

LIBERTAD TESTAMENTARIA Y SISTEMA DE LEGÍTIMAS: UN ANÁLISIS DESDE LA EXPERIENCIA JURÍDICO-CULTURAL ROMANA

Alejandro Fernández Barreiro

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de La Coruña

RESUMEN:

El testamento romano fue creado por la Jurisprudencia como instrumento de ordenación racional del destino del patrimonio hereditario, al permitir el control de las asignaciones de bienes y la consideración de la situación de los diferentes miembros del grupo familiar. El principio de libertad testamentaria se enmarca dentro de esa concepción de testamento. Tomando elementos de la cultura jurídica anterior, el derecho justinianeo subvierte en muchos aspectos la tradición del derecho testamentario romano. La doctrina del *Ius Commune*, que operaba desde la legalidad del *Corpus Iuris*, tuvo un alcance limitado en el conjunto de los territorios europeos. Su incorporación normativa se produjo posteriormente, merced a la coincidencia de los principios básicos del derecho sucesorio romano-justinianeo con los planteamientos ideológicos de la Ilustración y el Liberalismo en contra del derecho hereditario del Antiguo Régimen. En estos momentos resulta incoherente el mantenimiento de un sistema hereditario basado en vinculaciones patrimoniales en cuantías legalmente determinadas, que procede de un marco de relaciones familiares que los cambios culturales han transformado profundamente.

Palabras clave: Libertad testamentaria; Cuota legítima; Cuarta Falcidia; Libertad de formas; Legados; Institución de heredero; Desheredación; Sucesión forzosa. Legitimarios; Fideicomisos.

ABSTRACT:

This article makes a careful study of testamentary freedom from the roman juridical experience.

Key words: Testamentary Freedom; Legacy; Inheritance; Disinheritance.

Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana

SUMARIO: 1. La creación jurisprudencial del testamento como acto negocial mortis causa en el antiguo ius civile, 2. Libertad testamentaria y derecho a la herencia por razón de parentesco, 3. El modelo romano-justiniano de derecho hereditario en la tradición jurídica europea.

1. LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TESTAMENTO COMO ACTO NEGOCIAL MORTIS CAUSA EN EL ANTIGUO IUS CIVILE.

1.1. La posición preeminente del paterfamilias en la antigua familia romana, al corresponderle la titularidad de los poderes personales y dominicales sobre el conjunto de personas y bienes que integran el grupo familiar, podría haber derivado en un sistema de primogenitura para asegurar la continuidad de la tradición familiar y la integridad del patrimonio. No ocurrió así, y ello fue determinante en la configuración del modelo romano de derecho sucesorio, que en su formulación justiniana acabaría influyendo en las codificaciones liberales del siglo XIX.

La muerte del padre produce la dispersión del grupo familiar, tanto en sus componentes personales como patrimoniales¹. En la distribución del patrimonio hereditario rige el criterio igualitario entre los descendientes, sin distinción de sexos y con inclusión de la esposa bajo potestad marital. El criterio igualitario se aplica también cuando concurren varios parientes colaterales del mismo grado, en ausencia de descendientes. La condición de herederos del conjunto de los sujetos a potestad es una evidencia en la conciencia social, hasta el punto de que la legislación decemviral actúa con ese presupuesto y, por ello, nada establece al respecto en sus preceptos normativos. En la tradición jurisprudencial romana se presenta como fundado en la razón natural la atribución de la herencia a los hijos²; esa misma tradición jurídica proporciona una explicación de la propia denominación y posición singular de los descendientes como herederos de propio derecho (heredes sui), debido a su vinculación convivencial en el seno de la familia y a su participación en la vida económica de la misma³.

Para la comprensión del modo en que se resuelve la sucesión hereditaria en la época decemviral es preciso tener en cuenta la vigencia de una concepción comunitaria subyacente en la antigua familia romana, en la que nace la tradición del ius civile. Ciertamente que el paterfamilias es el único titular del patrimonio y de las diferentes potestades sobre los miembros del grupo familiar, pero los recíprocos vínculos de solidaridad entre éstos y con el paterfamilias alcanzan también a éste, de modo que fun-

1 Al menos desde la Ley de las XII Tablas el consortium es divisible; D.10.2.1 pr.

2 (D.48.28.7 pr.): cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis indictum est ac ne iudicio quidam parentis nisi meritis de causis summoverti ab ea successione possunt.

3 Gai. II.157 desarrolla las consecuencias de esa idea en el orden sucesorio: in suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem producere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur... Itaque post mortem patris non hereditate percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

cionalmente aparece en una posición próxima a la de un administrador. Aunque jurídicamente tiene poder de disposición sobre los bienes que integran el patrimonio familiar, la situación de concurrencia comunitaria con los herederos de propio derecho actúa como factor de limitación; una manifestación de ello es la previsión legal de la interdicción por prodigalidad, que se refiere a la mala administración de los bienes recibidos por herencia (*bona paterna avitaque*), afectados a la vida económica familiar⁴

Es necesario considerar también la dimensión participativa de los miembros del grupo familiar en el ámbito económico. La esposa bajo potestad (*uxor in manu*) aporta en concepto de dote bienes que el marido recibe como jefe del grupo familiar; en la vida doméstica le corresponde la administración ordinaria de la casa y el cuidado de los hijos. Al mantenimiento e incremento del patrimonio familiar concurren con su actividad y adquisiciones tanto el padre como los que se encuentran bajo su potestad. La unidad patrimonial concentrada en la titularidad dominical del paterfamilias no impide que éste pueda proporcionar autonomía económica a sus hijos, especialmente al contraer matrimonio, merced a la concesión en administración de una determinada masa de bienes en concepto de peculio. Del patrimonio familiar se segrega, en cambio, la aportación dotal con ocasión del matrimonio de las hijas, que pierden sus expectativas hereditarias al pasar a integrarse en la familia de su marido; de igual modo, la dote proporciona un incremento del patrimonio familiar cuando se casan los hijos bajo potestad.

Desde esta realidad económica participativa resulta perceptible que la atribución de la herencia y de la condición de herederos a los descendientes no es el resultado de una mera relación de parentesco con el paterfamilias. Todos ellos tienen, de algún modo, una justificación patrimonial para acceder a los bienes hereditarios e interés legítimo en la correcta administración del patrimonio por el padre; la posición igualitaria en la distribución es consecuencia de la relación de solidaridad y del carácter comunitario de la vida económica familiar. Ese criterio igualitario asegura, ciertamente, una participación en la herencia a todos los herederos, pero presenta inconvenientes de distinto signo; así, puede conducir a la necesidad de dividir bienes que resulta preferible mantener en su integridad; de todos modos, el funcionamiento del sistema sucesorio familiar debe considerarse complementado por la función arbitral que corresponde al juez que interviene en la acción divisoria.

La cohesión del grupo familiar se asegura mediante la concentración en el paterfamilias de la patria potestad sobre los hijos y la potestad marital sobre su esposa; el parentesco relevante (*agnación*) es, pues, de carácter civil y se basa en esa vinculación potestativa de carácter vitalicio. En la cultura social del antiguo *ius civile* el grupo familiar se concibe, en efecto, como estable, aunque con posibles modificaciones en su composición. Ello afecta, ante todo, al matrimonio, cuya ruptura es jurídicamente posible, pero hasta el período tardo-republicano el divorcio es una práctica infrecuente. La desvinculación de la patria potestad en vida del paterfamilias sólo puede producirse con la aprobación de éste mediante la emancipación, que implica para el emancipado la desvinculación del grupo familiar y la pérdida de expectativas hereditarias. La variación de componentes del grupo familiar puede también deberse a la adopción y al matrimonio de los hijos e hijas, lo que requiere siempre el consentimiento del padre.

A efectos sucesorios carece de relevancia el parentesco de consanguinidad (*cognación*) y, en otro plano, el tiempo de permanencia bajo la patria potestad; para el *ius civile* son herederos tan sólo quienes en el momento de la muerte del paterfamilias se

⁴ D.27.2.1 pr.; la Ley decemviral confía la curatela del pródigo a los parientes agnados (D.13.27.2), quienes probablemente en época antigua decidirían la interdicción. En el derecho clásico el pródigo debe ser declarado tal por un decreto del pretor (Cic. de sen.7.22) y cesa por otro decreto que constata el retorno ad sanos mores.

encuentran bajo su patria potestad, con inclusión, por tanto, de los descendientes de un hijo premuerto o emancipado sin sus hijos, que heredan la cuota que habría correspondido a su padre (derecho de representación). El sistema tiende, pues, a procurar la permanencia de los hijos bajo la patria potestad hasta la muerte del padre, por lo que la emancipación aparece como algo excepcional. Al poder el emancipado formar un patrimonio propio con sus adquisiciones e incluso con donaciones del padre⁵, la emancipación se presenta como un acto de liberalidad de éste; en condiciones normales, la participación en la herencia es el modo de formación inicial del propio patrimonio para los hijos y, en su caso, la viuda y las hijas que no han contraído matrimonio.

Los descendientes civiles son herederos forzosos⁶ porque la adquisición de esa condición se produce ipso iure. Se convierten en titulares del activo patrimonial, pero asumen también la responsabilidad de hacer frente a las deudas del padre incluso con sus futuras adquisiciones patrimoniales. Tales obligaciones son jurídicamente exigibles, pero, ante todo, se trata de un deber moral para el heredero el satisfacerlas. La fuerza coactiva de ese comportamiento ético explica que durante mucho tiempo no se considerara la posibilidad de eludir la asunción de tales responsabilidades.

La solidaridad exigible a los descendientes tiende a atenuarse en el parentesco colateral agnaticio; al agnado próximo corresponde desempeñar la tutela y la curatela, y la ley decemviral le atribuye la herencia en ausencia de descendientes⁷. Originariamente parece que la adquisición se producía también ipso iure, pero en la época postdecemviral la Jurisprudencia pontifical admitió la posibilidad de transferir la herencia al agnado menos próximo⁸; de esta suerte, los colaterales se convierten en herederos voluntarios; con su aceptación asumen las responsabilidades que forzosamente incumben a los descendientes como sucesores naturales.

A partir de la ordenación del fenómeno sucesorio que suponía el derecho de la ley de las XII Tablas, la Jurisprudencia tardo-republicana dota de significación técnica a la condición de heredero (heres) y a la herencia (hereditas) y concibe la sucesión hereditaria (successio) como subrogación en el conjunto de las relaciones jurídicas de las que hasta el momento de la muerte era titular el causante (successio in locum et in ius defuncti), lo que conduce a considerar al heredero como continuador de la personalidad jurídico-patrimonial del difunto (sucesor iuris). La herencia no se identifica, por tanto, con un resultado necesariamente lucrativo, pues comprende tanto elementos patrimoniales activos como pasivos y no pierde su carácter cuando el activo es inferior al pasivo (hereditas damnosa), e incluso en el caso límite de que sólo contuviera pasivo⁹.

