorio ....* part. 1.<sup>a</sup>, cap. 2, n. 13.

MOLINA, L. de, *De primogenitis hispanorum*, lib. 2.<sup>o</sup>, cap. 10, n. 10; y *De iusticia ....* n. 2.<sup>o</sup>, disp. 280.

CÁNCER, *ob. cit.*, T. I, cap. 8, n. 74.

SURDO, J. P., *ob. cit.*, cons. 450, n. 9.

TIRAQUELO, A., *ob. cit.*, glos. 7, n. 9, pág. 15.

MANTICA, *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, tit. 18, n. 9, pág. 102. Y demás autores citados.

<sup>174</sup> MOLINA, L. de, *De iusticia....*, T. II, disp. 280.

<sup>175</sup> COVARRUBIAS, D. *ob. cit.*, *De testamentis*, ns. 8 y s.

LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico jurídico y literal de las Leyes de Toro* (Madrid, 1853), T. II, págs. 421 y s.

ALVAREZ POSADILLA, J., *ob. cit.*, L. 69 de Toro, pág. 377.

<sup>176</sup> DE LUCA, J. B., *Theatrum veritatis et iustitiae* (Nápoles, 1758), lib. 7.<sup>o</sup>, part. 1.<sup>a</sup>, disc. 60, n. 8.

TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, cap. 5, n. 72.

<sup>177</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, cap. 5, ns. 18-23, pág. 434.

FONTANELLA, J. P., *ob. cit.*, claus. 4, glos. 21, n. 19.

Bartolo, que no ignoraba que en la práctica de su tiempo se celebraban con frecuencia pactos sucesorios y, concretamente, donaciones de todos los bienes presentes y futuros, se preguntaba si no existía un medio por el que fuera posible prometer, irrevocablemente, los propios bienes. Ya la *Glossa* había sugerido la posibilidad de prometer los propios bienes por una *stipulatio post mortem*. La *Glossa* decía así: *per stipulationem tamen potest fieri*, como si se dijera: te prometo a tí mis bienes *post mortem*, y sería una donación *mortis causa* o *inter vivos*. Pero este argumento le parece a Bartolo *modicum consilium*, porque si el acto se reduce a una donación *mortis causa*, ésta es revocable y, por tanto, no priva de la libre facultad de testar, *quia si est donatio causa mortis potest revocari*.

¿No sería mejor, dice Bartolo, hacer la promesa con el ánimo de cumplir una donación entre vivos: *animo donandi inter vivos*? Le surge así a Bartolo el problema de la validez de un pacto sucesorio. Si se prometía la herencia, al ser esta promesa un derecho de suceder, la obligación o promesa no valía: *aut promittit haereditatem, et sic ius succedendi, et non valet*, incluso aunque esta promesa estuviera confirmada por juramento. Por la misma razón, tampoco valdría una promesa que tuviera por objeto todos los bienes presentes y futuros, porque al no reservarse el donante nada, indirectamente, se estaba privando de la libre facultad de testar.

Una donación de todos los bienes presentes y futuros, pero reservándose el donante el usufructo de ellos, tampoco es válida, porque va en contra de las buenas costumbres, y pone al hombre en una condición que no puede perpetuarse; ni tampoco puede considerarse válida para los bienes futuros. Bartolo, sin embargo, quiere salvar esta donación y considera que en este último supuesto se está ante dos donaciones: una donación común *inter vivos* en lo referente a los bienes presentes perfectamente individualizados, y una donación de los bienes futuros que no vale: *quod futura non, nisi apparet aliquid habuisse postea*. La donación de los bienes presentes es válida y la de los bienes futuros no, porque al ser ambas separables, debe aplicarse el principio o la *maxima utile per inutile non vitiatur*.

---

FACHINO, *Controv.*, lib. 6.<sup>o</sup>, cap. 87.

GRAMMATICO, *Decis. Lusit.*, 386.

En base al privilegio especial que tenían las últimas voluntades a favor de la iglesia, considera Bartolo que una donación de todos los bienes hecha a la iglesia sí sería válida, porque si la misma persona puede dedicarse a la iglesia, con mayor razón todos sus bienes presentes y futuros. Si se trata de una donación de todos los bienes propios, sin hacer referencia alguna a los futuros, entonces el negocio jurídico es válido, porque el donante puede todavía lucrarse con algo y así disponer de ello por testamento, no privándose así de la libertad de testar y no produciendo este negocio jurídico el voto corvino: *quia possibile est in futuram lucrari posse, ideo haec spes solum validat dicta donationem in bonis praesentibus*<sup>178</sup>.

Este es el planteamiento de Bartolo referente a las donaciones de todos los bienes presentes y futuros en base al Derecho civil, aunque reconoce que, por ejemplo, el estatuto de la ciudad de Pieve establecía que la donación de todos los bienes presentes y futuros era válida y eficaz si era confirmada por juramento; así como reconoce como válida una donación de todos los bienes presentes y futuros, porque el donante se había reservado una cierta cantidad con la que poder disponer por testamento libremente. Lo mismo en el caso de venta de todos los bienes, porque el vendedor podía disponer siempre del precio, lo cual nos hace pensar si no se acudiría, para salvar estas donaciones, a una compraventa simulada.

