

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS
Y JURÍDICOS DE LA
LIBERTAD DE TESTAR

Ana Vázquez Lemos
Dra. en Derecho

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DE LA LIBERTAD DE TESTAR

Barcelona
2019


BOSCH EDITOR

© ABRIL 2019 ANA VÁZQUEZ LEMOS

© ABRIL 2019



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-949922-5-4

ISBN digital: 978-84-949922-6-1

D.L.: B6349-2019

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

A mi madre

Índice

Introducción.....	21
-------------------	----

CAPÍTULO I

La libertad de instituir heredero en Roma y la cuarta falcidia.....	25
---	----

I. La libertad de instituir heredero en Roma.	25
--	----

1. La ley Falcidia según los juristas romanos.	28
---	----

2. La ley Falcidia en la legislación imperial.....	33
--	----

3. La ley Falcidia en las instituciones de Justiniano.	34
---	----

4. Otras disposiciones en las Novelas de Justiniano.....	37
--	----

II. Casos y forma de aplicación de la ley Falcidia.....	38
---	----

1. El cómputo de la ley Falcidia según Paulo.	38
--	----

2. El cómputo de la ley Falcidia según Papiniano.	40
--	----

3. El cómputo de la ley Falcidia según <i>Scaevola</i>	42
---	----

4. El cómputo de la ley Falcidia según Meciano.....	44
---	----

5. El cómputo de la ley Falcidia según Ulpiano.....	46
---	----

6. El cómputo de la ley Falcidia según Gayo.....	49
--	----

III. La cuarta trebeliana o pegasiana.	51
---	----

1. El Senadoconsulto Trebeliano.	52
---------------------------------------	----

2.	El Senaconsulto Pegasiano.....	57
3.	La reunión de los Senadoconsultos Trebeliano y el Pegasiano	59
IV.	Otros casos de reserva de la cuarta parte.....	61

CAPÍTULO II

	Testamento inoficioso y <i>portio debita</i>	63
I.	Algunos testamentos del siglo II d.C.....	63
II.	La petición de la herencia.....	66
III.	La <i>querela inofficiosi testamenti</i>	68
IV.	La petición del suplemento de legítima.....	72
V.	La portio legitima en las Novelas de Justiniano.	76
1.	La <i>portio debita iure naturae</i>	76
2.	La <i>portio debita</i> de la mitad y del tercio de la herencia.....	78
3.	La reducción de la porción hereditaria por incumplimiento de condición.....	81

CAPÍTULO III

	Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en derecho romano	85
I.	Definición y caracteres generales del usufructo en Roma. .	85
II.	El usufructo vidual en Roma.	91
1.	Presupuesto para la existencia del usufructo uxorio: el matrimonio lícito.....	91
2.	El legado de usufructo a favor de la <i>uxor</i>	95
2.1.	Modalidades de legado de usufructo a favor de la esposa.	95
2.2.	El usufructo universal a favor de la <i>uxor</i>	99

III.	Formas de constitución del usufructo en derecho romano.	101
1.	El <i>legatum per praeceptionem</i>	101
2.	El <i>legatum sinendi modo</i>	103
IV.	El usufructo vidual en el <i>Codex</i> de Justiniano.	104
V.	Pérdida de los derechos de la <i>uxor</i> por segundas nupcias.	108
1.	Antes del transcurso del <i>tempus lugendi</i>	110
2.	Depués del <i>tempus lugendi</i>	112
3.	Pérdida del usufructo vidual por segundas nupcias.	114
4.	Si el cónyuge supérstite no contrae segundas nupcias.	116
5.	Significado de la legislación imperial.....	116
VI.	El usufructo legal del padre sobre los <i>bona materna</i>	117
VII.	Sucesión <i>unde vir et uxor</i> y la legítima vidual.	119
VIII.	La sucesión forzosa del cónyuge supérstite en derecho justiniano.	120
1.	La Novela 106 del emperador León.	120
2.	Las Novelas de Justiniano.....	122
3.	La delimitación del usufructo de la viuda.....	128
4.	El premio por no contraer segundas nupcias.	129
5.	Reaparición de la legislación postclásico-justiniana	131

CAPÍTULO IV

	Los códigos de los reyes visigodos	133
I.	El Código de Eurico (<i>Codex Euricianus</i>).	133
1.	Los derechos sucesorios de los hijos: el caso especial de las hijas.	133
2.	Los derechos sucesorios del cónyuge viudo.	140
2.1.	El usufructo del viudo sobre los bienes maternos.....	140