El carácter automático de la sucesión en el grupo de los herederos de propio derecho (heredes sui) hace innecesaria la aceptación y excluye también la posibilidad de renuncia, que en la conciencia social se entendería como ofensiva para la memoria del padre. Las consecuencias gravosas de la responsabilidad patrimonial del heredero ultra vires hereditatis encontraron remedio en el ámbito del derecho pretorio. La solución del beneficio de abstención (beneficium abstinendi)¹⁰ surge como incidente en el procedi-

5 La lex Cincia de donis et muneribus, del año 204 a.C., exceptúa del límite cuantitativo de su prohibición las donaciones hechas a parientes cognados.

6 Sive velint sive nolint heredes sunt (Gai.II.153.157)

7 V.4.5

8 Gai.III. 85 ss.

9 D.50.16.19: "Hereditatis" appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem...

10 Praetor permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent. Cic.ph. II.16.43 menciona el beneficium abstinendi como conocido y el reproche social que merece.

miento de la venta de bienes del deudor concursado (*bonorum venditio*), que se encuentra en vigor a fines del siglo II a.C. El heredero forzoso conserva su condición, pero es liberado de responsabilidad por las deudas hereditarias absteniéndose de realizar actos que impliquen un comportamiento como heredero sobre el patrimonio hereditario¹¹, que es entregado a los acreedores.

Es significativo el carácter privado que presenta la abstención. No requiere ninguna formalidad y su concesión no precisa de un decreto del magistrado¹²; el heredero puede pedir a los acreedores un *tempus ad deliberandum* y retractarse antes de la conclusión del procedimiento de ejecución¹³. Probablemente la medida fue de inspiración jurisprudencial, pero no forma parte de la normatividad que ella crea en el ámbito del derecho sucesorio; después de todo, se trata de un comportamiento considerado socialmente como impropio de un heredero en relación con la memoria del padre; quizá también por ello el magistrado se mantiene oficialmente al margen del acto. Los bienes son vendidos en nombre del padre, con la correspondiente infamia del concursado, y el heredero que se abstiene no deja de merecer la reprobación social. Aunque la práctica del beneficio de abstención tiende a hacerse cada vez más frecuente, no llega a perderse la consideración de esa conducta como censurable; es significativo al respecto que a principios del siglo III d.C. una disposición de la Cancillería imperial tenga que hacer mención expresa de que no puede ser tachado de infame el hijo que solicita lo que en ese momento se califica como derecho de abstención (*ius abstinendi*).

1.2. En el modelo del antiguo *ius civile* la sucesión se resuelve en el ámbito del grupo familiar, y presenta una gran rigidez por el criterio igualitario en que se basa la distribución de la herencia y la necesidad de división del patrimonio familiar. La relevancia del derecho hereditario romano en la tradición jurídica occidental no hubiera tenido verdadera significación de no haber sido por la creación del testamento negocial y la elaboración de la doctrina de la sucesión testamentaria. Por exigencias jurídico-culturales, la Jurisprudencia presenta el testamento como reconocido ya por la ley de las XII Tablas, en cuya época existía el testamento comicial¹⁴, pero, en realidad, lo que crea la Jurisprudencia es algo nuevo.

En cualquier análisis comparativo sobre el desarrollo del derecho por vía jurisprudencial no puede dejar de tomarse en consideración el modo operativo de la antigua Jurisprudencia pontificia romana: desde la literalidad de los preceptos normativos que legitiman la interpretación, una Jurisprudencia abierta a las necesidades de la práctica protagonizó la formación de una nueva cultura jurídica en la ordenación de la sucesión hereditaria por cauces negociales con efectos *mortis causa*. El punto de partida fue la adaptación del negocio mancipatorio con fines hereditarios¹⁵, transformándolo después

11 D.29.2.11

12 A efectos de constancia de la voluntad de abstenerse solía realizarse una declaración privada ante testigos (D.11.17).

13 D.28.8.8

14 V.4.5:si intestato moritur. La extinción de la familia constituía una especial preocupación para los patricios. Según una interpretación que parece probable, el testamento comicial cumplía la finalidad de asegurar la transmisión del *nomen familiae* cuando el *paterfamilias* carecía de un hijo varón. Se trataría, pues, de una adopción testamentaria similar a la arrogación. La tradición jurisprudencial mantuvo la idea cultural de la fundamentación del testamento en la legalidad decemviral; así, D.50.16.130: *lege duodecim tabularum hereditates confirmantur*.

15 La *mancipatio familiae* (Gai. II.103) nace basada en un doble fundamento legal: la *mancipatio* (*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) y el legado (*uti legassit suae rei, ita ius esto*); el nuevo negocio resulta, pues, de la combinación de un acto *inter vivos* con otro *mortis causa*; pero no estamos todavía en presencia del testamento negocial, pues el *familiae emptor* es un adquirente fiduciario, que se compromete a custodiar los bienes del mancipante y a realizar tras su muerte la distribución de los mismos de acuerdo con

en testamento al reconocer eficacia dispositiva post mortem a las declaraciones del mancipante, entre las que ocupa un primer lugar la institución de heredero. Este proceso creativo se encuentra desarrollado ya en el siglo IV a.C., y en él adquiere el testamento romano los caracteres que le son propios¹⁶.

Especial importancia tuvo la admisión de la posibilidad de dotar al testamento mancipatorio de carácter secreto, al reconocer validez a la declaración del testador de que el soporte documental del testamento (*tabulae testamenti*) contenía sus disposiciones post mortem, sin revelar el contenido de las mismas¹⁷; con ello se refuerza la posición preeminente del paterfamilias en el control de la ordenación de la sucesión hereditaria. En efecto, en la sucesión legal los herederos de propio derecho y, en su caso, los colaterales por parentesco agnaticio, tienen unas previsibles expectativas sobre el patrimonio familiar; el carácter abierto del primer testamento mancipatorio permitía aún el conocimiento e incluso el control dentro del grupo familiar del contenido de las disposiciones testamentarias; el testamento secreto proporcionó, en cambio, una posición autónoma al testador como disponente mortis causa. Tal vez por tratarse de una creación propia, la Jurisprudencia apostó decididamente por el testamento como modo de ordenar la sucesión hereditaria en coherencia con la tradicional función que como administrador correspondía al *officium* del paterfamilias. Lo introdujo y difundió con éxito en los usos sociales, convirtiéndose en un resultado no deseable la sucesión intestada¹⁸. La acogida social que recibió el testamento fue debida, sin duda, a su conversión en un acto negocial que permitía adoptar previsiones sobre todos los aspectos relacionados con la sucesión; para tales objetivos, la Jurisprudencia operó desde la interpretación extensiva del precepto de la ley decemviral, que en su contexto inicial permitía realizar actos dispositivos mortis causa sobre las pertenencias propias del causante; a partir de esa legalidad, la Jurisprudencia entiende atribuida al testador una latísima potestas en la ordenación de la sucesión hereditaria, pudiendo, en consecuencia, instituir herederos, disponer legados y manumisiones, designar tutores y, en general, adoptar cuantas medidas considere oportunas¹⁹.

De la potestad reconocida al testador en la elaboración del contenido del testamento se deriva el carácter imperativo de que dota la Jurisprudencia a las diferentes cláusulas testamentarias. En un momento cultural en que los negocios solemnes requerían para su eficacia la observancia de determinadas formas, la Jurisprudencia crea las que deben utilizarse en las disposiciones testamentarias para que resulte eficaz la voluntad del testador; en las formas se basa también la diferenciación entre heredero y legatario. El testamento se convierte, así, en un acto negocial formal y solemne, que requiere asesoramiento técnico para su correcta redacción, lo que facilita el control del derecho testamentario por parte de los juristas y los expertos en la redacción de documentos negociales.

sus instrucciones; la ejecución de la voluntad del causante quedaba confiada a la fides del emptor, por lo que las personas designadas eran adquirentes del emptor antes que sucesores del disponente.

16 De la necesaria presencia del mancipante en el acto se deriva su carácter personalísimo; la presencia formal del familiae emptor, que sigue interviniendo tan sólo *dicis gratia* propter veteris iuris imitationem (Gai.II.103), convierte el acto en revocable; de la no intervención en la mancipatio de la persona indicada como heredero y, por tanto, adquirente mortis causa, el negocio se presenta con el carácter de acto unilateral propio del testamento.

17 Gai II.104 nos informa de que en tal caso el testador, teniendo en sus manos las *tabulae*, declaraba: *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do lego ita testor itaque vos Quirites mihi testimonium perhibetote*.

18 Cic. phil.2.142

19 D.50.16.120: *verbis duodecim tabularum his uti legassit suae rei ita ius esto latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandis, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legatum vel auctotitate iura constituentium*.

En la doctrina del derecho testamentario elaborada por la Jurisprudencia, la institución de heredero constituye la primera y esencial disposición, de la que depende la existencia y eficacia del testamento²⁰. De acuerdo con el régimen de la sucesión legal, se mantiene el reconocimiento de la posición especial de los herederos de propio derecho, que siguen adquiriendo la herencia ipso iure como herederos necesarios, pero su institución depende ahora de la potestad del paterfamilias, que puede privarles de su condición natural de herederos mediante la desheredación, sin perjuicio de que patrimonialmente sean beneficiados como legatarios.

La relevancia otorgada al heredero, que se contempla desde la perspectiva de los deberes y responsabilidades que asume, permite al testador elegir a la persona que considere más idónea, y ello tanto dentro del grupo familiar agnaticio como entre los parientes por cognación o incluso entre personas ajenas al grupo familiar. Con ello se amplía la categoría de los herederos voluntarios, para los que se crea el concepto de adición de la herencia (aditio hereditatis), que alude a la asunción voluntaria de la condición de heredero y sus correspondientes responsabilidades. La resolución del problema del quebranto patrimonial que puede suponer para un heredero forzoso una hereditas damnosa se resuelve también por la Jurisprudencia vinculando la liberación de aquél a la potestad del paterfamilias, convirtiéndolo en heredero voluntario²¹ o desheredándolo²²; ambas medidas dependen de las previsiones del testador; la decisión unilateral del heredero forzoso sólo es posible haciendo uso del beneficio de abstención con los consiguientes costes de desaprobación social.