La regla del Derecho civil era que en base a la L. *Haereditas extraneis*, la herencia no podía transmitirse más que por testamento; sin embargo, Alejandro de Tartagnis<sup>179</sup> dice que *donatione causa mortis haereditas dari potest* y, por tanto, *quod haereditas non prohibetur pacto et conventionem dari*, siempre que no se prive de la libre facultad de testar. En base a la L. *Licet inter privatos*, el pacto sucesorio hecho entre militares vale por naturaleza de última voluntad e *inter paganos non reprobatur* si no se privan de la libre facultad de testar. Si es válida la donación de una herencia, lo mismo es que decir que se donan todos los bienes presentes y futuros; por lo tanto, la donación

---

<sup>178</sup> BARTOLO, in L. *stipulatio hoc modo concepta*, ns. 5 y 6; in L. *De quaestione*, ns. 10 a 16 y T. X, cons. 212, pág. 62 y cons. 76.

<sup>179</sup> ALEJANDRO DE TARTAGNIS, *Consiliorum* ..., cons. 59, lib. 5.º.

CAGNOLO, J., *ob. cit.*, T. 2.º, C. *De pactis*, ns. 215 y s.

*mortis causa* de todos los bienes presentes y futuros es válida, luego es lo mismo donación *mortis causa* de herencia, que disposición de todos los bienes presentes y futuros, porque estas donaciones tienen la naturaleza de una última voluntad, que es en realidad un contrato: *quia paria sunt donare haereditatem, vel omnia bona praesentia et futura; donatio autem causa mortis de omnibus bonis praesentibus et futuris valida est, ergo et similiter donatio mortis causa, de haereditate, quae in effectu est dispositio de praesentibus et futuris ... dari tamen poterit donatione causa mortis, quae potius ultima voluntas est quam contractus cogito tamen.*

La común opinión, dice De Castro <sup>180</sup>, es que estas donaciones de todos los bienes presentes y futuros valgan: *communis tamen opinio est valere*, siempre que el donante se reserve algo para poder disponer de ello libremente, por lo que desaparece así una de las razones por las que los pactos sucesorios no valen y ésta es *communis opinionis magna est autoritas*. Según Hotomano <sup>181</sup>, eran frecuentes entre nobles la donación de todos los bienes presentes y futuros, con reserva de 2.000 florines: *Donatio mutua facta inter potentes et nobiles viros, omnium honorum praesentium et futurorum, reservatis tamen duobus millibus florenorum, de quibus testari possit*; es válida como se demostró en una donación entre dos nobles que, verdaderamente, se habían reservado la *summa quinque millium aureorum*. Estas donaciones con reserva de un tanto son aprobadas por todos los doctores: *quae reservatio tanta Doctorum omnium consensione approbatur; si sibi certa quantitate vel re, vale donatio; sibi aliquod modicum retineat, de quo testari valeat.*

Si de lo que se trata es de que el donante se reserve algo para poder disponer libremente, la donación sería válida en lo que se refiere a los bienes presentes, porque de los bienes futuros puede libremente testar: *de quibus dispositio relinquitur libera*. Si el donante se reserva algún bien, *si ea habeat aliquam reservationem, valebit: quia per eam non admittitur testandi facultas* <sup>182</sup>. Incluso sería siempre válida, dice Boerio <sup>183</sup>,

<sup>180</sup> CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 76, T. I, L. *Si fratres. idem respondit*, n. 3, *pro socio*.

<sup>181</sup> HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 72, págs. 223 y s.; ns. 14 y s. y 32 y s.

<sup>182</sup> GUIDO PAPA, *ob. cit.*, *quaest.* 314, *in fine*, y 499.

<sup>183</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, *decis.* 204, n. 39.

porque el donante siempre podía disponer libremente de lo que adquiriera por su industria: *posse disponere de bonis acquisitis sua industria*.

Para los juristas del Derecho común, la regla general llegó a ser que estas donaciones eran válidas con retención: *non valet sine retentione, quod disponendi praecludatur facultas*<sup>184</sup>, y sobre este particular *nulla proculdubio consetur*; debe el donante *reservata sibi certa quantitate, vel re aliqua*<sup>185</sup>. Así se declaró en una S. romana de 1 de febrero de 1640: *Donatio omnium bonorum iurium et actionum praesentium et futurorum, etiam iuramenta vallata, invalida est, nisi in ea per donantem fiat reservatio alicuius portionis pro facultate testandi*; y ésta es la *communem opinione*<sup>186</sup>.