2.2.	El usufructo de la viuda sobre los bienes paternos.....	142
2.3.	Significado del usufructo vidual en el Código de Eurico	144
II.	La <i>Lex Romana Visigothorum</i> (Breviario de Alarico)	147
1.	Los derechos sucesorios de los hijos.	147
2.	La cuarta falcidia, la cuarta trebeliana y la cuarta pegasiana.	150
3.	Los derechos sucesorios del cónyuge supérstite.	152
3.1.	El usufructo del viudo sobre los <i>bona materna</i>	152
3.2.	De la viuda que contrae segundas nupcias.	153
III.	La <i>Lex Visigothorum</i> (o <i>Liber Iudiciorum</i>).	156
1.	La sucesión del hijo póstumo: la cuarta falcidia.	156
2.	La sucesión de los hijos: la mejora.	158
3.	El quinto de libre disposición.	162
4.	La libertad de testar cuando no hay hijos ni descendientes.	164
5.	Los derechos sucesorios viduales.....	165
IV.	Especialidades de la viudedad en los diferentes fueros locales.....	167

CAPÍTULO V

	La recepción del derecho común en la legislación y en los fueros de Castilla.....	173
I.	Las Siete Partidas.....	174
1.	La sucesión del religioso o religiosa.	174
2.	La cuarta falcidia o legítima del heredero extraño. ..	178
3.	El <i>debitum iure naturae</i> de los hijos.	179
4.	De la viuda que contrae segundas nupcias.	180

5.	Usufructo legal del padre sobre el peculio adventicio.....	181
6.	La cuarta uxoria.....	182
7.	Las cautelas ante el nacimiento de un hijo póstumo.....	187
II.	El Fuero Real.....	188
1.	La sucesión forzosa de los hijos o descendientes.....	189
2.	Los derechos del cónyuge supérstite.....	192
3.	Los pactos de hermandad de bienes: <i>unitas viri et uxoris</i>	194
4.	Las cautelas ante el nacimiento de un hijo póstumo.....	196
5.	La inaplicación del Fuero Real.....	197
III.	El Fuero Viejo de Castilla.	201
IV.	Derecho sucesorio común <i>versus</i> derechos territoriales.	205
V.	El Ordenamiento de Alcalá.....	207
1.	La recuperación del derecho de las Siete Partidas	207
2.	Especialidades del Ordenamiento de Alcalá	208

CAPÍTULO VI

	Desde las Leyes Toro hasta la Novísima Recopilación	211
I.	Las Leyes de Toro.....	211
1.	La supresión de la libertad de testar: casos concretos.....	212
2.	Especialidades de la sucesión testamentaria y <i>ab intestato</i> de las madres.....	213
3.	La mejora en el tercio y en el quinto de la herencia.....	213
4.	Otras disposiciones sobre la mejora.....	218
5.	Disposiciones relativas a la sucesión de los cónyuges.....	220
II.	La Novísima Recopilación.	221
1.	Diferencias y analogías con las Leyes de Toro.....	221
2.	Los derechos del cónyuge viudo.....	224

III.	El mayorazgo: régimen jurídico y extinción.....	227
1.	Definición.....	227
2.	Tipos de mayorazgo.....	231
3.	El mayorazgo antes de las Leyes de Toro.....	233
4.	El mayorazgo en las Leyes de Toro.....	238
4.1.	El principio de primogenitura y representación.....	238
4.2.	La constitución del mayorazgo.....	241
4.3.	Mayorazgos sin licencia.....	245
4.4.	La revocabilidad del mayorazgo y la transmisión de la posesión.....	249
5.	Las sucesivas reformas del mayorazgo.....	251
6.	Prohibición de constitución del mayorazgo.....	252
7.	La abolición de determinados mayorazgos.....	255
8.	La desvinculación forzosa de los bienes.....	257

CAPÍTULO VII

	Territorios de derecho civil especial y legislación autonómica: particular referencia a Galicia.....	261
I.	El derecho aplicable en la época medieval en Galicia.....	261
II.	La institución de la casa gallega.....	265
III.	El heredero principal o <i>petrucio</i> , <i>vinculeiro</i> , <i>herdeiro</i> o <i>millo-rado</i>	270
IV.	La especialidad del derecho sucesorio gallego.....	276
V.	La Ley 147/1963, sobre Compilación del Derecho Civil especial de Galicia.....	284
1.	La compañía familiar gallega.....	285
2.	La mejora de labrar y poseer.....	297
VI.	El derecho autonómico gallego tras la CE de 1978.....	301

1.	Las leyes 4/1995 y 2/2006 de derecho civil de Galicia.....	302
2.	La compañía familiar gallega.....	305
3.	Los pactos sucesorios.....	307
4.	La mejora de labrar y poseer.....	310
5.	Breve referencia a la apartación.....	312
VII.	Derechos sucesorios del cónyuge viudo.....	314
1.	El usufructo universal a favor del cónyuge viudo.....	314
2.	Los derechos sucesorios del viudo tras la CE de 1978.....	318
3.	La sucesión forzosa del cónyuge en la ley 2/2006.....	323

CAPÍTULO VIII

Territorios de Derecho Civil especial y legislación autonómica: Aragón, Navarra y País Vasco.....