Más que a la antigua familia romana, el derecho testamentario elaborado por la Jurisprudencia republicana tiene como referente a las grandes familias de la nobilitas, cuyo sistema de valores resulta perceptible en la propia concepción de la figura del heredero y el comportamiento que de él espera el testador; como sucesor iuris, su condición se presenta como esencialmente distinta del legatario, que es un mero adquirente de bienes. Ese distanciamiento intelectual en relación con los aspectos económico-adquisitivos de la sucesión hereditaria, la apelación al respeto debido a la memoria del causante en cuanto al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la herencia y, por tanto, la valoración negativa del beneficio de abstención, son sólo algunas manifestaciones de una cultura aristocrática que los juristas compartían y que reflejan sus construcciones conceptuales.

2. LIBERTAD TESTAMENTARIA Y DERECHO A LA HERENCIA POR RAZON DE PARENTESCO.

2.1. La Jurisprudencia republicana apuesta decididamente, no sólo por el testamento, sino también por la libertad de disposición testamentaria; el testador tiene plenas facultades en cuanto a la distribución de su patrimonio, pudiendo crear incluso obligaciones a favor de terceros y con cargo a los herederos, y supeditar los efectos de las disposiciones patrimoniales al cumplimiento de determinadas finalidades mediante cláusulas condicionales y otros expedientes. Ello puede generar desajustes patrimoniales entre herederos y

20 Caput et fundamentum totius testamenti (Gai.II.229-248; D.28.6.1.3). En relación con los legados dice Gayo (II.229) que vim ex institutione heredis accipiunt, por lo que non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet (D.26.4.3).

21 Mediante la cláusula si volet (D.28.5.87)

22 En tal caso se instituye heredero cum libertate a un esclavo propio, a quien se configura como heredero forzoso (Gai.II.155); el derecho pretorio concede al liberto la separatio bonorum, que limita su responsabilidad por deudas hereditarias a los bienes que le dejó el patrono (Gai.II.15).

legatarios, y el ánimo de liberalidad con terceros resultar gravemente lesivo para el haber hereditario. Aunque sea difícilmente imaginable pensar que un testador pudiera vaciar la herencia de todo contenido patrimonial, dejando al heredero tan sólo la condición jurídica de tal²³, no cabe duda de que ello resultaba posible conforme a la legalidad testamentaria.

Las disposiciones legislativas que en el período tardo-republicano limitan las liberalidades tratan de preservar, desde luego, el patrimonio familiar y hereditario frente a actos de disposición desproporcionados, pero obedecen también a motivaciones políticas del momento, relacionadas con la cultura clientelar practicada por la nobilitas. La expresión de esa política limitadora de las liberalidades se encuentra ya en la *lex Cincia* del año 204 a.C. y en las posteriores leyes *Furia*²⁴ y *Voconia*²⁵. Es significativo, sin embargo, que la interpretación jurisprudencial contribuyera a minimizar la efectividad de esos plebiscitos. La prohibición de la *lex Cincia* fue contrarrestada por la doctrina de la *donatio perfecta* y el carácter meramente defensivo de los recursos procesales introducidos por el derecho pretorio exclusivamente a favor del donante, quien podía, por tanto, controlar la efectividad de la donación; por lo que se refiere a las leyes *Furia* y *Voconia*, es probable que a su ineficacia hubiese contribuido el asesoramiento técnico de los expertos en la redacción de testamentos y la colaboración de la interpretación jurisprudencial, favorable al respeto a la voluntad del testador.

Desde un punto de vista práctico, la libertad testamentaria encontró un mayor problema en el desinterés por la herencia del heredero instituido cuando la cuantía de los legados era excesiva. El problema se agravó desde que fue reconocido el beneficio de abstención al heredero forzoso. Los perjudicados venían a resultar, en definitiva, los legatarios a quienes el testador había querido beneficiar. Con la reserva de una cuarta parte neta de la herencia para el heredero, establecida por la *lex Falcidia*²⁶ del año 40 a.C., se trata de asegurarle un resultado adquisitivo mínimo, de manera que no se desinterese de la herencia y puedan salvarse los legados, aunque tengan que verse reducidos en su cuantía. Surge, así, una responsabilidad limitada del heredero en cuanto a los legados, pues si no hay patrimonio neto a causa de las deudas del causante caen los legados.

La Jurisprudencia adopta con la *lex Falcidia* una actitud rigurosa, en consonancia con el criterio del favor testamenti. Deduce, así, de los términos legales²⁷ que son nulos ipso iure los legados que exceden de la reserva patrimonial del heredero²⁸; el derecho pretorio, por su parte, da plena efectividad a la disposición legal reprimiendo los negocios jurídicos realizados en fraude de la misma²⁹; la Jurisprudencia de comienzos

23 Gai II.224: *sed olim licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare necquicquam heredis relinquere praeterquam inane nomen heredis*. Se trata, probablemente, de una afirmación puramente retórica para introducir la exposición sobre las leyes limitadoras de los legados.

24 De fecha desconocida, prohibió los legados y donaciones mortis causa en cuantía superior a mil ases, salvo que los destinatarios fuesen cognados hasta el sexto grado (Gai II.225; IV.23.109; FV. 301; Cic. verr.II.1°.42.109).

25 Rogada en el año 169 a.C., en su segunda disposición, referida a los legados y donaciones mortis causa, prohibía que el destinatario del acto de liberalidad obtuviese más de lo que conseguía el heredero (Cic. de rep. III.10.1.7).

26 Gai II. 226. La motivación inmediata de este plebiscito fue el establecimiento de un impuesto sobre los legados (D. Cas., XLVIII.33.5 y App, bell.civ.V.8.67).

27 La *lex Falcidia* concede acción al legatario *ne minus quam quartam hereditatis ex testamento heredes capiant* (D.35.2.1 pr.).

28 D.35.2.73.5; 43.3.1.5.

29 D.35.2.15.1: se deniega la acción nacida de la estipulación en la que el heredero ha prometido no deducir la cuarta y satisfacer una pena en caso de incumplimiento; D.35.2.27: se considera *fraudis causa* la condición añadida a la *heredis institutio*, por la que el heredero debe contentarse con una cierta suma de dinero *legis Falcidiae beneficio omisso*.

del Principado otorga al régimen de la cuarta Falcidia la consideración de *ius publicum*³⁰, pero la evolución del derecho hereditario comenzaba por entonces ya a discurrir en una nueva dirección.

En efecto, desde mediados del siglo I a.C. se produce en la cultura jurídica un cambio sustantivo en relación con el valor otorgado en la tradición republicana a las formas negociales. Al situarse en un primer plano el contenido de las declaraciones de voluntad se inicia una corriente interpretativa, apoyada por disposiciones normativas, que convierten en criterio directivo el respeto a la voluntad del causante, por lo que se trata de salvar siempre que sea posible la eficacia del testamento, removiendo los obstáculos formales que anteriormente se oponían a ello. Especial importancia reviste el reconocimiento a mediados del siglo II d.C. del soporte documental (*tabulae testamenti*) del negocio mancipatorio oral como modalidad de testamento escrito, aunque ese negocio no se hubiere celebrado³¹.

Se mantiene el principio tradicional, que conservará también el derecho *justinianeo*, de que el testamento requiere que contenga la institución de heredero, y que carece de eficacia si ésta decae, pero desde fines del siglo I a.C. se inicia una tendencia jurisprudencial, continuada por la legislación del Principado, que prescinde del requisito de que la institución de heredero tenga que estar situada al principio del testamento y que deba hacerse de modo imperativo y con arreglo a determinadas formas solemnes. Llega a admitirse incluso que la designación de heredero pueda resultar deducible de los términos y contenido del testamento, por lo que se convierte en un problema de interpretación de la voluntad testamentaria la diferenciación entre heredero y legatario.

El criterio directivo de respeto a la voluntad del testador y la salvaguarda de las atribuciones lucrativas conduce a eliminar en los legados el riesgo de que puedan resultar ineficaces por defectos de forma³², según las exigencias del antiguo derecho testamentario; pero los legatarios resultaron especialmente beneficiados con la sanción legal, ya en el siglo III d. C. del criterio de la validez general de las disposiciones testamentarias aunque la institución de heredero resulte ineficaz y, en consecuencia, deba abrirse la sucesión intestada; se trata de un resultado normativo que culmina una tendencia anterior del derecho pretorio y de la legislación, que progresivamente introducen una serie de excepciones al antiguo principio del derecho testamentario que hacía depender de la institución de heredero la eficacia de las demás cláusulas. Una mayor funcionalidad para el testamento resulta también de la admisión de la validez de las disposiciones a favor de personas inciertas y el reconocimiento de la capacidad de recibir de las entidades de derecho público³³. La protección a los legatarios como adquirentes *mortis causa* desvanece la

30, 31 En virtud de un rescripto de Antonino Pío (Gai.II.120); un primer paso había sido dado por el derecho pretorio a fines del siglo I a.C. con la concesión de la *bonorum possessio secundum tabulas* al *heres scriptus* sobre la base de la apariencia de titularidad hereditaria mostrada en las *tabulae testamenti*, en tanto no se resolviera la cuestión declarativa sobre la validez civil del testamento mancipatorio oral; de este conserva el testamento escrito la exigencia de siete testigos.

32 En la práctica testamentaria se había ideado la combinación de diferentes formas para la atribución de un legado, especialmente la *damnatoria*, por su mayor amplitud; el *senadoconsulto Neroniano*, completado por la interpretación jurisprudencial, estableció la conversión de cualquier legado nulo por defectos de forma, según el *ius civile*, en el que resultara más idóneo para producir los efectos deseados por el testador, concediéndose por el pretor la acción correspondiente con ficción (*fictio verborum*) como si hubiese sido empleada la forma debida (Gai.II.197 ss.). El uso de las diferentes formas se mantiene durante toda la época clásica, pero la eficacia del legado no está vinculada a ellas; Constantino (C.6.37.21; a 339) suprime la necesidad de formas en los legados y, en general, en las disposiciones testamentarias (C. 6.23.15; a.320).

33 *Lex Iunia Vellea*, del año 26 o 28 d.C.; D.28.2.29.12 ss.; algunas medidas legislativas fueron abriendo paso a la admisión de la capacidad de recibir por parte de las *civitates* (D.36.1) y Juliano explica cómo se puede ejecutar (D.36.1.28 pr.). El reconocimiento de estas entidades como beneficiarias en los testamentos recibirá un fuerte impulso legislativo desde el siglo IV.

posición relevante que la institución de heredero tenía en el antiguo derecho testamentario y la justificación de la reserva patrimonial que a su favor había establecido la *lex Falcidia*; aunque permanezca esa reserva por la fuerza de la tradición, resulta cuestionada su compatibilidad con el respeto a la voluntad testamentaria³⁴.