Si el donante no se ha reservado algo para poder disponer de ello libremente, la donación no vale y es contraria a las buenas costumbres: *quod non valet pactum quod est contra bonos mores et non valet iuramentum quod est contra bonos mores*, porque no está aprobado por los Doctores que, por medio de un juramento, pueda el donante privarse de la libertad de testar<sup>187</sup>. Sin embargo, muchas veces, la realidad se imponía y consideraban válida una donación de todos los bienes presentes y futuros, aunque el donante no se hubiera reservado nada; es el caso que nos cuenta Maranta<sup>188</sup>. Se trata de un pacto sucesorio hecho por un padre a su única hija Colonna, en el momento en que ésta contrajo matrimonio; ante los testigos Leonardo y Angel dijo *quod promisit eam facere haeredem* y le hizo donación de todos sus bienes. Los pactos sucesorios de esta clase no valen, dice Maranta, pero lo contrario es lo verdadero en este caso: *in contrarium est veritas in casu isto*, porque se probó plenamente por los testigos e incluso juraron que la dicha Colonna es hija legítima de Angelo de Galerio y además única, y que a la muerte del padre no existía ningún otro hijo,

<sup>184</sup> CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 76, L. *Si fratres*, n. 2, *pro socio*.

<sup>185</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, n. 45, pág. 452.

<sup>186</sup> MERLINO MERCURIALE, *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, tit. 3, *quaest.* 4, pág. 397, y *decis.* 195, n. 5.

CRAVETTA, A., *ob. cit.*, cons. 139, n. 8.

BALDO, *ob. cit.*, *In L. De quaestione*, n. 19.

SERAFINO, F. de, *ob. cit.*, *decis.* 1.219, n. 6.

<sup>187</sup> CINO DE PISTOIA, *ob. cit.*, *In L. De quaestione*, ns. 8-9.

<sup>188</sup> MARANTA, R., *Consilia sive responsa* (Venetiis, 1591), cons. 140, n. 8, pág. 165.

ni varón, ni hembra: *quod tempore contracti matrimoniis inter Colonnam et Nicolaum magister Angelus eius pater ex speciali pacto donavit Colonne omnia bona sua post suam mortem, si alios filios non suscepisset.*

Se alegó en esta causa que cuando el padre había donado todos sus bienes, se entendía que había donado sólo los bienes presentes, pero los testigos juraron que también se donaron los futuros, porque había hecho la donación en contemplación de su muerte: *quae habebat indubitata speciem succedendi.*

Según Baldo<sup>189</sup>, aunque el donante hiciera mención expresa de los bienes presentes y futuros, la donación sería válida, porque como de los bienes futuros no se transmite la propiedad, cuando el donante los vaya adquiriendo podía disponer de ellos libremente; en lo que los doctores están de acuerdo es que la donación de todos los bienes presentes y futuros, se entiende válida en los presentes en base al principio *utile per inutile non vitiatur*, siguiendo a Bartolo<sup>190</sup>: *Doctores omnes dicunt quod talis donatio sustineatur in praesentibus voluit ... quod bona futura possum o praesentibus separari, ergo inutile mentio futurorum non debet vitiari donationem praesentium, quarum una sit corrumpat, non vitiat alteram.*

Covarrubias<sup>191</sup> que trata la donación de todos los bienes presentes y futuros en profundidad, reconoce que según las Ls. romanas *Stipulatio hoc modo concepta. De quaestione, Haereditas extraneis* y las demás citadas en el capítulo I, estas donaciones no valen por el motivo principal de que el donante *liberam testandi potestatem donati adimat*. Si

<sup>189</sup> BALDO, *ob. cit.*, In L. De quaestione, n. 9.

<sup>190</sup> SURDO, J. P., *ob. cit.*, cons. 450, ns. 53 y s., lib. 3.<sup>o</sup>, págs. 595 y s.

FONTANELLA, J. P., *ob. cit.*, claus. 4, glos. 21, part. 1.<sup>a</sup>, n. 31.

LESSIO, L. *ob. cit.*, cap. 18, pág. 207.

*Las siete Partidas ... y con glosa del Lic. G. López, Ley 22, in verbo extraño, in fin. tit. I, pág. 6.*

MARÍN PADILLA, M.<sup>a</sup> L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»* (Barcelona, 1990).

<sup>191</sup> COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, T. I, ns. 4-7, pág. 3.

BARBOSA ABBAS, CONS. 48, vol. II.

CURTIO, JUNIOR, L. De quaestione, in fin, n. 59 y cons. 25.

CASTRO, P., *ob. cit.*, vol. II, cons. 82.

CAGNOLO, In L. De quaestione, n. 220.



éste es el principal motivo por el que estas donaciones no valen, es necesario preguntarse si es contrario al Derecho natural o no el privarse de la libertad de testar: *An sit contrarium iuris naturali tolli libertatem testandi*. Según Covarrubias ningún vicio comete el que se priva de la libertad de testar: *nullum vitium committitis*.

