

*María POU DÍAZ DE SAN PEDRO*

---

FUNDAMENTACIÓN Y DIFERENCIAS EN LA  
LEGÍTIMA EN LOS DIFERENTES ORDENAMIENTOS  
ESPAÑOLES

*Trabajo Final de Carrera  
dirigido por  
Santiago GOTOR SÁNCHEZ*

*Universidad Abat Oliba CEU*  
**FACULTAT DE CIENCIAS SOCIALES**  
*Licenciatura en.Derecho*

---

*2010*



*“Y si somos hijos, también somos herederos”*  
ROMANOS 8, 17

*“Mas que el pueblo non pierda lo que non debe, ni los padres sean sin piedad á los hijos ó á los nietos como non deven: por ende tollemos la ley antigua que demandaba al padre y á la madre, y al avuelo y al avuela dar su buena a los estrannos si quisieis, y á la mujer que fizies de sus arras lo que quisiese; é mandamos por esta ley que se debe guardar daqui adelante, que ni los padres ni los avuelos non puedan fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los fijos ni los nietos non sean desheredados de la buena de los padres y de los abuelos”*  
FUERO JUZGO, L. I, Tit. V, LIBRO IV



## **Resumen**

Investigación en torno a la fundamentación del derecho de legítima, y a sus diferencias en su configuración en los diferentes ordenamientos españoles. Esta diferente configuración, que en ocasiones llegaría a desvirtuar la institución, ¿indica que es un derecho convencional? ¿Cuál es el fin de la legítima, cómo y por qué surgió? Este trabajo busca dar respuesta a esas preguntas, así como cuestionarse la actual validez del sistema de legítimas de nuestro ordenamiento.

## ***Resum***

Investigació en torn a la als fonaments del dret de llegítima, i de les diferències en la seva configuració als diferents ordenaments espanyols. Aquesta diversa configuració, que en alguns casos arribaria a buidar de significat la institució, vol dir que es un dret convencional? Quina es la finalitat de la llegítima, com y per què va sorgir? Aquest treball cerca donar resposta a aquestes qüestions, així com qüestionar-se la actual validesa del sistema de llegítimes del nostre ordenament.

## ***Abstract***

Research concerning the legal bases that support the right of legitimate, and to his differences in his configuration in the different Spanish Laws. This different configuration, which in occasions would manage to spoil the institution, does it indicate that it is a conventional right? Which is the purpose of the legitimate, how and why did it appear? This work seeks to answer these questions, as well as to question the current validity of the system of legitimate of our laws.

## **Palabras clave / *Keywords***

Sucesión – legítimas – limitaciones a la libertad de disponer – libertad de testar – fundamentación.
--



# Sumario

Introducción .....	11
I. Evolución histórica del derecho sucesorio en la Península Ibérica.....	15
1. El derecho romano de la época romana .....	16
1.1. Aplicación del derecho romano en la Península.....	18
1.2. La familia en el derecho romano.....	20
1.3. Los bienes en el derecho romano.....	22
1.4. El derecho de las .Novellae.....	20
2. El derecho germánico.....	22
2.1. Sistema familiar y derecho.....	22
2.2. Sucesión.....	24
2.3. La sucesión voluntaria.....	24
3. Influencia del cristianismo en el derecho de sucesiones.....	26
3.1. Influencia en el derecho germánico. Sucesión voluntaria y <i>donatio pro anima</i> .....	26
3.2. Influencia en el derecho romano.....	29
3.3. Influencia en el derecho posterior.....	29
4. El derecho visigótico.....	30
4.1. Formación del derecho visigótico.....	30
4.2. Patrimonio y sucesión.....	30
4.3. Derecho de sucesiones.....	31
5. El derecho durante la Reconquista.....	36
II. La legítima en los territorios forales .....	41
1. Navarra .....	41
2. Islas Baleares .....	42
2.1. Mallorca y Menorca.....	42
2.2. Ibiza y Formentera .....	44
3. Cataluña .....	45
4. País Vasco.....	47
4.1. Vizcaya.....	48
4.2. Álava: el fuero de Ayala.....	50
4.3. Guipúzcoa .....	51
5. Aragón.....	52
6. Galicia.....	56
III. La legítima en el Código Civil.....	57
1. Naturaleza de la legítima.....	57
2. Configuración de la legítima.....	59
2.1. Legitimarios.....	59
2.2. Características de la legítima.....	59
2.3. La mejora.....	60
2.4. La desheredación con causa justa.....	61
2.5. La indignidad para suceder.....	62
2.6. Otras limitaciones a la libertad de disponer: las reservas.....	63
3. Fundamentación de la legítima.....	65
3.1. Sistemas sucesorios.....	65
3.2. Fundamentación de la legítima como deber jurídicamente exigible. ....	67

IV. Argumentos a favor y en contra del sistema de legítimas.....	71
1. Argumentos a favor del sistema de libertad de testar.....	71
1.1. Jurídicos.....	71
1.2. Económicos.....	71
1.3. Moral-pedagógicos y sociales.....	72
2. Argumentos a favor del sistema de legítimas.....	73
2.1. Jurídicos.....	73
2.2. Moral-pedagógicos y sociales.....	74
Conclusiones.....	78
Bibliografía.....	82
Anexos.....	86



## Introducción

Algunos autores de diferentes disciplinas, como Goytisolo o Tocqueville, han prestado especial importancia al derecho de sucesiones. Este último afirma:

“Me causa sorpresa que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones mayor influencia en la marcha de los derechos humanos. Estas leyes, a la verdad, pertenecen al orden civil, pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas, en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas sólo son la expresión (...).El legislador arregla la sucesión de sus ciudadanos, y descansa durante siglos enteros: después de imprimir el movimiento a su obra puede retirar de ella su mano: la máquina obra por sus propias fuerzas y se dirige por sí sola hacia un objeto indicado de antemano”<sup>1</sup>.

Otros autores, como se verá a lo largo del trabajo, asocian directamente el derecho de sucesiones con el modelo político, ya sea por su incidencia en la concentración de riqueza, por una reivindicación de libertad asociada al concepto de democracia, o por otras varias razones.

En los últimos años, se van alzando voces de juristas protestando contra el actual sistema de legítimas, haciéndose eco de supuestas protestas sociales. Así, el del catedrático Ángel Carrasco Perera<sup>2</sup> afirma que la legítima tiene sentido “en una sociedad en la que la expectativa de sobrevivencia es baja”, y que “no es humano privar a los padres de de la opción de sacar su herencia a una subasta en la que los hijos tengan que pujar con promesas de cariño y cuidados con los que amenizar los tristes días de la ancianidad”.

De forma menos poética, el notario Joaquín Costa afirma que:

“es conveniente hacer una reflexión sobre el fundamento actual del sistema legitimario, y analizar las razones por las que un gran número de ciudadanos manifiestan tal rechazo, y también, en su caso, si no habrá llegado la hora de modificar el sistema sucesorio del Código Civil, en el sentido de adaptarlo a las necesidades actuales y a la realidad social que está demandando un nuevo esquema sucesorio”.

Otros notarios, como Manuel González-Meneses o Ignacio Gomá3 formulan críticas como las siguientes:

“La encomiable actualización y depuración técnica de los derechos civiles territoriales -caso

---

<sup>1</sup> TOCQUEVILLE, *La democracia en América*. Madrid, 1894, p. 37.

<sup>2</sup> Artículo publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 580, Tribuna, Pamplona, 2003.

<sup>3</sup> Seminario “El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales”, en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander.

del aragonés- es algo desconocido en el ámbito del derecho civil común propio que afecta a todos los territorios que carecen de legislación civil territorial, como las dos Castillas, Cantabria, Andalucía, Madrid, etc.", "los importantísimos cambios en la estructura de la familia han dejado al descubierto algunos sistemas legislativos que responden todavía a premisas del siglo XIX. Es necesario modernizar estas regulaciones en la línea de una mayor flexibilización en los derechos de los herederos forzosos o 'legítimas' y una mayor libertad en los testadores para conseguir el que suele ser en la práctica el objetivo de muchos de ellos: favorecer al máximo al cónyuge viudo".

Julián Dávila García, a su vez, señala que “en el despacho notarial suelen presentarse los testadores queriendo limitar, condicionar o suprimir la legítima”<sup>4</sup>.

Ramón A. Casanova Burqués (abogado), haciéndose eco de discusiones levantadas en el seno de diferentes congresos, propone una modificación de las legítimas, cuestionando si existen “las circunstancias históricas que coartaron la libertad de testar”, y afirmando que “los argumentos a favor de eliminar la legítima son sólidos”<sup>5</sup>.

La encuesta realizada por el del Colegio Notarial de Zaragoza sobre el Derecho civil aragonés (en 1997) muestra que un 43% de los habitantes de esa Comunidad Autónoma considera que la legítima debería desaparecer. La Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>6</sup> secunda las opiniones de una de sus ponentes, Delgado Echeverría, en el marco de las Jornadas de dicha asociación, cuando subraya que “es oportuno abordar una reforma global de las sucesiones mortis causa en el Código Civil”, y, en particular, “recomendable” llevar a cabo “una reforma en profundidad del sistema legitimario”.

Alonso Calatayud Sierra resume la problemática del Código Civil afirmando que, desde su promulgación, “se ha pasado de una sociedad casi exclusivamente agraria y estática a otra postindustrial, urbana y dinámica; de un patrimonio eminentemente familiar que era preciso conservar por ser la fuente del sustento familiar, a un patrimonio ganado por el trabajo del individuo”. Y, en el terreno axiológico, finalmente, “de unos valores de respeto a la tradición y a la familia, a otros que priman el progreso y el individualismo, egoísmo más bien”<sup>7</sup>.

Diferentes miembros de la profesión jurídica (catedráticos, profesores, notarios, abogados) critican el sistema, afirmando hacerse eco de las quejas de la sociedad, reclamando que se reforme la legislación común en materia de sucesiones, que,

---

4 “Herederos y legitimarios (donde hay herencia no hay legítima”. Artículo publicado en “Revista crítica de derecho inmobiliario”, num, 185.