La primacía otorgada a la voluntad del causante desborda al testamento como acto negocial para la ordenación de la sucesión hereditaria tal como había sido construido por la antigua *Jurisprudencia republicana*. Un factor determinante para ello fue el reconocimiento de tutela procesal a los fideicomisos desde comienzos del Principado; meced a ello adquieren eficacia, en todo caso, los codicilos e incluso el conjunto de las disposiciones testamentarias, mediante la introducción en la práctica de las cláusulas codicilar y fideicomisaria como mecanismos de conversión negocial conducentes a salvar la eficacia de las declaraciones de voluntad del causante.

La admisión generalizada de los fideicomisos da lugar, en realidad, a un sistema hereditario paralelo al testamentario, y de mayor amplitud que éste, al no estar sometido al régimen legal ordinario en cuanto a las formas y requisitos de las disposiciones testamentarias; el carácter paralelo del sistema se manifiesta en la posibilidad de que el fideicomiso tenga por objeto la herencia entera³⁵, y supera al testamento al ser reconocida eficacia a la vinculación de bienes concretos o de un conjunto patrimonial a sucesivas generaciones dentro del grupo familiar.

2.2. La transformación que experimenta el derecho testamentario en el período del Principado amplía la libertad de disposición *mortis causa* al liberarse jurídicamente del marco formal en que tenía que ser anteriormente expresada. El derecho testamentario se adecúa, así, a la libertad de formas que prevalece en el conjunto del derecho privado, que la *Jurisprudencia* y la legislación adaptan a las nuevas condiciones presentes en la realidad social.

En efecto, desde el período tardo-republicano el comercio experimenta un extraordinario desarrollo, y genera actividades altamente lucrativas; se producen desplazamientos de población del campo a las ciudades y surgen nuevas profesiones en el ámbito de los servicios, que proporcionan base económica a amplios sectores de la población. Con todo ello se debilita la estructura clientelar y³⁶ oligárquica de la antigua sociedad republicana, que es sustituida por otra más abierta y de mayor amplitud cuantitativa, en la que se apoya el nuevo régimen político del Principado.

La modificación de la estructura de la sociedad y la mercantilización de la vida económica introduce también un distinto sistema de valores (36). Las bases culturales que fundamentaban el modelo de sucesión legal del antiguo *ius civile* y el derecho tes-

34 En el derecho de Occidente tiende a reconvertirse como reserva de los herederos legitimarios; en efecto, aunque los presupuestos de la cuarta *Falcidia* y la cuarta de los legitimarios son distintos, tenían en común el régimen de su cálculo, por lo que los juristas invocan a veces el sistema de la *Falcidia* en relación con el testamento inoficioso (D.5.2.8.11); en la legislación postclásica se llama a la legítima simplemente *Falcidia* (CTh. 16.8.26). En el derecho justinianeo hay dos aplicaciones de la *Falcidia*: una supone reducción a favor de los legitimarios y es inderogable; otra es una reserva a favor del heredero, que puede ser excluida por voluntad contraria del testador (Nov.1.2.2) o por disposición legal, como ocurre con las excepciones que se introducen en cuanto a su aplicación a algunos legados, como las *piæ causæ* (Nov.131.2) y los hechos a favor de los pobres y para redención de cautivos (C.1.3.48 pr/2).

35 Las relaciones entre el heredero fiduciario y el fideicomisario fueron reguladas por los senadoconsultos *Trebeliano* (56/57 d.C.) y *Pegasiano* (de la época de *Vespasiano*); este último impone la aceptación forzosa de la herencia al fiduciario, a quien se premia con una cuarta parte si la aceptación es voluntaria; el derecho justinianeo simplificó el complejo régimen derivado de ambos senadoconsultos (I.22.37.2).

36 Las fuentes literarias atestiguan la primacía en que se sitúa la obtención afanosa de riquezas, la ostentación y el dinero como máxima aspiración; *quaerenda pecunia primum est, virtus post nummos*; Hor. *epist.* 1.1.53-54; *epist.* 1.6.37; *sat.* 1.6.100 ss.

tamentario elaborado por la Jurisprudencia del período republicano se ven afectadas por el cambio social, que genera un nuevo modelo de relaciones familiares, en el que no opera ya el arquetipo del padre con esposa e hijos como titular del patrimonio familiar y, por tanto, causante único de una herencia.

Un hecho de gran relevancia en el cambio social que se opera desde el período tardo-republicano es la emancipación de la mujer respecto a la posición que ocupaba en la antigua concepción de la familia. Su presencia es cada vez más frecuente en la actividad económica, tanto en sectores relacionados con el comercio como con profesiones específicas; el cuidado de la casa y la educación de los hijos tiende a encomendarse a esclavos y libertos; se produce una caída de la natalidad, especialmente en los sectores acomodados; el divorcio se convierte en una práctica frecuente y descende la opción por las uniones matrimoniales conformes a la legalidad (*iustum matrimonium*), difundiéndose otras modalidades de relaciones convivenciales estables.

La ruptura de la concentración potestativa en la antigua figura del paterfamilias se opera con la desaparición de la potestad marital (*manus*), de lo que resulta un nuevo modelo de relaciones patrimoniales en el matrimonio. La concepción unitaria del patrimonio familiar es sustituida por la diferenciación de los bienes de cada cónyuge³⁷. Ambos se convierten, así, en posibles causantes de una herencia, pero quedan fuera de la sucesión legal del *ius civile* al no existir entre ambos parentesco civil agnaticio. La relación derivada de la alianza matrimonial se califica como afinidad (*affinitas*), y del parentesco natural de consanguinidad (*cognación*) entre la madre y sus hijos no se derivan consecuencias en el orden sucesorio legal.

La conversión de los hijos en beneficiarios de la herencia paterna, con exclusión de la mujer, motivó la creación jurisprudencial del legado universal de usufructo a favor de la viuda, que persigue proporcionar a ésta la conservación de la posición que tenía en el grupo familiar en vida de su marido, sin perjuicio de la atribución de la condición de herederos a los hijos³⁸. Por otra parte, el carácter inestable que social y jurídicamente presenta el matrimonio condujo también a la Jurisprudencia tardo-republicana a la introducción de una efectiva protección procesal de la restitución de la dote, tanto en caso de divorcio³⁹ como en el de muerte del marido, sustrayendo así los bienes dotales al caudal hereditario⁴⁰.

Aunque la patria potestad conserva en el período tardo-republicano el régimen tradicional, no deja de verse afectada por los cambios sociales. La mercantilización de la vida económica incrementa la presencia de los hijos bajo potestad como agentes negociales de su padre; una clara constatación de ello puede obtenerse del análisis de las relaciones básicas de las acciones procesales creadas por el derecho pretorio para trasladar al padre en ciertos casos la responsabilidad por obligaciones contraídas por hijos bajo

37 Para preservar la integridad de los respectivos patrimonios se introduce el principio de nulidad de las donaciones entre cónyuges, que la *lex Cincia* todavía permitía (D.16.1.2 pr.); una disposición legislativa del año 206 d.C. (D.24.1.32.2) estableció, con carácter general, que si el donante no manifestó en vida la voluntad de revocar la donación, ésta se convalida al momento de su muerte, por lo que los herederos no podrán actuar contra el donatario. El marido puede recibir en administración los bienes de la mujer, si ésta así lo decide, pero responde en tal caso como cualquier administrador de un patrimonio ajeno.

38 Cic. pro Caec. 4.11; 7.19; top. 3.17; 4.21.- A pesar del régimen de separación de bienes, las fuentes literarias y epigráficas atestiguan el mantenimiento en amplios sectores de la población del modelo convivencial de la familia romana tradicional, constituido por la comunicación de bienes en la vida matrimonial y la participación conjunta en la gestión de los asuntos familiares, en los que el marido continúa manteniendo una posición preponderante.

39 El régimen de la *actio rei uxoriae*, introducido por influencia jurisprudencial a fines del siglo II a.C., contiene, sin embargo, un sistema de deducciones a favor del marido por diversos conceptos, que pueden conducir a una minoración de la cuantía de la restitución.

40 Cuando el marido deja un legado a su mujer, tiene ésta que elegir entre el legado o la dote, en virtud del edicto de *alterutro*.

potestad⁴¹. Las posibilidades que las nuevas condiciones económicas ofrecen para poder formar un patrimonio propio parecen haber propiciado en los hijos bajo potestad una tendencia a la emancipación; ésta sigue dependiendo de la voluntad del padre, pero deja de ser un hecho infrecuente. Junto a la mujer casada, también los hijos emancipados se convierten en posibles causantes de una herencia, pero quedan excluidos de la del padre por la ruptura del parentesco civil agnaticio que implica la emancipación⁴².

Un régimen patrimonial privilegiado se otorga a comienzos del Principado a las adquisiciones de los hijos bajo potestad obtenidas en el ejercicio de la profesión militar (*peculio castrense*); tales adquisiciones son consideradas patrimonio propio del hijo, con facultades de disposición tanto *inter vivos* como *mortis causa*⁴³; ello supone una ruptura con el carácter participativo que caracterizaba la vida económica en el antiguo modelo familiar⁴⁴, que había generado el sistema sucesorio del *ius civile*.

El parentesco de consanguinidad comienza a ser relevante a efectos sucesorios en el siglo I a.C. en ausencia de parientes civiles, pero es en el siglo I d.C. cuando el derecho pretorio establece una nueva ordenación legal de la sucesión, integrando en ella tanto a los parientes civiles por agnación como a los naturales por consanguinidad; aunque se mantiene todavía la preferencia de los primeros en los llamamientos, se produce, en cambio, una plena equiparación entre los descendientes que han permanecido bajo la patria potestad y los emancipados⁴⁵.

La promoción del parentesco cognaticio responde a la política de fomento de las uniones matrimoniales y de la natalidad iniciada por Augusto y mantenida en el desarrollo posterior del derecho hereditario. La relación matrimonial entra de nuevo en consideración como llamamiento recíproco en la herencia del cónyuge viudo, aunque sea en último lugar; la consanguinidad permite que opere el derecho sucesorio entre la madre y sus hijos⁴⁶, y, sobre todo, conduce a fines del siglo II d.C., a la colocación de los hijos en posición preferente en relación con la herencia de la madre⁴⁷. El derecho testamentario

41 D.14.1 (exercitoria); 3 (institoria); 15.1 (de *peculio*); 2 (*annalis*); 3 (de *in rem verso*); 4 (*quod iussu*).

42 Como *parens manumisor*, el derecho pretorio concede al padre un derecho patrimonial (*debita pars*) a la herencia del hijo emancipado, tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria, de la mitad de los bienes, salvo que existan hijos consanguíneos (D.37.12; Gai.III.41)

43 D.14.6.2; sólo si el hijo muere sin testamento pasa el *peculio* al patrimonio del padre (D.49.17.2)

44 Ese carácter participativo parece haber experimentado una cierta crisis cultural en el período de sosiego social y prosperidad económica que proporciona la estabilidad política que genera el Principado; en efecto, según acreditan las fuentes literarias, se difunden en esa época entre la juventud romana la vida ociosa y comportamientos contrarios al deber de reverencia debida a los padres; así, Sen. De ben. 6.3.2.1; Tac. Ann.13.47.3.31; en ese ambiente social se adopta la medida drástica del senadoconsulto Macedoniano (D.38.17.1 ss.) contra los prestamistas que conceden créditos a hijos bajo potestad, ofreciendo éstos como garantía de cobro sus expectativas hereditarias.