Si se dice de estas donaciones que son contrarias a las buenas costumbres, sería cuestión de preguntarse si el que las hace comete un crimen mortal o falta venial, *mortalem crimen aut faltem veniale committeret*. Después de muchas consideraciones, llega a la conclusión de que no es contrario a las buenas costumbres naturales el privarse de la libertad de testar: *non esse contra bonos mores naturales tolli testandi libertatem: quod sit posse iuramento firmam esse omnium bonorum donationem, non tantum praesentium, sed etiam futurorum*, según sostienen también Panormitano y Decio<sup>192</sup>. Además, si todos los Doctores están de acuerdo en que *donatio omnium bonorum facta ecclesiae valida est*, como Bartolo, Baldo, Jasón de Maino, Decio, Cagnolo, Fulgasi *et alii*, esto demuestra que las donaciones de todos los bienes presentes y futuros no son contrarias a las buenas costumbres: *ex eo quidem appertissime constat eram non esse contra bonos mores*, sin contar con que son admitidas como válidas por estatutos y costumbres que, como es sabido por todos, no podrían admitirlo si las donaciones universales fueran contrarias al Derecho natural.

Otros medios por los que estas donaciones serían válidas son: *ex privilegio* y *ex expreso principis concessione*. Por todo ello, Covarrubias<sup>193</sup> niega que estas donaciones repugnen a las buenas costumbres: *nego tamen bonis moribus repugnare*.

Veamos, por último, la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios según los juristas del Derecho común.

<sup>192</sup>PANORMITANO, vol. I, cons. 18.

DECIO, F., *ob. cit.*, cons. 655, n. 12; in *L. Pactum quod dotali*.

<sup>193</sup>COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, T. I, n. 15, pág. 9.

## VIII. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PACTOS SUCESORIOS, SEGÚN EL DERECHO COMÚN

Los pactos sucesorios, dice Torre<sup>194</sup>, no son otra cosa que promesas, convenciones, pactos o estipulaciones, sobre la herencia o la sucesión de los hombres que todavía viven: *nihil aliud sunt, quam promissiones, conventiones, pacta, vel stipulationes, super hereditate, vel successione hominis viventis.*

Los pactos sucesorios son una especie dentro de la categoría de últimas voluntades. No es nada fácil, dice Mantica<sup>195</sup>, decir lo que es una última voluntad, porque muchas leyes hacen referencia a ella *in genere*, como ocurre, por ejemplo, en la L. *Licet inter privatos*, y en la L. *Habeat, De Sacrosanctis ecclesiis*: «No sean nulas las últimas voluntades», dijo el emperador Constantino, porque son últimas voluntades los pactos sucesorios celebrados entre los militares: *quae generaliter ultima voluntas dicitur*, aunque con otro nombre: *absque alio nomine speciali.*

Como dentro de las últimas voluntades hay que incluir los pactos sucesorios celebrados por los militares, los celebrados entre padres e hijos con ocasión del matrimonio o la dote, los celebrados en favor de la Iglesia, y los celebrados entre príncipes e ilustres familias ..., da Mantica una definición amplia de última voluntad: *Nos autem generaliter dicimus, ultimam voluntatem esse legitimam dispositionem de eo, quod quis post mortem sua fieri velit*, entendiéndose dentro de esta definición las últimas voluntades que se hacen *a iure communi, vel singulari*, como ocurre especialmente *inter milites, et patris inter liberos et ad pias causas.*

Dentro de estas últimas voluntades se encuentra, dice Mantica, el acto que se dice celebrado *inter vivos*, porque verdaderamente los contratantes pueden celebrar contratos *post mortem*, aunque éstos, al adquirir la naturaleza de última voluntad, han de ser revocables: *ad eum etiam actum, qui dicitur inter vivos celebrari. Verum, quia con-*

---

<sup>194</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 1, pág. 1.

<sup>195</sup> MANTICA, F., *Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum* (Coloniae Allobrogum, 1611), lib. 1.<sup>o</sup>, tit. 4 y 5, págs. 8-9.

*tractus etiam post mortem contrahentium conferri possunt, porque según todos los doctores ultima voluntas non posset dici, nisi esset revocabilis.*

¿Cuántas especies hay de últimas voluntades?, se pregunta Mantica: *Quod sint species ultimae voluntatis*, y contesta que son *quatuor species. Prima est testamentum; secunda codicillus; tertia epistola; quarta mortis causa donatio.* También los legados y fideicomisos son últimas voluntades, que pueden establecerse en cualquier de las tres primeras especies de últimas voluntades.

Son muchos los documentos medievales en los que los pactos sucesorios aparecen bajo las expresiones de: *charta, littera, pactum vel testamentum*<sup>196</sup>, porque de que estos pactos sucesorios tienen la naturaleza de las últimas voluntades nadie duda: *quae in vim vel per modum ultimae voluntatis inita sunt*; porque tienen la razón de las últimas voluntades: *quia habent rationem ultimarum voluntatum*; o porque se induce o extrae del tenor del documento en el que se insertan: *aut ex instrumenti tenore desumendum*; y porque verdaderamente parecen tener razón de última voluntad: *licet videantur habere rationem ultimae voluntatis*<sup>197</sup>.