5 CASANOVA BURQUÉS, “Eliminar la legítima: ¿por qué no?”. Artículo publicado en “Togas” de “La Vanguardia”, en octubre de 2007.

6 XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

7 CALATAYUD SIERRA, “Consideraciones acerca de la libertad de testar”. Anales de la Academia Sevillana del Notariado, t. IX, 1995, pg. 247 y ss.

justo es reconocerlo, va camino de cumplir siglo y medio de vigencia sin haber sido revisada. Algunas de estas voces exigen que dicha reforma modifique el sistema de legítimas, o incluso que lo elimine, sosteniendo que la evolución del “modelo de familia” hace que la legítima (institución que tiene su base en la idea de familia) carezca de base en la sociedad actual, en la que, además de las transformaciones que se han producido en la sociedad (cambios en las estructuras familiares, mayor movilidad geográfica, aumento de la esperanza de vida, cambios en los valores, etc.), la legislación ha ido recientemente reconociendo derechos asimilables a los familiares a diferentes formas de convivencia.

A la cuestión de los fundamentos del sistema legitimario, se suma la cuestión de su juridicidad: ¿es, realmente, competencia del legislador lo que haga una persona con su herencia? ¿Es justo, y es o no conveniente, que se limite la libertad de testar?

Juan Vallet de Goytisolo recoge, en su libro “Limitaciones de derecho sucesorio a la libertad de disponer”, las distintas teorías que de forma tradicional se han formulado en torno a la fundamentación de la legítima y a las cuestiones que suscita: ¿es o no es de derecho natural? ¿Es de derecho natural que un padre deje algo a cada uno de sus hijos? ¿Pertenece sólo al ámbito de la moral o merece protección del legislador? Juristas como Mantica, Berengario, Picus, Merlino, Bartolo, Socino, Fulgosio, Panormitano, Cino, Dino, Baldo, Baeza, Vázquez de Menchaca, etc., se han ido posicionando respecto a estas cuestiones durante la historia de nuestro derecho, como también lo han hecho más recientemente autores modernos, como Sánchez Román, Duran y Bas, Cadafalch y Baguñá, etc.

Montesquieu<sup>8</sup> afirmaba: «la Ley natural ordena a los padres que alimenten a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos», y a la hora de extraer la máxima general señalaba el autor francés: «Alimentar a los hijos es una obligación de derecho natural; darles la sucesión es una obligación de derecho civil o político».

Sánchez Román lo secunda con afirmaciones tan contundentes como que:

“Habría que transformar radicalmente el concepto y el contenido de la propiedad individual, para justificar las legítimas, y negar la propiedad que al padre le corresponde íntegramente, con absoluta libre disposición en vida, sin ningún derecho de los hijos para ir contra aquella facultad”<sup>9</sup>.

---

8 MONTESQUIEU, “Del Espíritu de las Leyes”. Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pags. 326 y 327, respectivamente.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios de Derecho Civil”. Ed. Sucesores de R. Madrid, 1899.

Habiendo ya gran diversidad de posiciones respecto a la vigencia del sistema de legítimas en la sociedad actual, a cuál sea su base y a si es razonable su exigencia jurídica, hay que añadir la cuestión de los derechos forales (algo modernizados, ya que al ser de aprobación más reciente, han podido dar solución a las confusiones o conflictos generados en el derecho sucesorio del Código Civil). La pluralidad de ordenamientos forales en materia de sucesiones, y su muy diferente configuración (tenemos legítimas materiales y formales, individuales y colectivas, mayores y menores, incluyendo a ascendientes o no, dando diferentes derechos al cónyuge supérstite, dando mayor peso a las reservas o a las legítimas, admitiendo el apartamiento o la renuncia previas o no...), parecen contradecir la legitimidad natural de las legítimas, y hacen que sea conveniente cuestionar cuál es la finalidad que persiguen y cuáles son los bienes protegidos por el legislador, cuáles son las bases del sistema de legítimas, y qué reformas serían necesarias en esta materia.



# I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE SUCESIONES EN LA PENÍNSULA IBÉRICA.

## *Esquema de la evolución histórica del derecho civil español*

Según el resumen que hace Castán de la evolución del derecho civil español, podrían distinguirse las siguientes etapas: (p. 183 y ss):

1. Tiempos primitivos. Existen instituciones y regímenes jurídicos diversos en las diferentes tribus de la Península.
2. Dominación romana. Esta etapa presenta una cierta unificación jurídica. Existe un derecho de la metrópoli y, además, el derecho especial y peculiar de la Península Ibérica, constituido por los edictos provinciales de los gobernadores, las leyes de colonias y municipios, y las leyes *flaviae salpensana et malacitana*, la *lex metalli vispascensis*, etc. Éste se compone de disposiciones sobre organización política y administrativa, y dictadas frecuentemente sólo para determinados territorios.
3. Dominación visigoda. Sigue el principio de personalidad del derecho (presente ya en el derecho romano), por lo que coexisten la legislación germana (leyes de Teodorico, Código de Eurico, *codex revisus* de Leovigildo y *liber iudiciorum*, principalmente) con la hispanorromana (entre la que destaca el Código de Alarico).
4. Reconquista. Surgen gran variedad de fuentes en las diversas regiones. Durante el periodo que va del siglo XI al XII, “se determinan las particularidades originales, indígenas, que habían de diferenciar el espíritu del Derecho Civil de las cuatro grandes regiones españolas que a este respecto cabe distinguir: la castellana, la aragonesa, la catalana (que extiende su influjo a Valencia y a las Baleares) y la navarro-vascongada (esta última mezcla de influencias aragonesas y castellanas, en gran parte)”<sup>10</sup>.

---

10 ALTAMIRA, Cuestiones de historia del derecho y de Legislación comparada”. Sucesores de Hernando, 1914, p. 110,

# 1. Derecho de la época romana

## 1.1 Aplicación del derecho romano en la Península.

Existían tres categorías jurídicas:

- Ciudadanos romanos (a los que se aplicaba el *ius civile romanorum*).
- Latinos.
- Peregrinos. Éstos tenían reconocido el derecho a vivir jurídicamente de acuerdo con las normas propias de su grupo o comunidad de origen (siguiendo el principio de nacionalidad o personalidad de las leyes). Esto suponía una necesidad de determinar la comunidad jurídica a la que pertenecía cada individuo.

Sin embargo, además de la aplicación del *ius civile*, el *ius provinciale* o del *ius gentium* (que regulaban las relaciones jurídico privadas entre ciudadanos romanos y peregrinos), se aplicaba, también bajo el nombre de *ius gentium*, las normas comunes a todos los pueblos, nacidas en todos los ordenamientos jurídicos: el *ius naturale*, identificado con el *ius gentium*.

El origen de la palabra “fuero” lo encontramos en el derecho romano: los *foedera* romanos, que eran tratados establecidos entre Roma y los territorios que ésta somete (*populus fundus*), en los que se fija una *lex prouintiae* o *formula prouintiae* (para los vencidos), distinta para cada zona ocupada, recogiendo preceptos de tipo público. La referente a las Hispanias, que se ha perdido, data de alguna fecha entre el 206 a.deC. y el 197 a.deC.

En la expansión del derecho romano destacan dos emperadores:

En primer lugar, Vespasiano, que en el S. I. a.de C. realiza numerosas concesiones locales simultáneas (más de 350 ciudades) de la categoría jurídica de la latinidad, por lo que comienza una amplia difusión del sistema romano en la península (mediante la concesión del *ius latii*).

Por último, Caracala, en el año 212, promulga la *Constitutio antoniniana*, por la que concede la ciudadanía romana al orbe entero (y, por tanto, también a las hispanias). Supone el apogeo de la romanización jurídica, pero ya se da en la práctica una vulgarización de este derecho romano por la dificultad de acceder a su conocimiento.

La formación del derecho romano: “puede decirse que el edicto del pretor y la jurisprudencia, que actúan bajo estímulo recíproco ante el cambio de las necesidades sociales, fueron los verdaderos motores de perfeccionamiento del Derecho de Roma.”

La distinción entre *ius priuatum* y *ius publicum* data del periodo republicano-clásico.

### 1.2 La familia en el derecho romano

Según José Castán<sup>11</sup>, la organización familiar romana evoluciona de la siguiente forma:

- En un principio, la familia se entiende como una asociación amplia: *gens*, gentiles. Es una comunidad familiar con efectos en el derecho político, en el orden religioso, en el derecho sucesorio y en la tutela. Pero la organización gentilicia se desvaneció rápidamente.
- La asociación restringida o familia propiamente dicha, aparece en Roma organizada bajo la forma patriarcal. Se caracteriza, sobre todo en sus primeros tiempos, por su rígido sentido agnaticio y autoritario; estaba fundada en un vínculo de poder, la patria potestad, y atribuía a su jefe una autoridad exclusiva y excluyente. El vínculo entre los individuos era, por tanto, la patria potestad común.
- La familia del *ius gentium*, en cambio, era una familia cognaticia, fundada en la comunidad de la sangres, y que provenía del mismo parentesco. El antiguo derecho civil sólo tomaba en cuenta la agnación, pero, por influjo de los pretores, se tomó también en cuenta el vínculo de la cognación, hasta que, por último, ésta llegó a resultar victoriosa sobre la primera en la legislación de los Emperadores. También en este orden, Justiniano dio los últimos toques a la obra, hasta que publicó las Novelas. “Desde este momento, la cognación fue el único elemento de importancia decisiva, como en otras épocas lo había sido la agnación. La familia del *ius gentium* venció y ocupó el puesto de la familia del *ius civile*”<sup>12</sup>. De ésta procede la familia moderna, basada, como la justiniana y la del derecho germánico tardío, en el vínculo cognaticio.