45 La equiparación de los hijos emancipados con los herederos *sui* se efectúa desde la ficción de que no han perdido esa condición por efecto de la emancipación; la colación de bienes que se impone al emancipado es consecuente con la reintegración del mismo al grupo familiar y con el cumplimiento del carácter participativo de las adquisiciones patrimoniales; la colación de bienes (D.37.6. 1 pr.) se efectúa mediante la prestación de la cautio de *conferendis bonis* (D.37.6.5.1); la hija casada, por su parte, debe colacionar la dote profecticia (D.37,7,1); el *peculio castrense*, en cambio, no es colacionable (D.17.2.52.8).

46 El derecho pretorio otorga a la madre un primer reconocimiento sucesorio en el tercer llamamiento, quedando, postergada frente a todos los parientes colaterales agnados de su hijo; esa posición fue mejorada en la época de Adriano por el senadoconsulto Tertuliano, situándola en el orden sucesorio después de los hermanos agnados del difunto; esta mejora se atribuye, sin embargo, como premio a la natalidad (*ius liberorum*), por lo que carece de alcance general.

47 Senadoconsulto Orficiano, del año 178 d.C.; al tratarse de un reconocimiento de la cognación a efectos sucesorios, pueden concurrir a la herencia de la madre los hijos nacidos de diferentes matrimonios, así como también los dados en adopción a otra familia.

facilita a ésta que pueda dirigir la herencia a sus hijos bajo potestad, evitando la acumulación de la misma en el patrimonio paterno; ello puede conseguirse mediante el fideicomiso de restitución, en virtud del cual se impone al cónyuge la obligación de restituir a su muerte los bienes al hijo⁴⁸; un medio más efectivo, utilizado frecuentemente cuando había habido una ruptura matrimonial previa, es el empleo de la condicio emancipationis, mediante la cual se pretende conseguir la finalidad de que los bienes lleguen directamente al hijo libre de la patria potestad; el padre se encuentra, así, ante el dilema de emancipar o no al hijo, pero en cualquier caso no llegará a él la herencia.

2.3. La relevancia otorgada a la libertad testamentaria se evidencia en la protección tan sólo formal de los miembros del grupo familiar a los que el *ius civile* reconoce la condición de herederos de propio derecho; ello requiere que no sean preteridos⁴⁹, pero la legalidad se cumple por el testador con su mención instituyéndolos herederos o desheredándolos. Tanto la Jurisprudencia como la legislación tienden a atenuar los efectos de la preterición sobre el testamento, reduciendo la nulidad del mismo a la omisión de un hijo varón⁵⁰, mientras que en los demás supuestos procede únicamente rectificar el testamento para dar entrada en su cuota al preterido⁵¹. Cumplidas las exigencias formales, en la cultura del derecho testamentario con que opera la antigua Jurisprudencia republicana no se plantea la posibilidad de cuestionar el contenido de las disposiciones del testador.

La libertad de disposición testamentaria con que opera la Jurisprudencia republicana debe entenderse, sin embargo, desde el sistema de valores de la ética social de ese momento, que los juristas toman como referente. El testamento se configura como un acto negocial *mortis causa* dentro del *officium* que como administrador corresponde al arquetipo de *paterfamilias*. Dada la importancia que reviste la institución de heredero como sucesor del causante, su designación exterioriza una especial afección o confianza por parte del testador, de modo que lo esperable es que aquélla recaiga entre los descendientes que han permanecido bajo la patria potestad, y a falta de éstos entre personas vinculadas al testador por parentesco.

En el marco de las facultades de administración que corresponden al *paterfamilias*, la libertad testamentaria permite evitar el indiscriminado automatismo de la sucesión legal, con la potestad de elegir a quién o quiénes el testador considere oportuno designar herederos, y a los que estime que deben recibir atribuciones patrimoniales como legatarios, liberándoles con ello incluso de las responsabilidades que tiene que asumir el heredero. La desheredación aparece en tal caso como *bona mente facta*, y resulta conforme con el *officium pietatis*, es decir, el deber de asistencia al que está moralmente obligado el padre o la madre con sus hijos y ascendientes. El testador puede, ciertamente, alterar el orden sucesorio natural en la designación de herederos, e incluso preferir a una persona ajena al grupo familiar, pero al hacerlo deja socialmente en evidencia a quienes están con él vinculados por razón de parentesco.

La impugnación del testamento por inoficiosidad aparece como un instrumento de control social de la observancia de los deberes éticos derivados del *officium pietatis* en la cultura cívica del período republicano tras la difusión del testamento y el principio de

48 D.36.1.23 pr.; la interpretación jurisprudencial favorece la anticipación del cumplimiento de esa obligación en caso de emancipación, que se equipara a tales efectos a la muerte del padre (D.36.6.8).

49 Gai.II.127

50 Se dice que en tal caso el testador *nihil agit*, y que con base en ese testamento *nihil deberi neque peti posse* (Gai.II.131.2).

51 El mismo régimen de protección contra la preterición de los emancipados sigue el derecho pretorio (D.37.4).

libertad testamentaria⁵². Los primeros casos de los que tenemos información por fuentes literarias⁵³ sitúan los hechos a mediados del siglo I a.C. y son muy significativos. Uno se refiere a la rescisión del testamento de un padre natural por parte de un hijo dado en adopción, y otro a la impugnación promovida por un hijo contra el testamento de su madre, que había instituido heredero a una persona a ella vinculada por razones de amistad.

Se trata, pues, de personas que en ese momento histórico se encuentran fuera del orden sucesorio legal basado en el parentesco civil agnaticio; la fundamentación de la impugnación del testamento se encuentra en la infracción por parte del testador de los deberes de afección y solidaridad derivados de los lazos de sangre, lo que confiere al *officium pietatis* carácter recíproco, aplicable tanto a los descendientes como a éstos en relación con los ascendientes⁵⁴; se trata, en realidad, de la reformulación filosófico-intelectual en el período tardo-republicano de la antigua concepción ético-religiosa de la familia romana^{55, 56}.

Lo que se impugna es la institución de heredero, y se alegan para ello los mayores méritos del excluido en relación con el instituido, no sólo por proximidad de parentesco, sino también por el comportamiento tenido en vida con el testador. La controversia se presenta como un juicio a la voluntad del testador, cuya conducta como tal se cuestiona según la medida de la ética social que inspira el *officium pietatis*. El órgano judicial tiene que valorar si debe o no mantenerse la institución de heredero; en caso de que prospere la impugnación, el excluido ocupará la posición del que figura instituido en el testamento (*heres scriptus*) o compartirá la cuota que le fue asignada, si el órgano judicial entiende que no procede su exclusión, pero tampoco la del demandante excluido.

Tanto el principio del favor testamenti con el que operaba el derecho hereditario del período republicano como el de respeto a la voluntad del causante, que constituye el criterio directriz en la época del Principado, no contribuyen a dispensar un tratamiento favorable a la impugnación del testamento por inoficiosidad. La pérdida del proceso se sanciona, en efecto, con la indignidad para suceder⁵⁷; este grave riesgo procesal,

52 Es posible que las controversias sobre la consideración de un testamento como inoficioso hubieran podido originarse como incidente en la *hereditatis petitio*, pero lo cierto es que el procedimiento aparece como distinto e independiente de esa acción procesal. La legitimación activa es diferente en uno y otro caso, y tampoco coincide en el período republicano la fundamentación de la reclamación por testamento inoficioso con la posición hereditaria en la sucesión legítima. El juicio por inoficiosidad se tramita ante el tribunal de los centumviros, competente en cuestiones hereditarias; el origen de este tribunal se sitúa en la segunda mitad del siglo III a. C., época en la que la libertad testamentaria se encuentra ya consolidada; en el período del Principado mantiene inicialmente sus competencias el tribunal de los centumviros, pero progresivamente es sustituido por la nueva jurisdicción de la *cognitio extra ordinem*, después de una primera fase de concurrencia con el antiguo tribunal republicano.

53 Val. Max. 7.7.2 y 5.

54 D.5.2.15

55 Cic. de off. 1.17.53-54

56 Se acude, por ello, a la ficción retórica de que el testador no estaba en su sano juicio cuando otorgó el testamento (D. 5.2.2; 5.2.13).

57 Este nuevo concepto se introduce en el derecho hereditario de la época del Principado, y se perfila en torno a diversas actuaciones del beneficiario de una herencia, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, que denotan un comportamiento reprochable respecto al causante, y que quedan al descubierto después de su fallecimiento; así ocurre, en efecto, cuando de una sentencia criminal resulta la condena del beneficiario de una herencia por haber dado muerte al causante; también en caso de aceptación de una herencia sin promover un proceso criminal cuando el causante murió de forma violenta; se tipifican asimismo como causas de indignidad, entre otras, la realización de actos contra la voluntad testamentaria como, por ejemplo, la condena por falsificación, alteración o destrucción del testamento; el empleo de amenazas o violencia contra el testador para obligarle a hacer testamento o impedir su modificación, igualmente, el abandono de los padres y la acusación calumniosa de un delito hecha contra el testador. La indignidad es una sanción, que conlleva la prohibición de la posibilidad de adquirir o la retirada de lo ya adquirido.

que lleva aparejadas consecuencias patrimoniales y repercusiones en la valoración social para el demandante, se introduce como medida disuasoria del planteamiento del recurso de impugnación del testamento por inoficiosidad (querella inofficiosi testamenti); el riesgo de pérdida del proceso se acrecienta debido a que la valoración de la conducta y méritos del demandante respecto al heredero instituido en relación con el testador se sitúa en un plano ético positivo, por lo que la desheredación o la no institución de heredero tiene que resultar verdaderamente injustificada y lesiva de la consideración afectiva que presuntamente el testador debía tener con el excluido.