I.	Aragón.....	327
1.	Los derechos sucesorios de los hijos.....	327
1.1.	Los Fueros más antiguos.....	327
1.2.	El Fuero de Alagón y las Observancias.....	336
1.3.	La legítima tras el C.c y la CE de 1978.....	341
2.	La viudedad foral aragonesa.....	344
2.1.	El Fuero <i>De iure dotium</i>	344
2.2.	Las mujeres infanzonas en los Fueros de Aragón.....	347
2.3.	La Compilación de derecho civil de Aragón de 1967.....	350
2.4.	Texto refundido de las leyes civiles aragonesas.....	352
2.4.1.	El pacto a más viviente.....	352
2.5.	El usufructo del cónyuge viudo: el derecho expectante y el usufructo vidual.....	353

II.	Navarra.....	360
1.	Los derechos sucesorios de los hijos.....	360
1.1.	El Fuero General de Navarra.....	360
1.2.	La Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra.....	366
1.3.	La Ley 1/1973 por la que se aprueba la Compilación del derecho civil foral de Navarra: la libertad de testar.....	372
2.	El usufructo universal del cónyuge viudo.....	374
2.1.	El Fuero General de Navarra.....	374
2.2.	La Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra.....	378
2.3.	La Ley 1/1973, por la que se aprueba la Compilación del derecho civil foral de Navarra: el usufructo de fidelidad.....	379
III.	Los Fueros de Ayala y Vizcaya.....	383
1.	Los derechos sucesorios de los hijos.....	383
1.1.	El Fuero de Ayala de 1363.....	383
1.2.	Los Fueros de Vizcaya de 1452 y 1526.....	390
1.3.	La Ley 32/1959, sobre la Compilación de derecho civil foral de Vizcaya y Álava: derechos sucesorios de los hijos.....	399
1.4.	La legítima tras la CE de 1978: la Ley 5/2015 del 25 de junio, de derecho civil del País Vasco.....	403
1.4.1.	La troncalidad vizcaína.....	406
1.4.2.	La libertad de testar en el valle de Ayala.....	409
2.	La sucesión del cónyuge viudo.....	410
2.1.	El Fuero de Vizcaya de 1526.....	410
2.2.	La Compilación de derecho civil foral de Vizcaya y Álava.....	411
2.3.	La Ley 5/2015, de derecho civil del País Vasco.....	413

CAPÍTULO IX

Territorios de Derecho Civil especial y legislación autonómica: Cataluña, Valencia, Islas Baleares..... 417

I. Cataluña..... 417

 1. Los derechos sucesorios de los hijos..... 417

 1.1. El *hereu* y los heredamientos..... 417

 1.2. Los *Usatges* de Barcelona..... 423

 1.3. Las Costumbres de Tortosa..... 426

 1.4. Las Cortes de *Montblanc*..... 427

 1.5. El privilegio de la legítima formal..... 432

 1.6. La constitución de Felipe II..... 433

 1.7. La legítima tras la CE de 1978: la ley 10/2008 de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil. . 436

 2. El usufructo del cónyuge viudo..... 438

 2.1. El *Usatge Vidua*..... 438

 2.2. La Compilación de derecho civil de Cataluña de 1960..... 441

 2.3. Tras la CE de 1978: la Ley 10/2008, del Libro IV del Código Civil, relativo a las Sucesiones . 449

 2.4. Ley 25/2010 del libro segundo del Código civil de Cataluña: el año de luto..... 451

II. Valencia..... 451

 1. La legítima de los hijos y ascendientes en los *Furs*. . 451

 2. Después de la CE de 1978: anteproyecto de Ley de Sucesiones de la *Generalitat* valenciana del año 2010 . 459

 3. El *any de plor* y la *setantena*..... 459

 4. La *dona e poderosa de la heretat*..... 464

III. Islas Baleares..... 465

 1. Los derechos sucesorios de los hijos..... 465

 1.1. Desde Roma a Jaime I el Conquistador..... 465

1.2.	El reino de Mallorca.....	469
1.3.	Los heredamientos.....	475
1.4.	La definición.....	477
1.5.	La Compilación de 1961.....	480
1.6.	Decreto Legislativo 79/1990, por el que se aprueba el Texto refundido de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares.....	481
1.6.1.	Mallorca: la cuarta falcidia.....	481
1.6.2.	La legítima de los herederos forzosos	482
1.6.3.	Menorca.....	487
1.6.4.	Ibiza y Formentera.....	487
2.	La cuarta de la viuda pobre y el usufructo del cónyuge viudo.....	489
2.1.	Pervivencia del derecho romano y proyectos de Apéndice.....	489
2.2.	La Compilación el derecho civil especial de las Islas Baleares, Ley 5/1961.....	492
2.3.	Decreto Legislativo 79/1990, por el que se aprueba el Texto refundido de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares.....	494
2.3.1.	Mallorca y Menorca.....	494
2.3.2.	Ibiza y Formentera.....	495