---

11 CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”. Tomo 5, vol. I . Madrid, 1984, p. 48 y ss..

12 SOHM, “Instituciones de derecho privado romano”. Traducción de W. Roces, Biblioteca de la revista de derecho privado, p. 462

### 1.3 Los bienes en el derecho romano

El derecho romano muestra, en su origen, un patrimonio indiviso de la comunidad familiar, que se irá desdibujando de forma que los hijos, al llegar el derecho romano tardío, tendrán ya una importante capacidad económica propia. En su primera época, según Ricardo Panero, la reviste “de singular importancia la familia, cuyo carácter patriarcal trasciende a la sociedad, en la que el individuo, en sí, carece de importancia y se difumina dentro del grupo, sobre el que ejerce un poder absoluto el jefe de familia – pater familias- (,,,)”<sup>13</sup>. La describe como asentada “en la idea de unidad, que se refleja en la triple esfera religiosa, económica y política” (p. 246).

Suceder viene del latín *su-cedere*, subrogación, colocación de un heredero en la posición del difunto. La institución de heredero es la designación por parte del testador de la persona que quiere que le suceda.

El derecho sucesorio hispanorromano tiene como eje “una *uoluntas* especial del *cius* concebida como situación anímica única y sacralizada por su específica conexión con una muerte mediatizada fuertemente por la visión cristiana de la ultratumba”<sup>14</sup>, lo que explica la fuerte predominancia de la libertad de testar (hasta el punto que la única forma de protección de las legítimas será, en un principio, considerar que el causante no estaba en su sano juicio en el momento de otorgar testamento).

Cabe pensar que si dentro de las facultades de la patria potestas figuraban algunas tan fuertes y extremas como la del *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte), o la del *ius exponendi* (derecho de no aceptar a los recién nacidos y exponerlos), o la del *ius vendendi* (derecho de vender o mejor transferir al hijo a otro pater), fuera admisible la posibilidad de la desheredación. Sin embargo, se hacía una interpretación favorable al heredero si éste era preterido (ni instituido heredero ni desheredado expresa y nominalmente). En el caso de que el testamento no devenga nulo por dicha preterición, los preteridos concurren con los demás instituidos al reparto de la herencia, recibiendo la cuota viril (*pars virilis*: la que les hubiera correspondido en caso de sucesión intestada) o, en su caso, una cuota de la parte de la herencia reservada a los *extranei* (los que estaban fuera de la patria potestad paterna).

---

13 PANERO GUTIÉRREZ, “Derecho Romano”, p. 48. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

14 PÉREZ PRENDES, , “Interpretación histórica del derecho”, p. 244.

El destino de las cosas seguía la voluntad del causante, ejercida mediante el testamento, sin otros límites iniciales que el interés de un pequeño grupo de parientes próximos que serán sus herederos (*heredes sui*, las personas situadas inmediatamente bajo la patria potestad del *pater familias* en el momento de su fallecimiento, es decir, hijos y descendientes, principalmente: herederos suyos o de derecho propio, porque se consideran herederos domésticos, de su propia casa). Gayo indica que ya en vida del padre son considerados en cierto modo propietarios. La preterición de un *suus*, hará que el testamento devenga nulo: *nullum, inutile, iniustum*, etc., en el caso de determinados herederos (hijos varones, por ejemplo). Gayo y Ulpiano exigen que los herederos por derecho propio sean instituidos herederos o desheredados (*sui heredes aut insituendi sunt aut exheredandi*).

Ricardo Panero habla incluso de una cierta copropiedad, afirmando que:

“Sólo puede ofrecerse la herencia a un tipo de herederos, los extraños o voluntarios (*extranei o voluntarii*), ya que los necesarios (*necessarii*), continúan en la titularidad de las relaciones jurídicas tras el fallecimiento del causante, por lo que no hace falta ofrecerles la herencia”<sup>15</sup>.

El testamento siempre era revocable, y se anulaba por silencio durante 10 años.

La sucesión *ab intestato* tenía lugar cuando el causante no otorgó testamento, o cuando éste, por los motivos que fuesen, devino ineficaz. Se fundamentaba en una suposición sobre cuáles serían las preferencias afectivas del causante (ver Ley de las XII Tablas).

En esos casos, el Pretor ofrecía la *bonorum possessio ab intestato* a las siguientes clases de personas: *liberi, legitimi, cognati, vir et uxor*.

- *Liberi*; los descendientes sometidos a la *patria potestas*, o emancipados, y los hijos adoptivos *in potestate*.
- *Legitimi*: los herederos del Derecho Civil. Coincidió aquí el llamamiento del derecho honorario con el del *ius civile*, siendo los *heredes sui* llamados por segunda vez, ya que también figuraban como *liberi*.
- *Cognati* eran los parientes unidos al de causante por lazos de sangre: descendientes, ascendientes y colaterales hasta el sexto grado, como regla general, y, tratándose de hijos de primos segundos del causante, hasta el séptimo grado. El cognado más próximo en grado excluía a los demás.
- *Vir et uxor*: el cónyuge superviviente podía, en último término, pedir la *bonorum possessio* de los bienes del cónyuge fallecido.

---

15 PANERO GUTIÉRREZ, “Derecho Romano”, p. 713. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

Este derecho romano evoluciona hacia un progresivo reconocimiento de los derechos de los herederos domésticos. Se desarrolla hacia el siglo II d.C., pero queda sin sistematizar de forma orgánica (ni en el Digesto, ni en el Código ni las Instituciones) hasta el año 542 d.C. (Novela 115).

Tertuliano estableció que a la mujer romana que gozase del *ius liberorum* (ingenua madre de tres hijos y la liberta madre de cuatro), le correspondería la herencia *ab intestato* de sus hijos, siempre que éstos no dejaran descendientes, ni padre, ni hermanos consanguíneos. En caso de dejar hermana consanguínea, ésta concurría con la madre, percibiendo la mitad de la herencia.

Se van estableciendo límites a la facultad de disponer en beneficio de los parientes próximos, que evolucionarán progresivamente hacia la legítima:

- límite cuantitativo a la facultad de adquirir por legado (“tres mil ases”<sup>16</sup>), salvo que se trate de parientes próximos
- nadie puede recibir por legado una cantidad superior a la que adquiriera el heredero<sup>17</sup>.
- El testador no puede disponer mediante legados más de tres cuartas partes del caudal relicto, asegurando así un cuarto al heredero (cuarta falcidia<sup>18</sup>), limitación que se irá extendiendo a todo tipo de disposiciones mortis causa.

Justiniano introdujo la legítima variable en función del número de hijos, que perdurará en algunos derechos formales españoles: un tercio si los herederos legítimos eran de cuatro o menos, y la mitad si fuesen más.

#### 1.4 El Derecho de las *Novellae*

El orden para suceder *ab intestato* era el siguiente:

1. Descendientes. Sin distinguir entre línea masculina y femenina. Los hijos de los premuertos heredan lo que hubiera correspondido a sus padres.
2. Ascendientes, hermanos de doble vínculo (o sus hijos, si han premuerto).
3. Hermanos consanguíneos (de padre) y uterinos (de madre).
4. Colaterales. El de grado más próximo excluye al más remoto.

Por último, el cónyuge supérstite tenía derecho a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que quedaba subsistente.

---

16 En la Lex Furia testamentaria, principios del S. II a.C.

17 En la Lex Voconia, año 169 a.C.

18 En la Lex Falcidia, año 40 a.C.

Las acciones denominadas *de inofficioso* surgen como consecuencia de dejar sin herencia a ciertos parientes, que, según la conciencia pública, debían ser favorecidos por las disposiciones testamentarias del causante.

## 2. El derecho germánico

### 2.1 Sistema familiar y derecho

Conocemos como “germanos” el conjunto de pueblos indoeuropeos que, procedentes de Europa central, iniciaron hacia el 3.000-2.500 a. de C. un proceso de asentamiento, primero en Dinamarca, en las islas danesas y en el sur de Escandinavia, extendiéndose después hacia las fronteras romanas de los ríos Rhin y Danubio. Eran un conjunto de pueblos, pero con una clara conciencia de unidad, que se refleja en la coherencia y homogeneidad de sus instituciones jurídicas.

Los germanos tenían un derecho consuetudinario y familiar, predominantemente oral, con gran incidencia de la religiosidad: es un derecho no “creado” por los gobernantes, sino “encontrado” por la colectividad reunida en asambleas (según recogen Tácito y Sidonio Apolinar), para reflexionar sobre la decisión jurídica más adecuada a las necesidades y principios esenciales de su cultura (según el modelo celestial, las pautas inmutables y eternas: “*Ewa*”, que no deben ser violadas), según el uso social. La intervención de las asambleas se irá haciendo progresivamente menor. “Es la conciencia viva de lo justo y equitativo existente en la comunidad”, íntimamente fundido con la religión y los usos sociales. “Su meta está en la idea de respeto absoluto (paz y fe entre los individuos y entre las familias) para asegurar mediante él la pervivencia de la comunidad (...), es, ante todo, casuístico”, “concebido como manifestación de la voluntad colectiva en orden a la equidad, justicia y mantenimiento de la paz general entre individuos y comunidades iguales entre sí”.

La personalidad jurídica y los derechos subjetivos se adquieren en cuanto se pertenece a una colectividad, cuyos intereses prevalecen originariamente sobre los individuos (aunque va evolucionando de forma progresivamente individualista). Se parte de un concepto de derecho que engarza lo privado con lo público. Además, tiende a agrupar a los individuos en comunidades que, sin llegar a poseer personalidad jurídica propia, exige que los individuos actúen jurídicamente de forma mancomunada a través de esas agrupaciones.