Es preciso tener en cuenta, además, que la exhereditio bona mente se considera conforme al officium pietatis, por lo que la demanda por inoficiosidad del testamento no prosperaría si el testador benefició patrimonialmente de algún modo al excluido como heredero con un legado, un fideicomiso e incluso con donaciones en vida del causante. Originariamente el órgano judicial tiene facultades para apreciar discrecionalmente la suficiencia de la cuantía patrimonial según las circunstancias que concurren en la situación sometida a enjuiciamiento⁵⁸. En el siglo I d.C. aparece, sin embargo, fijada en la práctica judicial como cuota de suficiencia patrimonial la cuarta parte de lo que correspondería en la sucesión intestada al que pretende impugnar el testamento por inoficioso⁵⁹: esa medida cuantitativa se establece por referencia a la cuarta Falcidia, de la que también se toman los criterios para su cálculo en relación con el activo hereditario neto⁶⁰.

Esa cuota no nace como reconocimiento de un derecho patrimonial a la herencia por razón de parentesco; se trata de un criterio procesal que se formula como excluyente en la admisión de la demanda de impugnación del testamento por inoficiosidad⁶¹, dentro de la política del derecho desfavorable al ejercicio abusivo de este recurso; en esa misma dirección se encuentra la restricción de la legitimación activa a descendientes y ascendientes por consanguinidad; sólo en ciertos casos se admite como activamente legitimados a los hermanos y se excluye más allá de esa relación de parentesco⁶². Por lo demás, la demanda de impugnación del testamento por inoficiosidad presupone un testamento iure perfectum, por lo que no procede cuando el demandante puede obtener de otro modo su pretensión⁶³, y está sometida a un plazo quinquenal de prescripción⁶⁴.

En contra de las previsiones originarias, la cuantificación de la cuota de suficiencia patrimonial a favor de determinadas personas por su situación en la ordenación legal de la sucesión intestada condujo, ante todo, a un incremento de la litigiosidad, de la que se hacen eco las fuentes jurídicas posteriores, que acreditan la frecuencia de las controversias por esa causa⁶⁵; la inoficiosidad se convierte, así, en una materia de la que se ocupa la literatura jurisprudencial. Por otra parte, aunque la impugnación del testamento sigue planteándose contra la institución de heredero, la discrepancia con la voluntad testamentaria puede fundamentarse, no sólo en una desheredación o no institución que el demandante considera injustificada, sino también en la insuficiencia patrimonial de lo que se le había asignado.

58 A finales del siglo I a.C. regía aún ese criterio; Sen. contr.9.5.15

59 Plinio, epist., 5.1.9-10

60 D.5.2.8.9 y 11.

61 D.5.2.8.8

62 D.5.2.1

63 Solicitando la bonorum possessio contra tabulas (D.5.2.23 pr.); la querella inofficiosi testamenti se califica, por ello, como ultimum adiutorium (D.37.4.8 pr.).

64 Plinio, epist.5.1.10; D.5.3.7.1.

65 D.5.2.1

En la práctica testamentaria se advierte la preocupación por efectuar las atribuciones patrimoniales pertinentes para evitar la impugnación del testamento por inoficiosidad; por otro lado, en el ámbito judicial adquieren especial relevancia las operaciones de cuantificación del caudal neto de la herencia; de esta suerte, a la reducción de los legados establecida por la ley Falcidia se añade la de las donaciones realizadas en vida por el testador⁶⁶. Con ello, la cuota de suficiencia patrimonial acaba teniendo la consideración de portio debita, convirtiéndose de hecho en una limitación a la libertad de disposición testamentaria, y desde el plano de los beneficiarios por parentesco comienza a percibirse como un derecho patrimonial exigible al causante. De todos modos, sigue conservando el órgano judicial atribuciones para valorar discrecionalmente la pretensión del demandante, a quien incumbe la carga de la prueba, frente al instituido heredero, que debe defender el mantenimiento de la voluntad testamentaria.

2.4. Desde el siglo IV se produce un nuevo cambio cultural que afecta fundamentalmente a la concepción del matrimonio y a las relaciones que de él se derivan. Como corriente de pensamiento, el Cristianismo constituye el elemento preponderante en la transformación normativa que experimenta el derecho romano en el ámbito del Imperio de Oriente, pero influyen también en ello otros componentes culturales procedentes del mundo helenístico. La moral cristiana inspira una legislación que trata de dotar de estabilidad a la unión matrimonial, restringiendo el divorcio⁶⁷ y fortaleciendo el propio compromiso matrimonial de esponsales⁶⁸; esa política legislativa da un tratamiento negativo al concubinato, favoreciendo, en cambio, su legitimación y la de los hijos⁶⁹.

Se mantiene el régimen de diferenciación de los patrimonios de ambos cónyuges y, al menos jurídicamente, la mujer no está sometida a potestad marital. Continuando una tendencia iniciada a comienzos del siglo III, el antiguo deber ético de constituir la dote se convierte en el derecho justiniano en deber jurídico; por influencia de concepciones orientales, diversas constituciones imperiales desde finales del siglo IV imponen al marido la obligación de realizar atribuciones patrimoniales en concepto de donaciones nupciales a la mujer en cuantía equivalente a la dote de ésta⁷⁰. Ambas masas de bienes están afectadas al mantenimiento de la economía familiar, en la que corresponde al marido la función de administrador con las facultades de un usufructuario; carece, por tanto, de poder de disposición sobre los bienes y responde por su mala gestión ante la mujer, en cuyo favor se establece una hipoteca legal sobre el patrimonio del marido para garantizar tanto la restitución de la dote como la de las donaciones nupciales.

Un régimen jurídico semejante es adoptado para las adquisiciones que el hijo bajo potestad recibe de otra procedencia distinta al patrimonio paterno⁷¹; se atribuye al

66 D.31.87.3

67 Justiniano llegó a declarar ilícito el divorcio consensual (Nov. 117.10, año 542), pero esa medida fue derogada por su sucesor Justino II (Nov.140, año 566).

68 La legislación imperial acoge desde finales del siglo IV la institución oriental de las arras esponsalicias, que penaliza el desistimiento del compromiso matrimonial (C.Th. 3.5.11, año 380; C.5.1.5, año 472).

69 La legislación matrimonial de Augusto, en cambio, fue parcialmente derogada por Constantino y suprimida por Justiniano, al resultar incompatible, al menos en parte, con las nuevas ideas cristianas favorables al celibato.

70 Las donaciones nupciales deben hacerse antes del matrimonio. Justiniano (C. 5.3.20 pr.) autoriza su realización incluso después de su celebración (donatio propter nuptias), lo que constituye una excepción a la prohibición de donaciones entre cónyuges.

71 El peculio adventicio (C.6.60.61) es una categoría creada por el derecho justiniano a partir del modelo introducido por Constantino (C.Th. 8.18.9; 10) sobre los bona materna.- Siguiendo también una tendencia iniciada en el siglo IV, el derecho justiniano extiende a determinadas clases de personas que se considera que desempeñan funciones de utilidad pública (C.1.3.49; 6.22.12) la plena titularidad de lo que adquieren con su actividad profesional ad similitudinem peculii castrensium; tales adquisiciones no ingresan, por tanto, en el patrimonio del padre.

padre el usufructo como administrador y al hijo la nuda propiedad; tales bienes se sus-traen, así, del caudal hereditario del padre, pero éste debe autorizar cualquier acto de disposición que el hijo quiera realizar. Por lo que se refiere a los efectos personales de la patria potestad, el padre conserva el derecho a aprobar los esponsales y el matrimonio de sus hijos; la emancipación requiere la concurrencia de la voluntad del padre con la conformidad del hijo, pero en algunos casos el padre puede ser obligado a realizarla por decisión judicial; la emancipación, sin embargo, no altera ya la posición sucesoria del hijo emancipado, que sólo tiene que colacionar los bienes recibidos en concepto de donación del ascendiente a cuya sucesión concurren varios descendientes⁷².

En la ordenación de la sucesión legal el derecho justiniano toma como referencia la establecida por el derecho pretorio en el siglo I d.C., pero en el nuevo sistema se abandona definitivamente el parentesco civil agnaticio y se toma en consideración sólo la consanguinidad⁷³. Dentro de los sucesivos llamamientos opera el criterio igualitario de reparto del conjunto de la herencia sin distinción de sexos; la postergación del cón-yuge viudo⁷⁴ es una consecuencia de la primacía otorgada a la cognación y al régimen de diferenciación de bienes en el matrimonio, de acuerdo con la tradición del derecho hereditario romano anterior. La ordenación legal de la sucesión intestada podía, sin embargo, verse afectada en el plano de la cuantía del caudal hereditario objeto de reparto como consecuencia de las disposiciones del causante realizadas mediante fideicomisos, codicilos o legados de un testamento invalidado como tal por verse afectada la institución de heredero.

Desde el siglo IV prevalece ya la consideración sustantiva de la portio debita. Para salvar la institución de heredero se reconoce al testador la facultad de ordenar que fuese sometida a decisión arbitral la controversia sobre la integración de la cuarta portio cuando pudiera resultar inferior a la que correspondía al beneficiario⁷⁵; en un primer momento el derecho justiniano se mantiene en esa dirección, en la que se sitúa la creación de una acción procesal para completar la portio debita⁷⁶ y las medidas para reintegrar el caudal hereditario reduciendo las donaciones excesivas hechas en vida por el causante⁷⁷. Pero un cambio sustantivo se produce con la regulación dispuesta en la Nov. 115 (año 542), que otorga a ascendientes y descendientes la condición legal de herederos e impone al testador la obligación de instituirlos; con ello adquieren ya en vida una expectativa patrimonial hereditaria, denominada cuota legítima, que debe serles atri-

⁷² Nov. 18

⁷³ La posición sucesoria de los hijos adoptivos había sido regulada en una constitución del año 530 (C. 8.47.10), que otorgaba al adoptado derechos sucesorios tanto en la familia adoptante como en la de procedencia, pero el nuevo derecho de la Nov. 118 parece mantener sólo esta última posibilidad. La cognación se encuentra, sin embargo, condicionada culturalmente por la legitimidad matrimonial; los hijos pueden suceder a la madre natural y a sus parientes maternos, pero no al padre natural; algunas constituciones imperiales reconocen al padre un derecho limitado a dejar por testamento una cuota mínima a hijos nacidos de uniones estables no matrimoniales (Cth. 4.6.; C.5.27); el derecho justiniano los admite, en medida limitada, a la sucesión intestada en ausencia de hijos legítimos y de la esposa, pero al mismo tiempo reconoce derechos hereditarios al padre y madre naturales (C.5.27.8, año 528; Nov.89, 16, año 539).