CAPÍTULO X

	Los herederos forzosos en el Proyecto de C.C. de 1851 y en el C.C. de 1889.....	499
I.	El Proyecto de 1851.....	499
1.	Contexto histórico del Proyecto de 1851.....	499
2.	Fracaso del Proyecto de 1851.....	503
3.	El derecho de sucesiones en el Proyecto de 1851.....	506
3.1.	La legítima de los herederos forzosos.....	507

3.2. La mejora	511
3.3. La situación del cónyuge viudo	513
4. Influencia del C.c. francés en el Proyecto de 1851 ...	518
II. La ley de bases del C.c. del 11 de mayo de 1888.	523
III. Los herederos forzosos en C.c. español.....	526
1. La legítima de los herederos forzosos y la mejora.....	529
2. La legítima del cónyuge viudo.....	532
3. La llamada «cautela socini».....	536
3.1. La intangibilidad de la legítima	536
3.2. Los gravámenes sobre la legítima	539
3.3. Presuntos antecedentes históricos de la cautela <i>socini</i>	541
3.4. Antecedentes en derecho francés y en el Pro- yecto de 1851	545
3.5. Situación actual.....	547
Conclusiones.....	551
Bibliografía	579

INTRODUCCIÓN

En este trabajo de investigación se estudia la dicotomía existente entre la libertad de instituir heredero, de larga tradición histórica, y la existencia de los herederos forzosos, del C.c español. Se intenta aclarar la finalidad y la función de la *portio ex lege*, que existió en Roma desde la promulgación de la ley Falcidia, a la que no se le puede atribuir la instauración de los herederos forzosos, como se viene defendiendo por la mayoría de la doctrina.

El análisis de los diferentes pasajes de las fuentes romanas permite rebatir la creencia, generalizada en la doctrina, de que el origen de la legítima, tal y como se entiende hoy en día, se encuentra en el derecho romano, especialmente de la época de Justiniano. En general, y desde sus orígenes, según nos informan los juristas clásicos, en el sistema sucesorio romano existía una absoluta libertad de instituir heredero. Pero desde la promulgación de la ley Falcidia, la cuarta parte de la herencia debía reservarse siempre al heredero instituido en el testamento, fuese hijo o extraño, con la finalidad de garantizar que este aceptase la herencia. Esta cuarta parte era la parte que *ex lege* le corresponde al heredero libremente instituido por el testador. Los únicos herederos establecidos *ex lege* fueron desde el más primitivo derecho romano hasta el derecho justinianeo solamente los herederos *ab intestato*.

Excepcionalmente nos encontramos mucho más tarde en el derecho justinianeo con el caso de la viuda pobre e indotada, a la que se le atribuía

la cuarta parte de la herencia en usufructo, que más adelante reaparecerá en Las Partidas. Se trata de un usufructo establecido por ley o *ex lege*, pero no de una limitación a la libertad de instituir heredero.

Tampoco se encuentran los herederos forzosos en la legislación de los reyes visigodos, claramente inspirada en el derecho clásico romano, ni en Las Partidas, donde se recoge el derecho romano justinianeo. También en las Leyes de Toro y en la Novísima Recopilación se puede constatar la pervivencia del sistema sucesorio romano, basado en la libre institución de heredero, al que le correspondía una porción mínima, con la posibilidad de mejorar en un tercio a uno de los hijos, cuando se habían instituido herederos todos los hijos del testador colectivamente, como forma de mantener indiviso el patrimonio familiar. De esta forma, si el testador quería, podía nombrar herederos a todos los hijos colectivamente, pero uno de ellos sería el heredero mejorado.

El mantenimiento del patrimonio indiviso en poder de la familia fue la finalidad que marcó la evolución de todo el derecho sucesorio en los diferentes territorios de la Península Ibérica a partir de los siglos XII-XIII. Por eso, además del derecho castellano, se analizan en profundidad los antecedentes histórico-legislativos de Galicia, Aragón, Navarra, los Fueros de Ayala y de Vizcaya, Cataluña, Valencia y Baleares.

Aparte de Cataluña, que es donde verdaderamente subsistió la sucesión forzosa de los hijos, también después de los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, se puede comprobar que la verdadera ruptura con la tradición legislativa histórica en materia de derecho sucesorio se produjo con el C.c. Aquí aparecieron por primera vez los herederos forzosos, llamados legitimarios, incluyendo al cónyuge viudo, que nunca antes lo había sido, salvo el caso de la viuda pobre e indotada, que además no era heredera forzosa, sino usufructuaria *ex lege*.