A nivel familiar, la asociación familiar con alcances jurídicos es la Sippe: supone una serie de círculos parentales de consanguinidad: cuatro generaciones de ascendientes, distinguiendo los masculinos de línea paterna (“parientes de la espada o de la lanza”), y los femeninos o los varones de línea femenina (“parientes de huso o rueca”). También se utiliza la palabra *Sippe* para designar la estirpe por vía del sexo masculino (estirpe, linaje). Son, por tanto, lazos de pertenencia familiar, de consanguinidad, y no de vida en la

comunidad doméstica, pero pueden añadirse a él personas libres que no sean parientes del grupo, adoptando el parentesco mediante actos jurídico-formales de filiación o de fraternidad artificial (“mezcla de sangres”). No se tiene en cuenta, en cambio, la estimación del parentesco por medio de línea femenina. El varón encabeza tanto la *Sippe* de línea paterna como la de su esposa, que no rompe el vínculo con ella por su matrimonio. Dentro de la *Sippe*, encontramos el círculo estricto: la casa (*das Haus*), que es una comunidad erigida sobre la potestad del señor de la casa. Esta asociación entre familia y casa familiar perdurará en el derecho español, en diferentes instituciones de derecho foral que hacen referencia a “el caserío” o similares.

Pese a basarse fundamentalmente en vínculos de consanguinidad, la pertenencia a una *Sippe* implicaba una propiedad una casa y de un conjunto de tierras de labranza, huertos, etc., para el autoabastecimiento de las *Sippen*, así como el acceso, a través de esta, a otros recursos como bosques, pastos, agua, caza, tierras comunales, etc., que eran propiedad común de las *Sippen*, de la que todos eran titulares iguales (*Genossen*). Si se disolvía la propiedad común, cada uno accedía a una parte alícuota de ella.

Cada *Sippe* suponía una asociación de paz social y confianza recíproca: no como recomendación, sino como obligación jurídicamente exigible. Aseguraba a sus miembros defensa para sus derechos, promoción social y personal y solidaridad jurídica. El señor de la casa, a modo del *pater familias* romano, tiene la potestad jurídica (*Munt*) sobre todos los integrantes de la comunidad doméstica (en el caso de el *Munt* sobre los hijos, incluía educación, castigo y corrección, incluyendo muerte, del padre sobre los hijos, de representación procesal, de administración de los bienes del hijo, etc.). Indivisión patrimonial.

La obtención de expectativa hereditaria dentro del grupo familiar nace, en el derecho germánico, desde que tiene lugar la ceremonia de acogida del recién nacido, momentos después de su nacimiento.

La comunidad familiar quedaba simbolizada por un emblema que identifica un linaje, con su lugar de asentamiento y los elementos que componen su patrimonio. Se sigue la tradición de cohabitación en un hogar común de los sucesivos coherederos, hogar común que queda identificado con la familia, el linaje, los antepasados, etc.

Predominio de la vida colectiva: líneas (rectas o colaterales), grados y círculos (agrupando a los parientes de línea recta con los colaterales, siempre que pertenezcan al mismo grado o generación, medido con referencia a una persona base). Predomina el concepto de círculo, por la necesidad de favorecer la colaboración de los colaterales que exige las

condiciones de vida. Existen los círculo de la cabeza y cuello, los del hombro, del codo, de la muñeca, del dedo anular (con sus respectivas falanges), y el círculo amplio de toda la parentela. En total, hasta siete círculos parentales.

Esta vida colectiva se manifiesta en diferentes situaciones (en la división del trabajo, el matrimonio, la tenencia y transmisión de bienes, la ayuda mutua, la venganza de sangre, las actuaciones procesales, etc.), entre ellas, en las sucesiones.

## 2.2 Sucesión

El derecho sucesorio germánico ordena la sucesión dando preferencia a los círculos más próximos (cabeza y cuello), con excepciones. La sucesión se produce por estirpe, por cabezas (en representación del padre premuerto). Ya existe el derecho a acrecer. Asimismo, según Pérez Prendes, “se estaba obligado a tener en cuenta los posibles beneficios recibidos por cada heredero en vida del causante a fin de nivelar las cuotas”<sup>19</sup>. La división de la herencia seguía la regla de “el viejo divide y el joven elige”.

Distinción entre bienes muebles e inmuebles. En los bienes muebles, se producía una atribución directa entre la madre y el círculo estricto (mediante una llamada sucesiva a favor de hijo, hija, padre, madre, hermano, hermana). Preferencia de descendientes sobre ascendientes, y, a veces, de los varones sobre las mujeres del mismo círculo. La transmisión de los bienes inmuebles, en cambio, quedaba reservada a los varones de la familia.

Para los supuestos de carencia de descendientes, se crea un sistema de reversión o de recuperación (*ius recadentiae*) de inmuebles, siguiendo el criterio de hacer regresar el patrimonio inmueble y, en ocasiones, todos los bienes, al punto del parentesco (tronco) donde tuvieron origen.

## 2.3 La sucesión voluntaria

El concepto de testamento era ajeno al planteamiento sucesorio del derecho germánico. En virtud del principio de religiosidad, la sucesión se consideraba regida por la voluntad divina, que había determinado unos acontecimientos de vida entra las personas, cuyo efecto resultaba ser la existencia de unos herederos natos cuyas expectativas no podían ser eliminadas ni reducidas. Regía el criterio básico de automatismo en la transmisión de la copropiedad familiar.

---

19 PÉREZ PRENDES, “Interpretación histórica del Derecho”, p. 351

Pequeño espacio para la voluntad: existe una institución que podríamos llamar, con ciertas licencias, “adopción”, ya que supone la inclusión de una persona en el *fathum* o círculo estricto del parentesco. Se llamaba *affathomina* (o *adoptio in hereditate*, “porfijamiento” en España).

La adopción del heredero también nació del principio de religiosidad: respetando el derecho de reversión, aquel que iba a morir sin herederos podía designar a alguien de su confianza para que ejecutase sus deseos respecto al *Totenteil* (la “parte de los muertos”, la porción de bienes que el causante tenía derecho a llevarse a la tumba: una pequeña porción sobre la que podía disponer para que su uso en la otra vida).

Este nombramiento se hacía en alguna reunión de la asamblea general, y se requería la aceptación de los titulares del derecho de reversión. Un tercero, que actuaba de mediador (*Salmann*, mediador representante “a manos fieles”), recibía una lanza, símbolo del patrimonio que debía entregar públicamente al adoptando, bien tras la muerte del causante, bien un año después. Esta figura evolucionó, saliendo del derecho de sucesiones para convertirse en una forma de transmisión de la propiedad.

La tradición germánica regula un supuesto de desheredación por matrimonio no aprobado por los padres. Los matrimonios concertados sin consenso paterno eran válidos pero ilegítimos, por lo que la esposa perdía todos sus derechos a la sucesión paterna.

### 3. Influencia del cristianismo en el derecho de sucesiones

#### 3.1 Influencia en el derecho germánico. Sucesión voluntaria y *donatio pro anima*.

La cristianización operó sobre algunos elementos sucesorios germánicos, ampliando notablemente las posibilidades de sucesión voluntaria. Esta influencia se explica por la predisposición de la cultura germánica (en el derecho germánico se partía una concepción religiosa del derecho de sucesiones) y por cierta predisposición natural que muestran algunos pueblos de considerar la autoridad religiosa como autorizada para señalar lo justo en las relaciones civiles: así, vemos ya indicios de ellos en la cultura judaica<sup>20</sup>.

Es destacable también la influencia de San Agustín<sup>21</sup>, entre otros autores que realizan un elogio a la limosna, concebida como préstamo a los pobres, a cobrar con altos intereses en la vida eterna. La Iglesia actuaba como gestora de esos donativos, que no se entendían como lesivos para el grupo familiar. Esto suponía una cierta admisión de Cristo, como un hijo más, en el círculo estricto o *fathom*. Se realizaba una atribución a la Iglesia de una cuota en cada mancomún familiar, tan legítima como las de los demás: “legítima eclesiástica” o “*pars Christi*”.

La transmisión patrimonial se hacía, cuando se realizaba en vida, mediante la donación germánica, ya que ésta, por efecto del principio de reciprocidad, exigía una compensación por parte del donatario (en este caso, los méritos alcanzados por el donante al ceder parte de sus bienes a los pobres, a través de la Iglesia: *donato pro anima*).

“Se rompía así la tradición germánica, que no permitía disponer de ninguna porción del patrimonio indiviso, bajo la *Gewere*<sup>22</sup> paterna, si no estaba asegurada en cada caso la suficiente participación de cada miembro del mancomún doméstico. Se estableció así una llamada “parte libre” (*Freiteil*), que en realidad no lo es respecto al donante, pues tiene ya su destino prefijado, sino que lo es en relación a las expectativas de derecho (*Wartrecht*) del resto de miembros del círculo.”

---

<sup>20</sup> Lucas 12, 13: “Uno de la gente dijo: ---Maestro, di a mi hermano que reparta la herencia conmigo. Jesús le respondió: ---Amigo, ¿quién me ha nombrado juez o árbitro entre vosotros?”.

<sup>21</sup> *Sermón 88, 12-13, 17*: “Vended vuestras bienes y dad limosna; haceos bolsas que no envejecen, un tesoro que no se agota en el Cielo (Lc 12, 33)— como si oyese el sonido de los pasos de Cristo que pasa, al igual que el ciego, clame por estas cosas, es decir, hágalas realidad” . También, en su *Réplica al gramático Cresconio*: “Igualmente los purifica mediante las limosnas el que dijo: *Dad limosna y todo será puro para vosotros*” (citando Lc 11, 41).

Y, en la Suma Teologica, II-II, Qu.32, citando a San Pablo: “Si alguno no mira por los suyos, sobre todo por los de casa, ha renegado de la fe y es peor que un infiel” (1 Tim 5,8).

<sup>22</sup> *Gewere* significa, literalmente, “vestidura”, que, significando la exteriorización o ejercicio del derecho real, constituye por sí misma un derecho, distinguiéndose entre *Gewere* ideal y *Gewere* corporal. Esta última coincide con la posesión actual.