⁷⁴ En una medida limitada fue reconocida una cuota hereditaria a la viuda sin recursos económicos (Nov. 53.6, año 527; Nov.117.5, año 542); un análogo derecho a favor del marido se establece en la Nov. 53, pero la disposición fue derogada por la Nov. 117.

⁷⁵ CTh. 2.19.4, año 361

⁷⁶ Actio ad implendam legitimam (C.3.28.30, año 528; 32, año 529; 36, año 531)

⁷⁷ A partir del precedente establecido por un rescripto de Alejandro Severo (D.31.87.3), sucesivas constituciones imperiales introducen la posibilidad procesal de impugnación de las donaciones por inoficiosidad (querella inofficiosi donationis; C. 3.29.1; 2.4.6) tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada (C. 3.29.2, a. 256); por analogía se introduce también por Constancio una querella inofficiosi dotis cuando la portio debita se ve afectada por una dote excesiva.

buida en calidad de herederos al menos en una mínima parte, pudiendo ser dejada la cuantía restante a otro título.

La falta de institución hereditaria o la desheredación sin causa justificada⁷⁸ permiten la impugnación del testamento por inoficiosidad, con el resultado de rescindir las instituciones de heredero y la apertura de la sucesión intestada. Por otro lado, la cuantía de la legítima de los descendientes es aumentada a un tercio de la cuota ab intestato, o una mitad cuando concurren más de cuatro hijos, dejando la cuarta parte para los ascendientes; esa misma cuota se atribuye a los hermanos cuando resulten postergados por una persona indigna.

La apreciación de la desheredación como injustificada deja de ser una facultad discrecional del órgano judicial, al establecerse un número tasado de causas de desheredación. El testador está obligado a mencionar expresamente la causa de privación de la legítima imputable al desheredado, quien puede, de todos modos, plantear judicialmente la discusión de la misma promoviendo la cuestión de inoficiosidad del testamento.

Tomando elementos de la cultura jurídica anterior, el derecho justinianeo subvierte en muchos aspectos la tradición del derecho testamentario romano y configura un modelo de herencia forzosa en el que pueden apreciarse no pocas contradicciones. Ante todo, el término heredero necesario, que había nacido en el antiguo *ius civile* en relación con el carácter forzoso de la sucesión legítima de los descendientes, adopta ahora el significado de parientes a los que el testador debe designar necesariamente herederos en virtud de un mandato legal que crea, además, la nueva condición de herederos legitimarios. La antigua sucesión forzosa implicaba la asunción de responsabilidades patrimoniales incluso más allá del activo hereditario, pero ahora los herederos legitimarios pueden renunciar a la herencia, y con la introducción justiniana del beneficio de inventario⁷⁹ el heredero puede aceptar *sine damno*, es decir, con responsabilidad limitada al activo hereditario.

La debita portio se convierte en portio legitima⁸⁰, y se configura como intangible, prohibiéndose el pacto de renuncia a la misma. Deja de ser definitivamente un presupuesto procesal de inadmisibilidad de la demanda de impugnación del testamento y adquiere la naturaleza de *pars hereditatis exigible* al testador⁸¹. La fundamentación cultural de la legítima es el antiguo *officium pietatis*, que pierde el sentido ético que le era propio al convertirse en una obligación legal la atribución de la portio debita y en un derecho patrimonial a la herencia la cuantía de la misma también establecida por la ley.

La imposición al testador de la necesaria institución como herederos de los legitimarios rompe con la tradición de la *exhereditio bona mente facta*, propia de la concepción negocial del testamento como acto de administración *mortis causa* y compatible con el *officium pietatis*. La fijación legal de las justas causas de desheredación y consiguiente privación de la cuota legítima, no sólo altera la discrecionalidad con la que podía apreciar el órgano judicial la conducta del testador, en atención a las circunstancias concretas, sino que traslada la desheredación al ámbito ético de la indignidad para suceder. La lectura del enunciado justinianeo de las causas de desheredación⁸² no deja

78 La *actio ad implendam legitimam* se mantiene para el caso de asignación de una cuota inferior a la debida; las donaciones *propter nuptias* y la dote se imputan a la cuota legítima (C. 3.28.29) e igualmente las donaciones ordinarias (C. 30.2).

79 C.6.30.22, año 531

80 C. 3.28.30 pr.; 31; 32; 34.1; 35.2; 36.1

81 La querrela *inofficiosi testamenti*, por todo ello, pierde autonomía como recurso procesal y se convierte en una de las causas para ejercitar la *hereditatis petitio* (C.3.28.34 pr., a.531).

82 Nov. 115, año 542: el padre sólo puede ser privado de la legítima si ha atentado contra la vida de su hijo o le ha acusado falsamente de un delito punible con la muerte; constituyen también causas de desheredación

lugar a dudas sobre el nivel de degradación ética en la que debe haberse situado el legítimo para correr el riesgo de verse privado de su derecho a la cuota legítima. Resulta extraño, por lo demás, que para calificar tan graves conductas se acuda al amplio concepto de ingratitud hacia el testador, que nada puede hacer ante situaciones de desafección permanente por parte de los legitimarios o frente a comportamientos insolidarios que no encajen dentro de los supuestos legalmente tipificados.

No resultan fácilmente identificables los posibles fundamentos ideológicos del modelo de derecho hereditario justinianeo en lo referente a la forzosa institución como herederos de los legitimarios y a su derecho patrimonial a la herencia. Pudiera haber influido en ello el propósito de fortalecimiento de las relaciones interparentales en torno a un modelo de grupo familiar concebido como cohesionado por vínculos de solidaridad inspirados por la ética cristiana⁸³; en todo caso, el modelo justinianeo responde a un diseño legislativo que opera desde supuestos políticos autoritarios; la legislación justiniana se caracteriza, en efecto, por transformar en deberes legales conductas que en la tradición jurídica romana tenían una fundamentación ética, especialmente relevante en las relaciones familiares y, por derivación de éstas, en el derecho hereditario.

Los escritos jurisprudenciales seleccionados para la composición del derecho sucesorio en el Digesto justinianeo habían experimentado ya alteraciones con anterioridad y fueron también adaptados a su tiempo por los compiladores; pero ni el Digesto ni el Código justinianeo reflejan la totalidad del sistema, puesto que las Novelas cambiaron después en gran medida el derecho anterior. Ello planteó a los juristas del *Ius commune* muchos problemas de interpretación, que se sumaban a los derivados de la complicación que presentaba la difícil armonización de la normatividad jurisprudencial recogida en el Digesto con las disposiciones legislativas contenidas en el Código justinianeo y en las Novelas. Con un gran esfuerzo de creatividad intelectual, los legistas medievales se esforzaron en dar unidad dogmática a los componentes históricamente distintos del derecho hereditario romano-justinianeo; corresponde a la moderna investigación romanística el mérito de haber reintegrado la tradición jurídica romana en los diferentes períodos político-culturales en que se fue desarrollando.

3. EL MODELO ROMANO-JUSTINIANO DE DERECHO HEREDITARIO EN LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA

3.1. En el período medieval se produce un retorno a la idea de que el fenómeno sucesorio se resuelve enteramente dentro del grupo familiar; el testamento romano desaparece en la cultura de los territorios romanizados y es desconocido en la de los

el adulterio con la mujer del descendiente o el haber dado muerte a la madre de éste. Estas conductas son también enunciadas como justificativas de la desheredación de los descendientes, pero la reverencia por éstos debida al padre amplía la enumeración de causas a las injurias graves, cualquier falsa acusación o denuncia grave, y se sancionan también conductas socialmente inconvenientes de los hijos y, si se trata de hijas, el contraer matrimonio contra la voluntad de su padre.

83 Este componente ideológico está presente, desde luego, en el modelo justinianeo de derecho hereditario, que considera principalísima causa de desheredación la no pertenencia a la Iglesia católica oficial, por profesar otras creencias o haberse adherido a corrientes heréticas o disidentes; la exclusión alcanza al conjunto del sistema hereditario, testamentario e intestado, alterándose el orden sucesorio a favor de quienes sean miembros de la Iglesia dentro del grupo familiar. El *ius sanguinis* no resulta, por tanto, suficiente para la participación en los bienes hereditarios si se ha roto o no existe la comunión con la Iglesia (Nov. 115.3.14 y 4-8); esta exclusión se encuentra dentro de una tendencia legislativa anterior, que establece incapacidades por razones religiosas; una constitución de Caracalla del año 213 había incapacitado a los judíos, y las medidas de ese tipo se incrementan en la legislación desde el siglo IV (así, CTh. 16.5.6.7; 65, año 428, y CTh. 16.7.4, año 391).

pueblos germánicos. Los diferentes derechos consuetudinarios desarrollan modalidades muy distintas de sucesión, pero, en general, presentan un gran alejamiento del modelo romano-justiniano de sucesión legal.

En efecto, con frecuencia las hijas están situadas peor que los hijos, particularmente si han recibido una dote; algunos derechos establecen la preferencia por el hijo mayor; en otros se excluye a los ascendientes de la sucesión; existen diferencias de tipo estamental; rigen criterios distintos en la regulación de la sucesión según se trate de bienes muebles o de inmuebles, y es tenida en cuenta la procedencia de los elementos patrimoniales del caudal relicto; por otro lado, el sistema de sucesión especial en determinados bienes vinculados, como feudos y mayorazgos, desplaza a esos ámbitos patrimoniales el derecho hereditario social y políticamente relevante.

La doctrina del *Ius commune*, que operaba desde la legalidad del *Corpus Iuris*, podía tener, por tanto, un alcance muy limitado en el conjunto de los territorios europeos⁸⁴; en muchos casos fue expresamente excluido el *Ius commune* o profundamente modificado por regulaciones territoriales en los derechos consuetudinarios y estatutarios. Una especial acogida tuvo la regulación justiniana del fideicomiso universal, que se adecuaba a la finalidad de fijar el patrimonio de una familia como inalienable en sucesivas generaciones. Al derecho estatutario se debe, en cambio, la mejora de la posición hereditaria del cónyuge, y en especial de la viuda, rectificando con ello en la tradición jurídica europea la postergación en que se encontraba en el modelo romano-justiniano de derecho sucesorio.

La reintroducción del testamento fue debida al derecho canónico, pero se trata de un testamento distinto al romano. El interés de la Iglesia se circunscribía a la canalización de las disposiciones pro salute animae, que ya desde el derecho romano tardío habían sido impulsadas por la doctrina y la predicación eclesiástica, primero en Oriente y después en Occidente. El testamento difundido por el derecho canónico no era utilizable para la institución de herederos, sino para realizar determinadas asignaciones patrimoniales a favor de la propia Iglesia o de sus corporaciones; la materia de los legados y fideicomisos recobra, por ello, interés para el nuevo derecho hereditario, y por influencia eclesiástica se incorpora el testamento en los derechos locales y territoriales.