Por influencia del C.c. y desde la CE, todos los territorios autonómicos con legislación en materia sucesoria han adoptado este sistema de sucesión forzosa a favor de los hijos o descendientes. Pero la *portio legitima* del derecho romano nada tenía que ver con los herederos forzosos del derecho civil actual.

Quiero dar las gracias afectuosamente a mi directora de tesis, la doctora Margarita Fuenteseca Degeneffe, catedrática de derecho romano, por su motivación, su dedicación y su ánimo. Sin su apoyo e iniciativa este trabajo no habría sido posible. Ha sido un privilegio contar con su guía y sus consejos.

Ana Vázquez Lemos

Doctora en Derecho
Investigadora postdoctoral de la Universidad de Vigo

CAPÍTULO I

LA LIBERTAD DE INSTITUIR HEREDERO EN ROMA Y LA CUARTA FALCIDIA

I. LA LIBERTAD DE INSTITUIR HEREDERO EN ROMA

La ley Falcidia es la ley que estableció, en derecho romano, la reserva obligatoria de una porción, la cuarta parte de la herencia, a favor del heredero instituido en el testamento¹. Como vamos a ver, la promulgación de esta ley no supuso la introducción en Roma de los herederos forzosos, entendidos como personas que, necesariamente, eran herederas en una parte de la herencia². Para aclarar el contenido y significado de la ley Falcidia

1 Vid. BONIFACIO, F.; *Ricerche sulla «Lex Falcidia de legatis»*, Jovene, Napoli, 1948. FRANCIOSI, G.; «Lex Falcidia», «SC Pegasianum» e disposizioni a scopo di culto, *Studi in memoria di G. Donatuti I*, Milano, 1973, págs. 401-414.

2 Las circunstancias histórico-jurídicas de la ley Falcidia las describe ORTUÑO PÉREZ, M.A.; en *Contribuciones al Derecho Romano de Sucesiones y Donaciones*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 72: en las postrimerías del régimen político republicano, una vez dio comienzo el segundo triunvirato, se promulgó la *Lex Falcidia*. En plena guerra civil, la situación financiera era ruinososa. El ejército era imprescindible y los gastos

(año 40 a.C.) hay que atenerse, rigurosamente, a la información que de ella nos proporcionan las fuentes romanas.

Tomamos como punto de partida de este estudio la afirmación rotunda de Pomponio: en Roma regía desde las XII Tablas³ la amplísima libertad de instituir heredero (en D. 50.16.120, *Pomp. 3 ad Q. Muc.*): *latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi*⁴ (y de dar legados y de dar la libertad y de constituir la tutela⁵). La proclamación de la plena libertad de instituir heredero se encuentra también en las constituciones imperiales (C. 6.22.1: *frater...testamento suo potuit sibi heredem instituere quem vellet* –año 243– y C. 6.22.6: *et quemcumque voluerit, secundum leges in testamento suo heredem scribendi*, –año 355–).

de mantenimiento muy elevados y difíciles de soportar. La República agonizaba y la situación era límite. En opinión de esta autora, esto explicaría porqué se promulgó la *Lex Falcidia*.

- 3 Dice FUENTESECA, P.; «Historia del Derecho romano», en *Estudios de Derecho Romano*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 127-129 que se atribuye comúnmente a las tablas IV y V la materia referente a la familia y a la *hereditas*. El precepto fundamental de las XII Tablas, para este autor, sería: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, o lo que es lo mismo, como hubiese legado sobre la pecunia o la tutela de sus cosas, así sea derecho. Se puede interpretar que hay una alusión al *testamentum* en la expresión *legare* (testamento de legados).
- 4 La existencia de la libertad de testar en Roma ya se ha constatado antes en la doctrina por ejemplo, SUÁREZ BLÁZQUEZ, G.; *Derecho procesal civil de legítimas*, Ourense, 1999, pág. 20. Asimismo en este sentido, más recientemente, ha afirmado BARRIO GALLARDO, A.; en *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 90 que en el derecho romano clásico, hasta el año 40 a.C., (fecha de la *Lex Falcidia*), se aplicó real y formalmente el principio de libertad testamentaria. Pero en este estudio defendemos que, más propiamente lo que existió en Roma fue la plena libertad de instituir heredero aunque el testamento tenía que realizarse conforme a lo establecido en la ley, concretamente la ley *Falcidia*, que imponía la reserva de una cuarta parte de la herencia a favor de la persona o personas instituidas como heredero en el testamento.
- 5 Edición: GARCÍA DEL CORRAL, I.; *Corpus Iuris Civilis*, Lex Nova, Valladolid, 1988.