Sin embargo, en algún pueblo (como los francos), se siguió sometiendo al derecho de aprobación (*Beispruchrecht*) de los parientes la decisión de entregar esa donación. Así, se buscaba conjugar la *Gewere* paterna, la legítima, el consentimiento (*Laudatio perentum*) y la libre disposición.

Esta parte libre no se componía sólo de la *donato pro anima*, sino que también de la *Totentheil*, la “parte de los muertos” (la pequeña porción de bienes que el causante podía escoger para llevarse a la otra vida), ya que su función era ser *utensilia pro anima*, lo que, con la cristianización, le lleva a integrarse en una cantidad destinada a sufragios por el difunto, cuando se realiza *post mortem*, o en una donación a la Iglesia para alcanzar méritos en la vida ultraterrena, cuando se realiza en vida del causante<sup>23</sup>.

La cuantía de esta parte libre variaba según el pueblo germánico, agrupándose en dos tendencias:

- Señalar una parte fija del patrimonio (un tercio en los francos, un quinto entre los visigodos, un diezmo en otros pueblos germánicos).
- Establecer cuantías según el número de hijos (entre los longobardos).

Esta donación se producía bajo dos tipos: la *donatio reservato usufructo* (donación con reserva de usufructo), y la *donatio post obitum*. En la primera, la Iglesia recibía simultáneamente la *Gewere* y la propiedad, pero el donante retenía una *Gewere* para el usufructo de los bienes donados. En la segunda, los efectos de la donación se posponían hasta después de la muerte del donante, no teniendo la Iglesia hasta entonces más que una *Gewere* expectante.

La forma de constitución de estas donaciones en favor del alma era, en un primer momento, mediante el *Salmann* (la misma forma usada para la *affathomia*, como una “adopción” de la Iglesia dentro de la comunidad familiar para que gestione “la parte de los muertos”, pero cediéndosela, otorgándole derechos sucesorios: Cristo y los pobres como un integrante más del círculo estricto de parentesco). En un segundo lugar, se pasa a agilizar la ejecución de la donación confeccionando un documento cuya entrega perfeccionaba la relación jurídica que contenía (*traditio chartae*, como una forma de entrega simbólica de los bienes).

Algunos autores ven en esta donación germánica, por su elemento de reciprocidad, un inicio de la sucesión contractual, que posteriormente se cuestionarán los ordenamientos jurídicos, ya que se “pacta” la transmisión de un derecho sucesorio, aunque desde la

---

<sup>23</sup> Sin embargo, la costumbre del *Totentheil* se mantendrá entre los godos arrianos.

perspectiva religiosa, la adquisición de méritos espirituales por parte del donante tenía un carácter remuneratorio (un premio a una buena conducta) y no transaccional (una contraprestación)<sup>24</sup>.

José Manuel Pérez-Prendes hace derivar de esta institución la extensión una percepción de los derechos sucesorios como “algo concertable”, como elemento de transacciones, sustituyendo a la Iglesia por otros sujetos, y dando lugar a contratos entre cónyuges, entre determinadas casas nobiliarias, etc. Según su *“Interpretación histórica del Derecho”*, también procedería de esta costumbre de hacer partícipe a la Iglesia de una parte del propio patrimonio, en vida o mediante derechos sucesorios, los derechos feudales de la Iglesia, en cuanto a recaudación de impuestos.

Según Máximo García Fernández<sup>25</sup>, en cambio, estos “legados píos” habrían tenido como donantes, en un primer momento, a “los miembros del clero y otros privilegiados capaces de ceder algunos bienes de cierto valor” (en Castilla, al menos), y posteriormente “se fue extendiendo entre un amplio espectro de la escala social”. Señala que era una práctica difundida con mayor amplitud en las zonas rurales, y que “mejoraron fundamentalmente al amplio mundo de la clerecía y de la pobreza en sus distintos niveles”, siendo sus principales destinos los monasterios, los legados a pobres, viudas y a niños, hospicios y hospitales, etc, o, incluso, para que *“su importe se convierta en misas por las almas de todos los cimiterios y por si acaso hubiese coperado en algunos cargos de conciencia”*, habiendo tanto finalidades generales como destinos señalados de forma más concreta (adornar imágenes, etc.)..

Esta institución se ha mantenido en cierta manera, a través de la donación a los pobres que se recoge en el artículo 749 del Código Civil (ya que recoge el supuesto de donación a los pobres de una parroquia, y, si se ha hecho a los pobres en general, el Párroco será uno de los que decidan la forma de repartirlo). Sin embargo, prohíbe (artículo 752) las disposiciones testamentarias a favor del sacerdote que atendió al testador durante su última enfermedad, de sus parientes, comunidades, su iglesia, etc., si el testamento se otorgó durante ésta.

Por último, fue por influencia de los criterios de piedad cristiana y del Derecho canónico, pasó a considerarse, progresivamente, que existía una responsabilidad del patrimonio

---

<sup>24</sup> “Y aunque distribuyera todos mis bienes entre los pobres, y aunque entregara mi cuerpo para ser quemado, si no tengo caridad, de nada me aprovecha” (1 Cor 13).

<sup>25</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, “erencia y patrimonio familiar en la Castilla del Antiguo Régimen Efectos socioeconómicos de la muerte y la partición de bienes”. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1995, p. 130 y ss.

mismo con independencia del cambio de dueño, por lo que respondía de las deudas no satisfechas por el causante. El heredero respondía de ellas, salvo que cediese la herencia.

### 3.2 Influencia en el derecho romano

La influencia del cristianismo en el derecho romano español supone una mayor dificultad de medir, ya que la cristianización coincide con un periodo de vulgarización del derecho romano y de recepción del derecho germánico. Sin embargo, Castán<sup>26</sup> afirma que la influencia del cristianismo supuso un relajamiento del formalismo propio del derecho romano y una mayor libertad. También atribuye a la influencia canónica la exaltación de los vínculos de la sangre, incluso tendiendo a la consideración de la prole ilegítima<sup>27</sup>.

Antonio Fernández Galiano<sup>28</sup> describe los motivos de esa influencia:

“(…) No debe olvidarse que la observancia de las normas morales es exigida al individuo no sólo en las acciones estrictamente inmanentes, sino en todas aquellas de las que se sienta sujeto responsable, y, por tanto, también en las de comunicación o relación con los demás, entre las que se encuentran las pertenecientes al orden jurídico”. Por lo tanto, el cristianismo, “*indirectamente* hubo de preocuparse de aquellos aspectos de la vida humana (derecho, política…) en los que se halla comprometida la perfección espiritual del individuo”.

Y continúa: “La ideología cristiana hubo, pues, de producir impacto en el ordenamiento jurídico romano – el mayoritariamente vigente cuando nace aquélla-, provocando en el mismo una profunda transformación. Pero no es nuestro intento referirnos a esta influencia sobre la normatividad positiva, sobradamente conocida y estudiada, sino la que pudiera manifestarse en las ideas capitales del pensamiento filosófico-jurídico. Seguramente la más fecunda de estas ideas directrices, y la de mayor trascendencia por afectar al sujeto mismo de toda actividad, es el concepto de hombre (…).”

### 3.3 Influencia en el derecho posterior

La influencia de la Iglesia “fue decisiva en muchos puntos”<sup>29</sup>, en especial, en lo concerniente al derecho de familia. Esta influencia se ve manifestada, especialmente, en la influencia que tuvo en las Partidas (inspiradas en el Decreto de Graciano y en las Decretales de Gregorio IX), y por conducto de la doctrina de los canonistas. Incluso se llegó a dar fuerza de ley a las opiniones de Juan Andrés y del Abat Panormitano (Ordenanza de Madrid de 1799) en tiempos de los Reyes Católicos, y en Cataluña fue aceptado el derecho canónico como supletorio de la legislación civil.

<sup>26</sup> CASTAN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y Foral”. Tomo 4, Vol. I, p. 112.

<sup>27</sup> CASTAN TOBEÑAS, Derecho Civil español, común y Foral”. Tomo 6, vol. I., p. 67

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ GALIANO, “Derecho natural”. Ed. Universitas, SA, 1991, p. 143 y ss.

<sup>29</sup> CASTAN TOBEÑAS “Derecho Civil español, común y Foral”. Tomo 1, Vol, I, p. 203 y ss.



## 4. El derecho visigótico

### 4.1 Formación del derecho visigótico

Estamos ante la presencia, por primera vez, de un poder jurídico-político específicamente hispano. Sin embargo, según Tomás y Valiente, “hablar de la existencia de un sistema jurídico visigodo entre el 476 y el 654 exigiría una toma de posición apriorística”, ya que no parece que tuviese una ordenación “dotada de la suficiente coherencia interna como para hablar de sistema propio”.

El derecho del reino visigodo está compuesto por un conjunto de normas de diverso origen, destino y naturaleza, incluyendo el derecho personal de los visigodos, sino también el derecho romano vulgar de occidente, el derecho consuetudinario germánico y el derecho canónico. Se compone de leyes dictadas por el rey, de elaboración real con la colaboración de los organismos gubernamentales: el Aula Regia y los Concilios de Toledo.

El derecho visigótico contiene “leyes romanas de los bárbaros”: compilaciones de derecho romano, como el Breviario de Alarico (*Lex romana visigothorum*, promulgada por Alarico II). Este recogía *leges* (constituciones imperiales tomadas del Código Teodosiano), pero también *ius*, escritos de los jurisconsultos, tomados de la tradición jurídica romana vulgar de las Galias. Entre otros jurisconsultos, incluía las Sentencias de Paulo (que recogen el deber jurisprudencial de respetar la legítima). Contenía también derecho de sucesiones (como en el *Liber Gaii*, por ejemplo). Influyó en la redacción de otras obras, desde su promulgación hasta los siglos XII y XIII, en que se difunden en Occidente las compilaciones justinianas.

Las principales leyes visigodas en España, siguiendo un orden cronológico, serían:

- Año 480, aprox: Código de Eurico.
- Año 506: Breviario de Alarico.
- Año 580 aprox: Código de Leovigildo.
- Año 654: *Liber iudiciorum*.