Los contratos hechos en contemplación de la última voluntad, dice Surdo<sup>198</sup>, se tienen por última voluntad: *contractu factus contemplatione ultimae voluntatis, habentur per ultima voluntate*, porque aunque sean contratos, pactos o estipulaciones *soltem sit contemplatione vel occasione ultima voluntatis*, como se extrae de las constituciones imperiales que dicen textualmente: *qualibet alia ultimae voluntate*<sup>199</sup>.

Por *epistola* pueden hacerse pactos sucesorios, siempre que las partes digan claramente, sin lugar a dudas, que se trata o se refieren a

<sup>196</sup> ARVIZU Y GALARRAGA, F. de, *ob. cit.*, págs. 25 y s.

<sup>197</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, n. 10, pág. 188.

<sup>198</sup> SURDO, J. P., *ob. cit.*, cons. 382, ns. 69-70, pág. 318.

<sup>199</sup> BALDO, *ob. cit.*, vol. II, *verbo investiturae*, cons. 249.

BARBATA, *In L. Qui Romae, s. Flavius, vers. ult.*

CASTRO, P. de, *ob. cit.*, cons. 347.

DECIO, F. *ob. cit.*, cons. 239, n. 8.

CRAVETA, A., *ob. cit.*, cons. 19, n. 9.

GABRIEL, J., cons. 16, n. 16.

MOLINA, L., *De hispanorum primogeniorum*, lib. 1.º, cap. 1, n. 9. Y los demás autores citados.

su sucesión: *ubi verba pacti exprese denotant successionem*<sup>200</sup>. En Aragón, dice Sessé<sup>201</sup>, los contratos y las últimas voluntades son de igual valor: *contractus et ultimae voluntates paris potentiae sunt in Aragonia*, porque en este Reino estamos a la carta: *deinde, quia in Regno stamus cartae*. Además, en Aragón el Fuero se interpreta ampliamente: *in Aragonia, ubi verba chartae non sunt limitanda et Forus generaliter loquens generaliter est intelligendus*<sup>202</sup>. Así que una última voluntad existe, aunque no se encuentre contenida ni en un testamento, ni en un codicilo, ni en una donación *mortis causa*, sino en un contrato porque *contractus et ultima voluntas aequiparantur in Aragonia, si dicat charta, non alias*.

A veces, la palabra testamento aparece como sinónimo de últimas voluntades; así el cardenal De Luca<sup>203</sup> se refiere a los testamentos taurinenses, según una *prudentissime per Constitutionem, seu Decretum Ducale Sabandiae, statutum est*, según la cual, sin ninguna solemnidad o justificación, se hace una *schedula*, en la que el testador, cuya persona es conocida, personalmente entrega al Senado *in Aula, suum testamentum, vel aliam ultima voluntatem contineri* y, al dorso de la escritura se anotaba dicha entrega con la firma del primero o segundo Presidente y Secretario, custodiándose dicha escritura en el Archivo del Senado. Bajo el concepto o categoría de última voluntad, están comprendidos también, dice el Cardenal de Luca, *sub ultimis autem voluntatibus veniunt etiam contractus qui licet in fieri sint*, porque la sucesión hereditaria puede hacerse *ab intestato, ab testamento, vel alia ultima voluntate*.

Las últimas voluntades se equiparan por los estatutos, dice Bolognetto<sup>204</sup>: *ultimae voluntates statutis aequiparantur*, ya se haya hecho la vocación: *sive vocatio fiat a lege, vel statuto, vel hominis dispositione testamentaria, vel alia*. La sucesión de los feudos no es propiamente una sucesión abintestato, sino que depende de una precedente conven-

<sup>200</sup> PARIS DE PUTEO, CONS. 72, col. 2, n. 4.

<sup>201</sup> SESSÉ, J. de, *ob. cit.*, decis. 185, n. 27.

<sup>202</sup> SESSÉ, J. de, *ob. cit.*, decis. 158, n. 8.

<sup>203</sup> CARDENAL DE LUCA, *ob. cit.*, T. IX, disc. 12, pág. 28; disc. 52, pág. 104 y disc. 73, pág. 140, n. 6.

<sup>204</sup> BOLOGNETTI, J., *Consilia* ..., págs. 325 y s., n. 107 y cons. 9, págs. 160 y s., ns. 38 y 4.

ción: *successio feudorum non est proprie ab intestato, sed a praecedenti conventionem dependit*. La sucesión de *defiere in testamento, vel contractu, secus in successione quae difertur a lege ab intestata*, según dicen Alejandro de Tartagnis y Decio<sup>205</sup>.

Cuando se habla o se refieren a los pactos sucesorios, no se están refiriendo ni al testamento, ni al codicilo, ni a las donaciones *mortis causa*, sino a *caeteris ultimis voluntatibus*, dice Covarrubias<sup>206</sup>.