La difusión de esta modalidad de testamento se intensifica desde el siglo XII; su finalidad religioso-adquisitiva explica la obtención por parte de los tribunales eclesiásticos de atribuciones en materia testamentaria, normalmente en concurrencia con la jurisdicción secular, que desde el siglo XVI tiende a asumir la competencia exclusiva en asuntos testamentarios. Junto con el testamento canónico, los legistas del *Ius commune* tienen que asumir también nuevas instituciones en el ámbito de las disposiciones mortis causa, que nacen en la práctica de la vida medieval, como el testamento mancomunado, los contratos sucesorios y el albacea testamentario.

La concepción romana del testamento, incluso dentro del modelo justiniano de herederos legitimarios, colisionaba con la cultura del derecho hereditario en el período medieval. Los hijos y, en su defecto, los ascendientes son considerados herederos naturales; la única disposición patrimonial admisible es la cuota del alma, introducida por la doctrina de la Iglesia; así aparece, en efecto, el derecho visigótico y el consuetudinario francés. Los legistas, sin embargo, integran la reserva patrimonial familiar en el sistema de legítimas: para los juristas castellanos tal reserva constituye una legítima ampliada en relación con la Nov. 18, siendo posible la privación de la misma conforme a las causas de la Nov. 115, que la doctrina del *Ius commune* considera modificable por

84 Sobre lo que aquí se trata, vid. H.Coing, *Derecho privado europeo*, tr. cast. Madrid 1996, I-II

ampliación o supresión de causas; los juristas franceses, en cambio, consideraron la reserva patrimonial familiar como una limitación a la libertad testamentaria, pero compatible con el sistema de legítimas; con diferentes variantes, en el momento de la recopilación de los derechos consuetudinarios, los legistas franceses introducen el sistema romano-justiniano de legítimas, la impugnación del testamento por inoficiosidad y la disminución de los legados cuando por su cuantía lesionen las legítimas.

Otros derechos territoriales europeos, por el contrario, no reciben el modelo romano-justiniano, estableciendo regulaciones diferentes para la reserva patrimonial familiar y para la parte disponible de la herencia; la distribución de la reserva presenta también diferencias, que van desde el criterio igualitario hasta la posible *melioratio* a favor de algún hijo; algunos derechos estatutarios excluyen en muchos casos de la sucesión legal a grupos de personas, que carecen, por tanto, también del derecho a la legítima, en tanto que otros atribuyen frecuentemente una legítima a los cónyuges.

3.2. La configuración general del derecho sucesorio conforme al sistema del *Ius commune*, elaborado doctrinalmente a partir del modelo romano-justiniano, se produce merced a la confluencia de sus principios básicos con los planteamientos ideológicos de la Ilustración y el Liberalismo en contra del derecho hereditario del Antiguo Régimen, que se orientaba fundamentalmente a mantener unido el patrimonio familiar de la nobleza y la alta burguesía.

El carácter universal de la sucesión, frente a las sucesiones especiales sobre bienes vinculados y, de modo particular, la idea de igualdad en la sucesión legal sin distinción de sexos ni exclusiones o preferencias en el orden sucesorio, encontraba un referente modernizador en el modelo romano-justiniano. La división de la herencia se convierte en un principio fundamental de la nueva política del derecho hereditario con el fin de destruir la base patrimonial de la antigua sociedad y facilitar la liberación económica de los numerosos patrimonios vinculados. Se suprimen, por ello, los instrumentos que en el Antiguo Régimen se habían utilizado para conservar la unidad de los patrimonios familiares, como el fideicomiso universal.

A pesar del principio político de libertad individual, la codificación civil francesa restringe tajantemente la libertad testamentaria por el temor de que pudiera ser empleada como medio para la conservación de patrimonios y la preferencia por determinados herederos; siguiendo en este punto al antiguo derecho consuetudinario, no se admite la institución de heredero mediante testamento, de modo que los legitimarios son herederos *ab intestato* en virtud de la ley; el conjunto del patrimonio se considera vinculado a los legitimarios en una parte determinada (*réserve*), por lo que sólo pueden realizarse actos de disposición sobre la parte restante (*quotié disponible*), con posibilidad de reducción si lesionan la reserva patrimonial de los legitimarios.

El derecho francés es una excepción. En general, las legislaciones civiles admiten la posibilidad de designar un heredero en el testamento, pero éste puede tener existencia sin la institución de heredero y contener tan sólo legados. En los derechos del área germánica no se acoge la sucesión forzosa formal del *Ius commune* y del derecho romano-justiniano; los legitimarios no son necesariamente herederos, ni tampoco tienen derecho a bienes de la herencia; se configuran como acreedores de la misma por el valor de la legítima.

En general, conforme al modelo romano-justiniano, legitimarios son los descendientes y ascendientes, pero a veces se reconoce también una legítima al cónyuge y a los hermanos del causante. La efectividad del derecho depende, en todo caso, de la posición que ocupe el legitimario en la sucesión legal cuando se produce el hecho sucesorio. Por lo demás, sucesivos cambios culturales permitieron superar el trato diferenciado dado a los hijos nacidos fuera del matrimonio y a los adoptivos.

En conjunto, la legislación de inspiración liberal acercó el derecho sucesorio de los parientes al modelo romano-justiniano, mejorando la posición jurídica del cónyuge, en consideración a su proximidad convivencial con el causante⁸⁵; en materia testamentaria prevalecen elementos de los diferentes componentes de la tradición medieval, formada con aportaciones del derecho canónico, los derechos consuetudinarios y estatutarios y la doctrina general del *Ius commune*, que aporta también el sistema de legítimas.

Al igual que el derecho justiniano, las codificaciones civiles de la época liberal constituyen un momento legislativo en el desarrollo del derecho hereditario dentro de la cultura occidental; tomando elementos de la tradición anterior se crea un nuevo modelo de derecho sucesorio que responde a los supuestos político-culturales de la época y al sistema de valores de la burguesía que protagoniza la transformación de la sociedad. El derecho hereditario sirve como instrumento de esa transformación.

3.3. En el actual momento de cambio cultural es preciso plantearse si tiene justificación el mantenimiento del sistema de legítimas que conserva el derecho común español del Código civil.

La transformación de la realidad social en cuanto al sistema de valores y las propias condiciones de vida actuales favorecen la dispersión y el distanciamiento entre personas que, aun teniendo un común origen de consanguinidad, no mantienen los comportamientos propios de un grupo familiar. La denominada familia tradicional no constituye ya la única modalidad de convivencia, siendo situada a nivel de equivalencia como una más dentro de la variedad de modalidades socialmente admitidas como opciones convivenciales válidas en ejercicio de la libertad individual. La relación matrimonial se configura social y jurídicamente como inestable, y no esencialmente distinta a las uniones no formalizadas. Por lo demás, los deberes de solidaridad dentro del grupo familiar tienden a ser trasladados a la esfera pública en el ámbito de la cultura política de la sociedad del bienestar.

El derecho positivo ha ido acomodando la normatividad del derecho de familia a las condiciones de la nueva realidad social, frecuentemente en respuesta a debates públicos sobre las diferentes cuestiones. El derecho hereditario, en cambio, no parece haber suscitado ese nivel de cuestionamiento, sin duda porque socialmente es percibido sólo desde un punto de vista lucrativo y su regulación tradicional garantiza esa finalidad dentro del grupo parental constituido por los legitimarios.

Si se prescinde de la fundamentación ética y de la vigencia efectiva de la solidaridad interparental, así como de la dimensión participativa patrimonial dentro del grupo familiar es difícilmente justificable que un mero vínculo de parentesco sea suficiente para mantener en el tiempo un derecho patrimonial a la herencia, sin más límite que el formulado negativamente en las causas de privación del mismo. Las modificaciones normativas operadas por los cambios culturales en el ámbito de las relaciones familiares han conducido a acentuar el desplazamiento de las causas de pérdida de la legítima hacia la dimensión penal de las conductas contempladas originariamente como causas de indignidad para suceder, a partir de la opción legislativa adoptada en tal sentido por el derecho justiniano. Ello no se corresponde, en modo alguno, con el contenido ético del *officium pietatis* ni con la fundamentación originaria de la impugnación del testamento por inoficiosidad, que se encuentra en la base cultural del sistema de legítimas justiniano.

⁸⁵ En la realidad convivencial del matrimonio entendido como relación estable, y en los deberes de mutua asistencia, se había originado la modalidad del testamento mancomunado, reconocido por el *Ius commune* y el *Usus modernus pandectarum*; en Francia fue prohibido por una ordenanza de 1736 y el *Code civil* mantuvo esa prohibición, que se reprodujo por algunas codificaciones del siglo XIX; se mantuvo, en cambio, en el área germánica, siendo acogido por las codificaciones civiles.

Tanto la razón natural como la experiencia de la vida histórica muestran que la sucesión hereditaria puede resolverse dentro del grupo familiar sin necesidad de intervención legal. El testamento romano no surge para subvertir esa realidad, sino como instrumento de ordenación racional del destino del patrimonio hereditario, al permitir el control de las asignaciones de bienes y la consideración de la situación de los diferentes miembros del grupo familiar; venía a posibilitar, al mismo tiempo, la inclusión de beneficiarios a personas físicas o jurídicas ajenas al grupo familiar y, en su caso, diferenciar las condiciones de herederos y legatarios. La herencia testamentaria expresa tanto la dimensión de liberalidad del testador en el plano de las atribuciones lucrativas como la de los deberes que asumen los herederos en relación con el cumplimiento de la voluntad del causante.

Esa voluntad puede manifestarse también a través de otras modalidades negociales surgidas en la vida social en diferentes momentos históricos; una legalidad hereditaria abierta debería asumir la eficacia de las diferentes formas de expresión de la voluntad post mortem, que no puede verse limitada por la oposición de derechos patrimoniales carentes de justificación más allá del plano ético.

La cuantía y naturaleza de los bienes patrimoniales, las necesidades de tipo asistencial y la modalidad de convivencia constituyen tan sólo algunas de las posibles variantes que pueden presentarse en el momento de utilizar las diferentes opciones que la legalidad hereditaria debería ofrecer al disponente. Lo que resulta, en todo caso, incoherente es el mantenimiento de un sistema hereditario basado en vinculaciones patrimoniales en cuantías legalmente determinadas, que procede de un marco de relaciones familiares que los cambios culturales han transformado profundamente. El replanteamiento de la función que el derecho hereditario debe cumplir en el momento presente constituye también un presupuesto de la necesaria reflexión intelectual que debe preceder a la concreción normativa de un nuevo modelo que pueda ser válido como derecho común.