Leovigildo promulga el *Codex Revisus* (código que contiene una revisión del Código de Eurico), hacia el año 580.

Posteriormente, se promulgan las leyes de Recaredo, Sisebuto, Sisenando, Chintila... que no regulan ningún aspecto de la sucesión.

Con Recesvinto llega el primer texto general con validez conjunta para godos y romanos: el *Liber iudiciorum* (año 654). Recoge las *lex antiquae* (tomadas del *Codex Revisus* de

Leovigildo, hasta entonces en vigor) y la legislación de los monarcas visigodos, desde Recaredo a Recesvinto, indicando en cada ley el nombre de su autor y si ha sido o no corregida, a similitud del Código de Justiniano. Supone la unificación definitiva del Derecho para godos e hispanorromanos. Es el primer texto legal visigótico amplio de carácter territorial (siendo la territorialidad del derecho un requisito para el surgimiento de los derechos forales).

Este texto será modificado por Ervigio en el 681 (mediante el *Liber iudiciorum ervigianus*), y sufrirá posteriormente un conjunto de refundiciones y puestas al día hechas espontánea y aisladamente por juristas, dando lugar a una serie de versiones conocidas como “vulgatas” durante los últimos tiempos del visigodismo y a lo largo de la Edad Media.

En el S. XIII aparecen iniciativas de romanceamiento del *Liber iudiciorum*, de las cuales es resultado el “Fuero Juzgo”.

Destaca también la influencia de autores católicos en el mundo jurídico, tales como San Isidoro de Sevilla, Tajón, San Julián de Toledo, etc.

#### 4.2 Patrimonio y sucesión

Surge el feudalismo. La titularidad de la tierra la ostentan los nobles, con el consiguiente pago al señor de la tierra por parte de los campesinos, y la dependencia económica y jurídica de él. Sin embargo, el señor feudal no es propietario estricto de la tierra (ya que no existe la propiedad privada de la tierra).

Para la adquisición y transmisión de derechos hereditarios paternos, Chindasvinto y Recesvinto exigen 10 días de vida y el bautismo. Este requisito sustituye a los antiguos requisitos paganos de admisión en la familia y dación de nombre: cristianización de la costumbre germánica.

Con Chindasvinto se produce la total equiparación legal entre sexos a efectos de sucesiones (ya que la desigualdad subsistía en la sucesión de los abuelos y de los hermanos). En el Código de Eurico, los inmuebles heredados por la mujer eran poseídos por ella sólo en calidad de usufructo, y reservados a los herederos legítimos ésta.

Las leyes visigóticas reclaman, para gozar de plena capacidad jurídica, la posesión sin tacha de una especie de “honor ciudadano”, cuya pérdida (“infamia”) acarrea la limitación de la capacidad<sup>30</sup>. Las causas eran ciertos delitos (homicidio, rapto, calumnia,

---

30 En esta “desheredación”, articulada a través de una pérdida de la capacidad jurídica, se encuentra el origen de la indignidad en el Código Civil, que, siendo un supuesto de pérdida de

robo, perjurio, etc.), entre ellos, la injuria a padres o abuelos, y una de las consecuencias que acarrearaba era la desheredación<sup>31</sup>.

En la familia visigótica, el matrimonio sigue siendo concertado por los padres. Sin embargo, el poder de los padres sobre los hijos era ya muy inferior al que atribuía la patria potestad romana. Según Merêa, confluyen la tradición germánica, la romana y la influencia canónica. Los titulares de la potestad son ambos padres, ya no sólo del varón. Las leyes visigodas no regulan la adopción ni la legitimación de hijos, a diferencia de las germánicas. El matrimonio de los hijos conllevaba su emancipación de la patria potestad paterna.

El patrimonio familiar constaba de la dote aportada, como en el derecho germánico, por el marido, con la práctica de la *donatio ante nuptias* (calculada como una porción de los bienes del marido o de su legítima presunta, y necesaria para la constitución legítima del vínculo). Si no nacían hijos, la mujer disponía de ella: si nacían, se atribuían  $\frac{3}{4}$  de la dote a la legítima de los hijos. Era propietaria de ella, pero desde Chindasvinto se reducen sus facultades como tal en favor de los hijos (se establecen limitaciones a la facultad de disponer sobre ella). Existen patrimonios separados pertenecientes al marido o a la mujer (la dote, los ganados en guerra por el marido, los ganados por siervos de la mujer) y patrimonios gananciales, que se repartían de forma proporcional al patrimonio de los cónyuges.

#### 4.3 Derecho de sucesiones

La palabra *testamentum* posee el amplio sentido de declaración de voluntad, como sinónimo de *documentum* o *instrumentum*.

En el derecho visigodo confluyen dos sistemas sucesorios: el romano y el germánico, además del influjo de la cristianización.

La confluencia entre libertad de testar y sus limitaciones se produce por ser los visigodos el más romanizado de los pueblos germánicos, dando lugar a nuestro particular sistema de legítimas. Castán afirma que “es una característica del derecho visigodo la libertad de testar con fuertes limitaciones familiares. Y quizá un medio de conciliación del principio germánico de protección a los herederos legítimos con el principio romano de libertad de disposición de los bienes mortis causa fue el sistema de legítimas y mejoras establecido por Chindasvinto y que constituye la base del derecho sucesorio español, sobre todo en

---

derechos sucesorios, es clasificada por el Código Civil dentro de la Sección Primera, Capítulo II, del Título III: en los supuestos de incapacidad para suceder.

31 Otros efectos de la infamia: inhabilitación como juez, representante, querellante, demandante o testigo, etc. Los efectos variaban en función de la causa de la infamia.

su manifestación castellana<sup>32</sup>. Acoge el sistema de sucesión testamentaria romana, que era ajeno al derecho germánico, pero, según autores, para ello es decisiva la postura de la Iglesia, y como una institución “bastante desdibujada” de su tradición jurídica. Adopta normas romanizantes, y establece dos vías para la concreción de la última voluntad: los testamentos y las donaciones (configuradas con gran flexibilidad, por lo que el derecho visigodo no llega a desarrollar los legados).

En la L.R.V (*lex romana visigothorum*), las donaciones *mortis causa* se aproximan al testamento, equiparándose o confundiendo con él. Debido a esta aproximación, se pueden revocar por ingratitud. También en la LRV se permite atacar las donaciones y dotes excesivas, que iban en detrimento de las legítimas, surgiendo así la *querela inofficiosae donationis et dotis* (ya que la dote tenía la función, ya desde la época prerromana, de compensar a la hija por la pérdida de los derechos o expectativas sucesorias en la familia de origen<sup>33</sup>, y por tanto no se desvinculaba totalmente del derecho de sucesiones. No así en el derecho germánico, donde la dote era el “pago” del futuro marido para poder casarse, dote que a veces incluso era retenida por los padres de la novia).

En cuanto a la sucesión *ab intestato*, el derecho de la L.R.V ha promovido tímidamente el llamamiento a suceder *ab intestato* a favor de los cognados, siguiendo la tendencia iniciada en el edicto pretorio y favorecida por el Senado Consulto Tertuliano. Sin embargo, falta una ley completa y sistemática del nuevo orden de sucesión.

Deben tenerse en cuenta las constituciones del Código Teodosiano (CTh V1) *De legitimis hereditatibus*, pero tienen un alcance limitado.

La cuota libre es de una quinta parte del caudal relicto.

La sucesión intestada sólo se da a falta de ambos instrumentos: testamento y donación. Existencia de testamentos comunes y especiales (ológrafo, militar, del viajero, oral, etc.). Se encuentra regulada por el *liber iudiciorum*.

El criterio germánico de atribuir a la herencia de las mujeres sólo los bienes muebles, siendo usufructuarias y transmisoras de inmuebles, permanece en el derecho visigodo, pero sufriendo progresivas atenuaciones, hasta llegar a la equiparación entre ambos sexos por Chindasvinto.

---

32 CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, Tomo 6, Vol. I. P.69 y 70.

33 PÉREZ-PRENDES, Interpretación histórica del Derecho”. Ed. Universidad Complutense. Madrid, 1996.

Permanece la división del patrimonio hereditario en dos espacios: la cuota de libre disposición (1/5), y la legítima, destinada a los herederos forzosos (destino prefijado por el parentesco).

Hasta la *Dum inlicita* de Chindasvinto, probablemente los hispanorromanos tenían libertad de testar (en la forma en que la contempla el derecho romano vulgar). En las constituciones del Breviario de Alarico se recoge la posibilidad que de atribuir los bienes del sector de la legítima a personas seleccionadas por el causante de entre los herederos forzosos, norma en la que probablemente se encontraría origen de la mejora, y, posiblemente, de la reserva viudal. La viuda y el viudo tienen que escoger a alguno de sus hijos para adjudicarles los bienes correspondientes a la herencia del otro cónyuge fallecido. Esos bienes los retenía el cónyuge superviviente, pero con obligación de reserva a favor de los hijos del primer matrimonio si volvía a casarse, pudiendo entonces hacer esa selección entre ellos (Otero). Coincide con la finalidad de nuestra reserva viudal, ya se regulan los deberes del cónyuge superviviente hacia los hijos del primer matrimonio. El cónyuge usufructuará los bienes que procedan del cónyuge fallecido, debiendo reservarlos para los hijos tenidos con él. Nace la reserva, como medida de protección de esos hijos. Esta institución inicia un proceso de evolución que se extiende desde el Código de Eurico hasta Ervigio (CE, 321; LI, 4-2-13).

La *Dum inlicita* de Chindasvinto logra una unificación de criterios, prohibiendo la desheredación arbitraria, fijando taxativa de sus causas y regulando la facultad dispositiva *post mortem* de los padres sobre sus bienes.