Los comentaristas suelen decir que los pactos sucesorios se consideran últimas voluntades por un derecho especial o privilegio, haciendo siempre referencia al privilegio militar o al privilegio concedido a los padres e hijos, a la Iglesia y a las familias nobles. Entre los militares, dice Gabriel<sup>207</sup>, los pactos sucesorios tienen, *in quoquo modo*, la naturaleza de una última voluntad; entre padres e hijos estaríamos ante un *quasi testamentum inter liberos*. Se les considera una última voluntad, dice Thesauro<sup>208</sup>, *sed speciali favore inter aliquod sustinetur in vim supremi iudiciis veluti in militibus, filiis et Ecclesia*, y vuelve a decir que entre los militares *in quoquo modo* tienen los pactos sucesorios la naturaleza de una última voluntad y entre los hijos, *ita etiam patris pactum, quasi testamentum inter liberos*.

También por un privilegio especial, son válidos los pactos renunciativos de la herencia del padre o la madre, hechos por las hijas al ser dotadas, y tienen la naturaleza de una última voluntad, dice Boerio<sup>209</sup>: *privilegium aequiparet favorem dotis et ultima voluntatis*, y ésta es la verdadera y común opinión de todos los Doctores: *opinio videtur verior et iure, tunc tale pactum de non succedendo videtur valere loco ultimae voluntatis patris*.

Según Baldo<sup>210</sup>, una es la sucesión ordenada por el Derecho común, otra la ordenada por contrato y otra la ordenada por la propia naturaleza del acto: *quaedam est successio ordinata per viam iuris communis, quaedam ordinata per formam contractus, quaedam ordinata*

<sup>205</sup> ALEJANDRO DE TARTAGNIS, *ob. cit.*, cons. 139, lib. 5.º.

<sup>206</sup> COVARRUBIAS, D., *ob. cit.*, T. I, ns. 1, 5, y 22-23, pág. 17.

FEH, J., *ob. cit.*, In L. *Licet inter privatos*, pág. 339.

<sup>207</sup> GABRIEL, J., cons. 137, n. 30.

<sup>208</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y s.

<sup>209</sup> BOERIO, N., *ob. cit.*, *quaest.* 204, n. 11.

<sup>210</sup> BALDO, *ob. cit.*, cons. 3, ns. 1 y 4-5.

*per propriam naturam actus*, refiriéndose a la sucesión según el Derecho feudal.

Entre los romanos, dice Schettino<sup>211</sup>, sólo podía deferirse la herencia por testamento o abintestato y, entre estos modos, no se encontraba la posibilidad de deferir la herencia por pacto, cosa que ignoraban: *inter quos modos non est is, ut pacto dari possit, non oportet novos modos, et legum authoribus ignotos, privata authoritate ex cogitare, quibus haereditas pacto detur, et in contractu haeres instituat*. Aunque existe sobre esta materia una gran confusión, *magna esset confusio*, muchos jurisconsultos sostienen que se puede suceder en virtud de un testamento y de un contrato, como lo demuestran Bertrand, Cornelio, Romano, Cagnolo, además de algunos filósofos como Raudensi. Pone de manifiesto Schettino la opinión contraria de Antonio Faber, para quien los pactos sucesorios están reprobados, puesto que la sucesión por testamento y abintestato es de orden público *et nam lex duodecim Tabularum non modo testandi licentiam civi Romano dedit*, es decir, que la Ley de las XII Tablas no dio a los romanos licencia para disponer de sus bienes con ocasión de la muerte por contrato; por lo tanto *vis et injuria fit legibus, si testandi libertas pactione aliqua constringatur*, además de que los particulares no pueden derogar por pacto el Derecho público: *privatorum pactioibus iuris publico derogari nec posse, nec debere*. La Ley de las XII Tablas no conoce, en verdad, otra forma de suceder *nisi vel ex testamento, vel ab intestato, non etiam ex contractu*.

Sin embargo, sigue diciendo Schettino, por la autoridad de las costumbres, estatutos y leyes, muchos doctores sostienen que puede inducirse de ellos una nueva forma de suceder: *sed contrariae sententiae auctoritatem... quod ubi ex lege, statuto, vel consuetudine patriae pacta de futura viventis haereditate reciperentur, valida sunt, eo quia statuto, aut consuetudine nova succedendo forma potest induci*, como es el caso del *agermanamiento Hispani vocant, et nos fraternitatem iuratam*.

Si dos hermanos, dice Hotomano<sup>212</sup>, hacen solemne estipulación prometiéndose todos los bienes de aquél que premuera, vale irrevocablemente tal donación; de donde se deduce que se ha producido un tercer género de ser heredero por las costumbres de todas las gentes:

<sup>211</sup> SCHETTINO, J., part. 1.<sup>a</sup>, sect. 1.<sup>a</sup> y *quaest.* 3.<sup>a</sup>, pág. 15.

<sup>212</sup> HOTOMANO, Fco., *ob. cit.*, cons. 72, ns. 32 y s.