La institución de heredero (*heredis institutio*) la describe Gayo 2.229⁶ como *caput et fundamentum totius testamenti*⁷. Además, según Gayo 2.117⁸, la institución de heredero tenía que realizarse solemnemente en el testamento (*sollemni modi facta*) pues de otra forma, de nada vale la *mancipatio familiae*, ni la presencia de testigos ni la *nuncupatio*. En el antiguo *testamentum per aes et libram* o *mancipatio familiae*, como afirma M. Fuenteseca⁹, era esencial que el *paterfamilias* mencionase a todos los *heredes sui* (aunque fuese para excluirlos o desheredarlos) en el reparto de bienes que anunciaba públicamente mediante *nuncupatio*. Porque todos ellos formaban parte del patrimonio familiar, siendo, según Gayo 2.157, en cierto modo (*quodammodo*) considerados dueños ya en vida del *paterfamilias*.

Los *heredes sui*, por tanto, eran ya eran dueños del patrimonio familiar, porque, a falta de testamento, eran los que, por disposición de la ley (de las XII Tablas)¹⁰, heredarían el patrimonio familiar repartido por cabezas.

6 Gayo 2.229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

7 Vid. SANFILIPPO, C.; *Studi sull' hereditas*, AUPA, Palermo, 1937, pág. 142 y ss, MARCHI, C.A.; *La solennità della heredis institutio nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1967, pág. 643, VISMARA, G.; *Appunti intorno alla heredis institutio*, Giuffrè, Milano, 1938.

8 Gayo 2.117 describe las palabras exactas que eran necesarias para la institución solemne de heredero: *Sollemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO: sed et illa iam comprobata uidetur: TITIVM HEREDEM ESSE IVBEO: at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVO, item HEREDEM FACIO.* Vid. también C. 6.23.15pr-2.

9 Vid. FUENTESECA, M.; *La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, SCDR XXIX, 2016, pág. 124.

10 Según FUENTESECA, M.; «*Mancipatio (...)*», *op.cit.*; 123, existieron dos formas mediante las cuales la *lex successionis* podía ponerse de manifiesto desde la época decenviral. Si no había hecho la *mancipatio familiae* y el *paterfamilias* moría intestado, entonces la *lex successionis* era la establecida en la ley de las XII Tablas V.4-5 (*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*), según la cual serían titulares del patrimonio familiar los *heredes sui*, y a falta de estos, el agnado más próximo. Pero además, también era posible que el *paterfamilias*, por medio de

Estos eran los herederos *ex lege* cuando no había testamento. Por este motivo, no solo debía instituir el testador al heredero, sino también desheredar a los que fuesen *heredes sui* conforme a la ley¹¹. En caso contrario, cualquiera de ellos podría solicitar en el *iudicium familiae erciscundae* que el *arbiter* procediese al reparto de los bienes conforme a la ley entre los *heredes sui*, poniendo en duda la eficacia y la validez del testamento¹².

Pero veamos cómo evolucionó en Roma la libertad de instituir heredero, comenzando, en primer lugar, por cómo describen los juristas clásicos la ley Falcidia.

1. La ley Falcidia según los juristas romanos

Gayo describe el motivo por el cual se hizo necesaria la promulgación de esta ley en el pasaje 2.224¹³: antiguamente (*olim*) era lícito destinar todo

la *nuncupatio* pronunciada en la *mancipatio familiae*, estableciese una *lex successionis* distinta a la establecida en la ley.

- 11 Vid. sobre esta regla LÓPEZ RENDO, C.; *Fundamento de la Regla «Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius Civile»*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1991.
- 12 Según FUENTESECA, M.; «*Mancipatio (...)*», *op.cit.*; 120, la forma solemne de la *mancipatio familiae* garantizaba que se cumpliese la última voluntad del difunto. en el litigio que se suscitase serían llamados como testigos los cinco ciudadanos romanos cuya presencia era necesaria para la celebración de la *mancipatio familiae*. La declaración de estos despejaría todas las dudas acerca del contenido de la última voluntad del *paterfamilias*. Por tanto, se proclamaba públicamente quien era el heredero del causante y la forma en que se repartiría el patrimonio familiar en legados.
- 13 Vid. Gayo 2.224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: VTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IVS ESTO. Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.* Vid. ed. HERNÁNDEZ TEJERO, F.; *Instituciones de Gayo*, Madrid, Civitas, 1985.

el patrimonio a legados y manumisiones y dejar al heredero el vacío nombre de tal (*heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis*) y esto parecían admitirlo las XII Tablas.

A continuación explica el jurista el problema que esto ocasionaba: los herederos así instituidos se abstendían de aceptar la herencia, abriéndose entonces la sucesión intestada¹⁴. El problema radicaba en que si se distribuía todo el patrimonio en legados, al heredero no le compensaba soportar las cargas de la herencia (Gayo 2.226).