El motivo de esta reforma es que la desheredación arbitraria ataca la posibilidad de mantener el patrimonio familiar indiviso y asegurado en los círculos inmediatos de parientes. La relajación del sistema germánico se produce por influencia de la libertad de testar romana. La desheredación del fundamento sólo en ofensas graves y probadas, con necesidad de declaración formal posterior de desheredación. Se protege la sucesión legítima frente a la libertad de testar.

La libre disposición queda reservada a los casos en que el causante carece de herederos forzosos. Legítima de 4/5, mejora del diezmo a favor de cualquier descendiente (de primer o segundo grado). Ervigio amplía la mejora a 1/3: es la "parte del muerto" o de la *utensilia pro anima*, ampliada, pero convertida ya en una liberalidad. Se vehicula, como anteriormente, como una *donatio post obitum*, o como un derecho real aplazado (*reservato usufructo*).

La organización de la sucesión legítima tuvo una serie de principios que reflejan su sentido familiar. Entre otros, son:

- La distinción de dos masas de bienes, con regímenes jurídicos distintos: los bienes propios o patrimoniales (inmuebles heredados de los ascendientes) y los adquiridos (los demás). Se mantiene el principio germánico de distinguir entre los bienes de procedencia familiar y los ganados personalmente: los bienes paternos van a la línea del padre, los maternos a la línea de la madre.
- El principio de troncalidad, que sustituyó en la sucesión de los colaterales al criterio de la proximidad de grado del derecho romano, y que era condensado en la regla "*paterna paternis, materna maternis*", que significa que los bienes no podían salir de la familia o rama de donde procedían. No sólo se intenta que no salga de la familia, sino que en principio ni siquiera cambian de línea (tendencia que se conservará en nuestro ordenamiento mediante la reserva lineal), mientras haya parientes de esa línea: principio de troncalidad. Los bienes regresan al tronco de que proceden, en caso de no prolongarse éste.
- La sucesión intestada sigue el principio general de llamada a los parientes más próximos, comenzando por los descendientes, ascendientes y colaterales, según grado, y deteniéndose en el séptimo círculo parental germano (el llamado "de la uña"). El cónyuge viudo, si concurre con los hijos, recibe una cuota (en usufructo) igual a la de cada hijo, y sólo tras los parientes de séptimo grado pasa a ellos el caudal hereditario. Según Fernández Hierro, los antecedentes de otorgar una legítima al cónyuge en forma de usufructo se encuentran en el Fuero Juzgo.

## 5. El derecho sucesorio durante la Reconquista

Los territorios de España, entre los siglos VIII a XIII, se encontraban distribuidos en grandes áreas (que integran, aproximadamente):

- Desde los Pirineos centrales hasta Galicia: actuales Asturias, Galicia, Cantabria, Navarra, País Vasco.
- Desde el sur de esa franja (vertebrados en referencia al Duero): Castilla La Mancha, Castilla León, Madrid, Extremadura, Portugal.
- Valles pirenaicos sometidos al reino franco: Cataluña.
- Zonas sometidas al Islam: La Mancha, Andalucía, Valencia, Murcia, Alicante.
  - o Población mozárabe: dominada por el Islam, pero manteniendo la identidad visigótica.
  - o Población extrapeninsular, musulmana: tuvo escasa influencia en el derecho de sucesiones, ya que el derecho musulmán sólo se aplicaba a los que profesaban el Islam, y también por el desconocimiento del árabe por gran parte de la población sometida, por ser un sistema jurídico menos desarrollado, etc.

La organización social se estructura en torno a la aldea (propiedad comunal de la tierra asociada, mezcla la propiedad común e individual de la tierra, siendo la primera un complemento: pastoreo, bosques, caza, etc.: la no cultivable), muestra de influencia germana. Se vuelve a la fijación consuetudinaria de normas jurídicas, realizada por campesinos libres.

En el terreno jurídico, destaca la perduración parcial de Liber Iudiciorum, especialmente en Cataluña. También los nuevos instrumentos jurídicos que se generan durante la Reconquista de la Península por parte de los territorios cristianos, realizada desde el norte hacia el sur, al servicio de lograr el asentamiento de repobladores: el Derecho de frontera. Es el origen de los derechos locales.

Según Pérez-Prendes<sup>34</sup>, confluyen en esta época normas (derecho en general, no necesariamente en sucesiones) inspiradas en una serie de sistemas jurídicos:

---

<sup>34</sup>, PÉREZ-PRENDES, Interpretación histórica del Derecho". Ed. Universidad Complutense. Madrid, 1996.P. 487.

prerromano, romano vulgar de occidente, germánico y franco, musulmán, hebreo (especialmente el penal).

Durante los primeros siglos de la Reconquista ya no existía el “Estado visigótico”, impulsor de textos legales romanizantes, por lo que vuelven a manifestarse determinados usos germánicos (la tendencia colectivista, manifestada en cuestiones como la venganza de sangre, la responsabilidad colectiva de la familia por los delitos de uno, la comunidad patrimonial familiar, el sistema sucesorio, etc.).

García Gallo, Joaquín Costa, Rafael de Ureña y otros enfatizan la relación entre el Derecho <sup>35</sup> medieval y los derechos prerromanos, y la importancia del sustrato céltico, que pudo llegar a soluciones parecidas a las germánicas.

Durante la Reconquista, los objetivos del derecho se centraron en el mantenimiento de la paz dentro de la propia comunidad (para poder hacer frente a la guerra externa), la repoblación de zonas fronterizas reconquistadas y otros objetivos centrados en la problemática propia del momento histórico. Se manifiesta una voluntad colectiva en orden a la equidad, la justicia y el mantenimiento de la paz general.

Es un derecho esencialmente consuetudinario, poco sistematizado. La fuerza de obligar no procede de su promulgación por escrito, sino del consenso y la voluntad de los súbditos. Redacciones privadas de juristas que recogen por escrito esas costumbres.

En cuanto al derecho sucesorio, las legislaciones medievales destacan porque

“la aspiración a conservar los bienes en las familias, característica de los tiempos medievales, hizo que la sucesión hereditaria perdiese en ellos el tinte individualista que (ciertamente no de un modo absoluto) había llegado a revestir en el Derecho romano y volviese a tener un carácter marcadamente familiar”.

Así, Castán señala que :

“el carácter familiar que predominó en la sucesión medieval se refleja no sólo en la gran extensión que tuvo en algunas épocas y países la legítima de los hijos, sino, además, en una porción de instituciones (como pactos sucesorios, fideicomisos, vinculaciones, etc.), de que se sirvieron los testadores para conservar indivisa la propiedad dentro de la familia.”

En el derecho castellano, la legítima tradicionalmente era de cuatro quintos<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”. Tomo 6, vol. I., p. 67 y 68.

Existía también la mejora, como un instrumento de control familiar: primero de una décima parte del caudal relicto, luego de un tercio. Con esta institución “se salvaguardaban los intereses de los más desvalidos, y constituía una actitud contraria al reparto equitativo de los bienes”<sup>37</sup>, ayudando a los más desprotegidos: los hijos menores (o con menos medios económicos y mayor descendencia), las hijas viudas, las que estaban en edad de casarse, y a la mujer en general (“se den a mi hija por vía de mejora y ventaja y más fácil ayuda y remedio de su estado y por su sexo y en atención a ser mujer necesitar de mayores auxilios para su remedio”). Además de, por supuesto, las motivaciones afectivas o disuasorias (como podría ser el caso de las cláusulas en que la mejora se repartía entre todos los hijos, exceptuando a quién promoviese pleitos entre ellos).

Se indicaba de ordinario como causa el deseo de que el hijo permaneciese en casa, atendiendo a los padres en la vejez, a pesar de señalarse en ocasiones otras causas: “por otras causas que a ello me mueve”, “en recompensa de su buen comportamiento”, por cuanto ha sido muy obediente”, o para resarcir los gastos en que hubiera incurrido en el cuidado de sus progenitores. García Fernández indica que “el sistema de mejora explica la autoridad paterna y la conservación de la unidad de la casa”, reforzando la autoridad del heredero. Este objetivo era el perseguido por las clases privilegiadas (que favorecían a uno sólo de los hijos buscando la no dispersión de los bienes para asegurar la perdurabilidad del patrimonio noble), mientras que los estratos sociales más bajos la utilizaban para asegurarse el cumplimiento de una serie de obligaciones (asistenciales y otras<sup>38</sup>), condicionando a ello la entrega de un conjunto de bienes.

A pesar de todo ello, algunos fueros municipales (como los de Nájera, Cuenca, Alcalá, Zamora...), rechazaban la institución de la mejora.

La mejora se encuentra ya presente en la *Dum ínclita* de Chindasvinto, de donde pasa al *Liber iudiciorum*, y posteriormente al Fuero Juzgo. La herencia se componía de cuatro quintas partes partes indisponibles y un quinto de mejora.

Con Hervigio llega la mejora de un tercio, que se mantendrá igual en las Leyes de Toro.

---

<sup>36</sup> Ley 9ª, título V, Libro III del Fuero Real y Ley 9ª, título V, Libro IV del Fuero Juzgo.

<sup>37</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, “Herencia y patrimonio familiar...”, p. 166 y ss.

<sup>38</sup> Obediencia y acompañamiento a la madre, asistir en sus necesidades a sus hermanos, tomar un estado determinado, etc.

El carácter subsidiario de la legítima a padres y ascendientes por línea: tiene sus precedentes en la Ley 8ª, título 13, Partida 6ª (donde era de un tercio) y en la Novísima Recopilación (donde era de dos tercios). Es una institución que también está en la mayoría de ordenamientos jurídicos continentales.



## II. LA LEGÍTIMA EN LOS TERRITORIOS FORALES

### 1. Navarra

Se regula en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, también conocida como Fuero Nuevo.