*x quibus intelligitur, novis omnium gentium moribus institutum fuisse tertium heredum genus, veteribus iurisconsultis nostris incognitum. Nam cum illi solos heredes agnoscerunt, aut testamentarios aut legitimos, postea moribus facti sunt heredes conventionales, de quibus magnus et nobilis pragmaticus Masverius ita loquitur (in sua Pract. tit. de socit. n.º 20): en los casos que se han celebrado pactos sucesorios, dicitur heres conventionalis.*

Del concepto amplio de última voluntad, en el que están comprendidos los pactos sucesorios, se puede extraer una nueva forma de suceder, dice Peregrino<sup>213</sup>: *nova forma succedendi potest induci*; un tercer género o categoría de sucesión, dice Calà<sup>214</sup>: *heredum, tertium genus continent pacta futurae successionis*; ya en Tholosano vemos que los pactos sucesorios aparecen estudiados bajo el epígrafe de: *De successionibus conventionalibus*.

El problema que plantearon los pactos sucesorios, por su naturaleza de última voluntad, es si era posible una última voluntad irrevocable. Generalmente se decía que como los pactos sucesorios tenían la naturaleza de una última voluntad, debían ser siempre revocables hasta la muerte: *Pacta futurae successionis naturam ultimae voluntatis adsumit et revocabilis ex natura*<sup>215</sup>, lo que sostuvo también el Senado Pedemontano, pues, si fueran irrevocables, no serían últimas voluntades<sup>216</sup>: *ultima voluntas non posset dici, nisi esset revocabilis*<sup>217</sup>. Los pactos sucesorios deben ser revocables, *sicut quaelibet ultima voluntas*<sup>218</sup>. La herencia, dice Andreolo<sup>219</sup>, ya se defiera por testamento o por pacto ha de ser revocable.

Por ser los pactos sucesorios una última voluntad, dice Thesau-  
ro<sup>220</sup>, necesitan la asistencia de cinco testigos, como ocurrió en los

<sup>213</sup> PEREGRINO, A., *ob. cit.*, ley 51, n. 35.

<sup>214</sup> CALÀ, C., *Tractatus de successione per pactum acquirenda vel conservanda* (Venetiis, 1642), part. 4.<sup>a</sup>, n. 151 y s.

<sup>215</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 12, ns. 52 y s.

<sup>216</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, n. 10, pág. 188.

<sup>217</sup> MANTICA, *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, tit. 4 y 5, págs. 8-9.

<sup>218</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y s.

THOLOSANO, P. G., *ob. cit.*, lib. 41.<sup>o</sup>, cap. 5.

<sup>219</sup> ANDREOLO, Fco., *ob. cit.*, contro. 312, part. 4.<sup>a</sup>, pág. 201 y contro. 124, part. 2.<sup>o</sup>, pág. 49.

<sup>220</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y s.

pactos sucesorios hechos por los militares y según se estableció y juzgó *in ardua causa Sabandie de Chiaransonais*, el 10 de marzo de 1566, en una disputa ante el Príncipe.

Si, según el Derecho civil y por su naturaleza de última voluntad, los pactos sucesorios debían ser revocables, la realidad era muy distinta, porque según las leyes, estatutos y costumbres, se celebraban pactos sucesorios irrevocables, incluso con cláusulas de maldición y juramento para que los pactos celebrados permanecieran firmes. Como ejemplo de pactos sucesorios irrevocables, suelen los juristas referirse a la Ley de Toro, que regula la posibilidad o la facultad de mejorar a los hijos o descendientes mediante pactos sucesorios irrevocables: *Nam contra primam, ubi asseritur valere irrevocabiliter pacta nostra, scribent prae ceteris Doctores Hispani, qui asserunt, ita servari in regno Castellae*<sup>221</sup>.

Que se celebraban pactos sucesorios irrevocables fue confirmado ampliamente en una S. romana de 14 de mayo de 1657, ante el eminentísimo cardenal Celso: *unde latissime probatur statuta et consuetudines confirmantes pacta successoria valere irrevocabiliter et in Italia hoc absolutum ponit, multis cogentes*<sup>222</sup>. La misma realidad reconoció el Senado Pedemontano, según Thesauro<sup>223</sup>. *In Galia*, lo atestigua y manifiesta Delfin, e *in Lusitania*, Valasco y Caldas Pereira.

Si amamos la verdad, dice Torre<sup>224</sup>, los pactos sucesorios, al adquirir la naturaleza de una última voluntad, no valdrían si fueran irrevocables, pero *vigore statuti, vel consuetudinis, quae est altera lex vim accipiet, et naturam induet ultimae voluntatis, ut in milibus, nec eo caso, pactum poterit non esse revocabile*.

<sup>221</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 12, n. 67.

PALACIOS RUVIOS, *ob. cit.*, en L. 22 de Toro, n. 18

GÓMEZ, A., *ob. cit.*, en L. 22 de Toro, n. 21; T. II, *Variar. resol.*, cap. 4, n. 16, pág. 562, y cap. 11, n. 11, pág. 688.