Según M. Fuenteseca¹⁵, la ley Falcidia se promulgó, como muy clara y extensamente nos explica Gayo 2.224-2.227, para que el heredero institui-

- 14 En opinión de FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J.; en *Fundamentos de derecho privado romano*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 433 la institución del heredero es la razón histórico-jurídica a la que está vinculada la aparición del testamento, y originariamente era el único contenido del mismo. Su progresiva adaptación para dar cabida a otras disposiciones se produce a partir de la consideración de la institución de heredero como el fundamento de todas las demás cláusulas testamentarias. Esto conlleva que la institución de heredero deba colocarse al principio del testamento y que las restantes disposiciones y el propio testamento carezcan de validez si decae la institución de heredero, o si aquellas se colocan antes de la *heredis institutio*. Sin embargo, según estos autores, la evolución del derecho en este aspecto se orienta a la progresiva superación del formalismo, en atención a la relevancia de la voluntad testamentaria.
- 15 Vid. FUENTESECA, M.; «*Mancipatio (...)*» *op.cit.*; 129, en nota nº 29 explica el motivo por el cual Gayo menciona la existencia de dos leyes reformadoras previas. «Primero una ley Furia (de fecha desconocida, pero anterior a la ley Voconia) prohibió que, salvo ciertas excepciones, nadie recibiese por legado o donación *mortis causa* más de mil ases, pero, como afirma Gayo 2.225, no se consiguió la finalidad pretendida, ya que, por ejemplo, el que tenía un patrimonio de 5000 ases podía repartirlo en cinco legados de 1000 ases cada uno (con lo cual al *heres* no se le dejaba nada). Posteriormente la ley Voconia (año 169 a.C.) habría establecido que nadie podía recibir por medio de legado o de donación *mortis causa* más que los herederos, pero, afirma Gayo 2.226, si el testador repartía el patrimonio entre muchos legatarios, al heredero le quedaría una porción tan reducida que no le compensaría aceptar la herencia». Según FUENTESECA, M.; *ibidem*, «estas dos reformas descritas por Gayo parecen en cierto modo una aclaración que introduce el jurista con fines aclaratorios o didácticos, ya que ninguna de las dos proporcionaba una solu-

do en el testamento aceptase la herencia. Afirma M. Fuenteseca, que la exposición gayana no deja lugar a dudas: la ley Falcidia no estableció ninguna reserva de una porción o parte legítima a favor de los *heredes sui*¹⁶. La ley Falcidia lo que estableció fue la reserva de una cuarta parte de la herencia a favor del *heres scriptus*, porque su aceptación era imprescindible para la validez del testamento¹⁷.

De estos pasajes de Gayo deduce M. Fuenteseca¹⁸ que, en definitiva, había plena libertad para nombrar un heredero en el testamento, ya que *heres scriptus* podía ser un *extraneus* o también un *heres suus*, pero, para asegurar su aceptación había que reservarle a aquel la cuarta parte de la herencia, mientras que el resto se podía repartir en legados, en la forma y entre quienes quisiera el *paterfamilias*, siempre que, como dice M. Fuenteseca, se le reservase al heredero instituido una cuarta parte de la herencia y

ción verdaderamente eficaz». En realidad, afirma FUENTESECA, M.; «lo que nos quiere transmitir Gayo es que, entre otras posibles soluciones, la única forma de garantizar verdaderamente la aceptación por parte del heredero (*scriptus* o nombrado en el testamento) fue asegurarle la obtención, en todo caso, de la cuarta parte de la herencia». Y concluye: «por tanto, Gayo quiere encontrar la justificación al hecho de que se impusiese (como última *ratio*) la limitación a la libertad del testador de disponer en legados». Sobre la infracción de la ley Furia, dicen DAZA MARTÍNEZ J.; y RODRÍGUEZ ENNES, L.; *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 570 que podía ser castigada con una multa del cuádruplo de lo que el legatario hubiera cobrado de más, concediendo al heredero una *manus iniectio pura*, que era una acción que permitía al demandado defenderse solo, sin necesitar un *vindex*. Vid. Gayo: 4, 23.

- 16 Se pronuncia FUENTESECA, M.; en contra de que los *heredes sui* hubiesen sido en derecho romano herederos forzosos en el sentido actual del término: Los *heredes sui* no eran, por tanto, los herederos forzosos que existen en el derecho civil español vigente, como sostiene SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «Derecho (...)», *op.cit.*; 23-25.
- 17 Dicen FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J.; en «Fundamentos (...)», *op.cit.*; 437 la necesidad de establecer un equilibrio entre el legatario y el heredero motivó la aprobación de las leyes Furia, Voconia y Falcidia. Vid. ARIAS BONET, J.A.; *Mortis causa captiones*, AHDE, nº 20, Madrid, 1950, págs. 781-800, CASSISI, S.; *L'editto di Verre e la lex Voconia*, AUCT, Catania, 1949.
- 18 Vid. FUENTESECA, M.; «*Mancipatio* (...)», *op.cit.*; 130

que todos los *heredes sui* apareciesen nombrados en el testamento, aunque fuese para desheredarlos.