GUTIÉRREZ, J., *Tractatus ... de iuramento confirmatorio ...*, cap. 59, n. 7.

VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *ob. cit.*, lib. 2.<sup>o</sup>, cap. 18, n. 109.

CASTILLO SOTOMAYOR, J., *ob. cit.*, lib. 3.<sup>o</sup>, cap. 9, n. 20, y T. IV, cap. 150, ns. 24-25.

CALÀ, C., *ob. cit.*, part. 4.<sup>a</sup>, n. 151.

<sup>222</sup> MENOQUIO, G., *ob. cit.*, cons. 1, n. 163 y cons. 92, n. 53.

<sup>223</sup> THESAURO, A., *ob. cit.*, decis. 225, págs. 188 y ss.

<sup>224</sup> TORRE, J., *ob. cit.*, lib. 1.<sup>o</sup>, cap. 12, ns. 70 y s.



Doy aquí por terminado mi trabajo, que espero contribuya a un mejor conocimiento de la sucesión contractual, de lo que fue, de lo que es y de lo que será en el futuro.

Zaragoza, agosto de 1992.



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	9
--------------------	---

## Capítulo I. La sucesión contractual en el Derecho romano vulgar.

I. Los pactos sucesorios en los antiguos Derechos orientales:	11
A.— Derecho hebreo .....	12
B.— Código de Hammurabi .....	13
C.— Derecho griego .....	18
D.— Derecho egipcio .....	19
II. El Derecho romano vulgar .....	22
III. Los pactos sucesorios entre príncipes e ilustres familias ..	30
IV. Reconocimiento y validez, con carácter general, del pacto sucesorio hecho por dos hermanos militares, en campaña.	32
V. Influencia de la Iglesia en las últimas voluntades .....	40
VI. Los pactos sucesorios entre padres e hijos .....	47
VII. Los pactos sucesorios en los contratos matrimoniales y la situación de la mujer .....	53
VIII. Los pactos sucesorios y las donaciones <i>mortis causa</i> .....	63
IX. Reconocimiento y validez, con carácter general, por Justiniano, de los pactos sucesorios y de la delación contractual.	72
A.— Los pactos sucesorios celebrados por aquél de cuya herencia se trata .....	73

B.— Los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento.	75
X. Las últimas voluntades en el Derecho romano vulgar.....	81
 <b>Capítulo II. La sucesión contractual en la Edad Media.</b>	
I. La sucesión contractual en el Código de Eurico. (470-480).	101
II. La sucesión contractual en la <i>Lex romana Visigothorum</i> o Breviario de Alarico (a. 506).....	111
III. La sucesión contractual en la <i>Lex Visigothorum</i> o <i>Liber iudiciorum</i> .....	115
IV. La sucesión contractual en la <i>Lex Longobardorum</i> .....	125
A.— La <i>Lex Longobardorum</i> .....	127
a. El <i>Edictum</i> de Rotario (a. 643).....	131
b. Las leyes de Liutprando (a. 712).....	134
c. Las leyes de Aistulphe (a. 749).....	137
V. La sucesión contractual en la <i>Lex Burgundionum</i> o <i>Lex Gundebada</i> .....	139
VI. La sucesión contractual en la <i>Lex Salica</i> , <i>Lex Ripuaria</i> , <i>Lex Alamannorum</i> , <i>Lex Baiuvariorum</i> y otros textos mas.	142
VII. El testamento medieval.....	149
VIII. La delación voluntaria y la legal en la Alta Edad Media.	164
IX. La sucesión contractual en los textos castellanos.....	178
X. La sucesión contractual en Cataluña.....	188
XI. La sucesión contractual en Aragón.....	206
XII. La sucesión contractual en las antiguas costumbres de Valencia y en las Baleares.....	226
XIII. La sucesión contractual en Vizcaya.....	235

**Capítulo III. La sucesión contractual en la doctrina del Derecho común.**

I. Los pactos sucesorios entre príncipes e ilustres familias, según el Derecho común.....	253
II. Los pactos sucesorios entre militares, según la doctrina del Derecho común.....	260
III. Los pactos sucesorios entre padres e hijos, entre hermanos y entre cónyuges en el Derecho común.....	266
IV. Los pactos sucesorios renunciativos y, en especial, los hechos por las hijas dotadas.....	276
A.— Razones por las que, según el Derecho civil, estos pactos renunciativos no valen.....	280
B.— Los pactos sucesorios renunciativos, según el Derecho canónico.....	284
V. Los pactos sucesorios con ocasión del ingreso en religión.	290
VI. Los pactos sucesorios en el Derecho feudal y en los mayorazgos.....	293
VII. Los pactos sucesorios y las donaciones de todos los bienes presentes y futuros.....	297
VIII. Naturaleza jurídica de los pactos sucesorios, según el Derecho común.....	308