En este aspecto sigue la opinión de Fernández Barreiro¹⁹, que afirma que, con la reserva de una cuarta parte de la herencia para el heredero por la *Lex Falcidia* se trató de garantizar un resultado adquisitivo mínimo, de manera que no se desentendiese de la herencia y pudieran salvarse los legados aunque tuvieran que verse reducidos²⁰.

Por otro lado, el jurista Paulo describe el contenido de la ley Falcidia en el libro único de comentario a la ley Falcidia, contenido en D. 35.2.1 de la siguiente forma: «se promulgó la ley Falcidia, la cual concedió en el primer capítulo la libre facultad de legar hasta las tres cuartas partes con estas palabras: “cualquier ciudadano romano que, después de promulgada esta ley quiera hacer testamento, tenga derecho y potestad para dar y legar este dinero y estas cosas a quienes quiera, en la forma que es lícito siguiendo esta ley”. En el segundo capítulo estableció el límite de los legados con estas palabras: “cualquier ciudadano romano que después de promulgada esta ley hiciera testamento, tenga derecho y potestad para dar y legar a cualquier ciudadano romano por derecho público cuanto dinero quiera, con tal de que el legado se dé de modo que los herederos no perciban por este testamento menos de la cuarta parte de la herencia. Sea lícito a quienes así se hubiere dado o legado alguna cosa, percibir este dinero sin fraude propio y

19 FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; *Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*, AFDUDC, n° 9, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2005, pág. 246.

20 Según FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; PARICIO SERRANO, J.; en «Fundamentos (...)», *op.cit.*; 446 la necesidad de mencionar a los herederos para instituirlos o desheredarlos, era una exigencia formal del *ius civile*, que tenía su fundamento en la posición que aquellos ocupaban en la ordenación de la sucesión intestada, de modo que el testador podía alterar esa ordenación. Sin embargo, para estos autores, el principio de libertad testamentaria era ajeno a la concepción originaria del fenómeno sucesorio y contradictorio con la vinculación natural del patrimonio hereditario a los miembros del grupo familiar. En efecto, porque lo que aquí defendemos es que en Roma había libertad de instituir heredero, que no es exactamente libertad de testar.

este heredero a quien se le hubiere mandado o a quien se le hubiere condenado a dar ese dinero, deba dar el dinero a que fue condenado”».

Aquí Paulo en primer lugar afirma que la ley Falcidia estableció la libre facultad del testador de legar hasta las tres cuartas partes de la herencia, y a continuación describe el contenido de dicha ley, cuyo segundo capítulo establecía que los herederos nunca podrán percibir menos de la cuarta parte de la herencia. En definitiva, son dos formas de describir lo mismo: los herederos necesariamente tenían que recibir una cuarta parte de la herencia, o, lo que es lo mismo, el testador podía distribuir en legados tres cuartas partes de la herencia.

Y exactamente lo mismo afirma Ulpiano respecto a la ley Falcidia, aunque de forma mucho más sintética, en *Tit. Ulp. 24.32: lex Falcidia iubet non plus quam dodrantem totius patrimonii legari, ut omni modo quadrans integer apud heredem remaeat*: la ley Falcidia ordena que no se puede legar más de las tres cuartas partes de la herencia, de forma que en todo caso le quede la cuarta parte íntegra al heredero.

Por tanto, conforme a la ley Falcidia, existía una cuarta parte que se reservaba para el heredero instituido y los tres cuartos restantes se podían distribuir en legados. Los herederos nombrados en el testamento recibirán, en todo caso, siempre una cuarta parte de los bienes hereditarios²¹. Se trata de una cuarta parte íntegra, esto es, deducidas las deudas de la herencia, y reduciéndose, si fuese necesario, los legados, los fideicomisos y las donaciones *mortis causa*, cuya casuística analizamos más adelante.

La reserva de esta cuarta parte tenía por finalidad asegurar la aceptación del heredero nombrado en el testamento en todo caso, esto es, sal-

21 En este sentido, afirma LALINDE ABADÍA, J.; en *Derecho Histórico español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 2001, pág. 383, que en Roma se articuló la sucesión con arreglo a principios individualistas, en virtud de los cuales, una persona, denominada «heredero» (*heres*) ocupaba el lugar de otra a su fallecimiento, evitando que se interrumpiese el culto a los antepasados. El heredero sucedía en todos los bienes, por lo que la sucesión era, en palabras de este autor, un «modo universal de adquisición» (*successio in universum ius*). Este concepto subsistió entre los visigodos y renació en la Edad Media hasta llegar a la codificación.