En Navarra se consagra el principio de la máxima libertad de testar (ley 149 Compilación), sólo suavizado por la exigencia de atribuir a los herederos forzosos la legítima formal o formularia típica de Navarra, pues los legitimarios deberán ser instituidos en la legítima foral navarra, que consiste en la atribución a cada uno de los herederos forzosos de “cinco sueldos febles o carlines y una robada de tierra” en los montes comunes (ley 267). Legítima que no tiene contenido patrimonial ni atribuye cualidad de heredero.

El navarro puede designar pues libremente heredero y disponer con igual libertad de sus bienes para después de su muerte. Sólo tienen el carácter de herederos forzosos los hijos y sus descendientes (ley 268).

No obstante existe una limitación a favor de los hijos de un matrimonio anterior (ley 256, 274 y 275), los cuales no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio.

Otra limitación sin carácter de legítima es la derivada del usufructo de fidelidad (ley 253), derecho que tiene el cónyuge viudo a usufructuar todos los bienes dejados por su consorte, inalienable, si bien se puede renunciar a él antes o después del matrimonio en escritura pública. Este usufructo es una figura propia del derecho de familia, y no comprende los bienes que hubieran sido objeto de donación *mortis causa*.

Además, la ley 305 establece la troncalidad de los bienes inmuebles (o de los bienes que hayan sustituido a éstos), con preferencia a suceder en éstos de los hermanos.

En resumen, es un sistema de legítima formal, lo que otorga la máxima libertad de testar. Regula la reserva viudal y el usufructo de fidelidad.

## 2. Islas Baleares

Luis Pascual González (“Derecho Civil de Mallorca. El derecho civil de Mallorca después de la compilación”, L.P. González, Miguel Masot Miquel. Palma de Mallorca, 1979, Ediciones Embat y José J. de Olañeta, p. 40) describe así la formación del derecho civil mallorquín: “Sobre un fondo de derecho primitivo ibérico con elementos orientales (cultura talayótica) de muy difícil determinación, se produjeron influencias griegas y púnicas. Ese conjunto recibió la arrolladora penetración del Derecho romano provincial y clásico, que se impuso casi totalmente. La amalgama formada por todo ello, tras un leve contacto con el derecho germánico de los vándalos (...), recibió directamente de Bizancio los textos de su derecho”. También alude a la influencia del derecho musulmán, del derecho catalán y, posteriormente, del castellano. Sin embargo, resalta que “el más antiguo derecho escrito de Mallorca, o sea el derecho propio de la Isla, es el Derecho Romano”.

Según Eduardo Checa<sup>39</sup>, el derecho balear tiene requisitos heredados directamente del derecho romano (como la exigencia de institución de heredero para la validez del testamento, los codicilos, etc.). Entre ellos incluye la legítima mallorquina, relacionándola directamente con los límites a la facultad de disponer que surgieron en el derecho romano.

El derecho balear moderno se regula por el Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 1990, que aprueba el Texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares (con aplicación subsidiaria de Código Civil), distinguiendo el sistema de:

### 2.1 Mallorca y Menorca

Son legitimarios los hijos y descendientes, los padres (en ausencia de los hijos: art. 43) y el cónyuge viudo (art. 41).

La cuantía de la legítima de los hijos varía según el número (art. 42): la tercera parte si fueran cuatro o menos, y la mitad si excedieren de ese número. Se configura como *pars bonorum*.

Se reparte dividiendo entre el número de legitimarios, teniendo en cuenta al desheredado, al que ha renunciado, al indigno... y sus partes no acrecen a los co legitimarios, sino que incrementan la parte de libre disposición.

---

39 CHECA ZALAYA, CHECA ZALAYA, “Apuntes de Derecho Foral Balear”, en “Historia de Mallorca”, de J. Mascaró Pasarius. P. 218 y ss., Ed. Vicente Colom Roselló, Palma de Mallorca, 1978.

La legítima de los padres es la cuarta parte del haber hereditario, a dividir entre ambos (art. 43), y con derecho a acrecer entre ellos en caso de que uno de ellos premuera.

El cónyuge tiene derecho al usufructo de la mitad del haber hereditario si concurre con descendientes, a los dos tercios si con padres, y al usufructo universal en otro caso (art. 45).

Debe ser pagada en bienes de la herencia (*pars bonorum*), si bien el causante o heredero distribuidor puede autorizar el pago en metálico.

Recientemente se ha modificado esta ley, estableciendo las causas de indignidad sucesoria. El artículo 7.bis, añadido por la ley 3/2009 de 27 de abril, serán indignos de suceder:

1. *“Los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.*
2. *Los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.*
3. *Los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela, guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor o discapacitado causante de la sucesión.*
4. *Los condenados por sentencia firme a pena grave contra los deberes familiares en la sucesión de la persona agraviada.*
5. *Los que hayan acusado al causante de delito para el que la ley señale pena grave, si es condenado por denuncia falsa.*
6. *Los que hayan inducido u obligado al causante a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias, o le hayan impedido otorgarlas, modificarlas o revocarlas.*
7. *Los que destruyan, alteren u oculten cualquier disposición mortis causa otorgada por el causante”*

Según este mismo artículo, la acción declarativa de indignidad sucesoria caduca a los 5 años desde que la persona legitimada para ejercitarla la conozca o la haya podido conocer, o a los 5 años desde que el indigno haya tomado posesión de los bienes hereditarios. Algunas causas (las recogidas en el punto 1) son también justa causa de desheredación. En todo lo demás se aplica, supletoriamente, el Código Civil.

Se regula el pacto sucesorio denominado definición, por cuya virtud los descendientes pueden renunciar a todos los derechos sucesorios o sólo a la

legítima, en contemplación de alguna asignación que reciban o hubieran recibido. Sólo a lo que pudiera corresponderles en la sucesión de sus ascendientes que tuvieran vecindad mallorquina en el momento de la definición, y sólo contemplando una compensación que reciban o hayan recibido. Si no se fija el alcance, se entiende limitada a la legítima. Debe ser pura, simple y formalizarse en escritura pública (art. 50).

La definición es también un supuesto de ineficacia de las disposiciones testamentarias, si hubiera en el testamento disposiciones relativas a la legítima del testamento, sea este anterior o posterior a la fecha de la definición. Sin embargo, se mantienen la institución de heredero y los legados a cargo de la porción libre, si la definición se limitó a la legítima (art. 51).

En la no limitada, sí importa la fecha del testamento: si es anterior a la definición, quedan sin efecto todas las disposiciones de carácter patrimonial a favor del renunciante, con una excepción: la dispuesta a favor de descendientes del renunciante que fuera hijo único. Si el testamento fuera posterior, esas disposiciones siguen siendo válidas.

En caso de sucesión intestada, la definición limitada a la legítima no impide que el descendiente sea llamado como heredero, pero no lo será nunca si la definición fuera no limitada, aunque sí podrán serlo sus descendientes, salvo pacto en contrario o salvo que existan otros descendientes no renunciantes, o estirpes de ellos.

## *2.2. Ibiza y Formentera*

La legítima de los hijos y descendientes es variable, e igual sustancialmente a Mallorca. En cuanto a los padres, se remite al Código Civil. No se recoge en el grupo de legitimarios al cónyuge viudo como legitimario, si bien al regular la sucesión intestada en el artículo 84 se establece que adquirirá en la sucesión del difunto el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes, y de dos terceras partes en concurrencia con ascendientes.

El heredero o sucesor contractual podrá pagar la legítima en dinero. Y cabe el pacto de renuncia o finiquito en contemplación de compensación hecha en vida por el ascendiente o heredero contractual.

Esta legítima variable en función del número de hijos procede de la Novela 18 de Justiniano, que establecía una legítima de un tercio si los hijos son cuatro o menos,

y de un medio si son cinco o más. Es un indicio de una mayor perduración del derecho romano en las Islas Baleares.

### 3. Cataluña

El derecho sucesorio catalán destaca por sus numerosas reformas durante los últimos años. Sin embargo, la actual ordenación ha mantenido los principios que regían el Código de Sucesiones, los que “distinguen el derecho catalán de sucesiones de muchos otros ordenamientos” y que, según la exposición de motivos del Código Civil Catalán, han funcionado bastante bien. Estos principios que rigen el derecho sucesorio catalán serían:

- Principio de necesidad de heredero.
- Principio de universalidad del título de heredero.
- Principio de incompatibilidad de títulos sucesorios.
- Principio de prevalencia del título voluntario.
- Principio de perdurabilidad del título sucesorio.

Configura las legítimas como “atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar”, pero afirma que el libro cuarto “acentúa su tendencia secular a debilitarla”, y, por lo demás, parece que no introduce demasiadas modificaciones de fondo en materia de legítimas, aunque sí lo haga, por ejemplo, en materia de pactos sucesorios o en otros aspectos de la sucesión hereditaria. En las legítimas, introduce, principalmente, aclaraciones de aspectos dudosos de la legislación anterior, como pueda ser la regulación de la preterición.

En Cataluña, el antiguo art. 387 del C. de Sucesiones regulaba la reserva viudal, presente también en la anterior Compilación.

La legítima en Cataluña es de una cuarta parte del caudal relicto (art. 451-5), y tal y como la configura el art. 451-1, es un derecho de crédito: “derecho a obtener en la sucesión del causante *un valor patrimonial*”. Tiene, por tanto, naturaleza de *pars valorum*.

El derecho a la legítima nace en el momento de la muerte del causante, y hasta ese momento la legítima no es embargable por deudas de los presuntos legitimarios (Art. 451-2). Se presume aceptada mientras no exista renuncia expresa, pura y simple, y es un derecho que se transmite a los herederos del legitimario.

Son legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales, así como los descendientes de éstos en representación suya, incluso en los casos de hijos declarados indignos. Este derecho de representación se extiende sólo a la legítima, y no a otras atribuciones patrimoniales, salvo que el representante sea llamado por la vía de la sustitución (art. 451-3).

También son legitimarios a partes iguales los progenitores, en ausencia de hijos y descendientes (art. 451-4). No tienen derecho a la legítima, en cambio, si existen descendientes desheredados justamente o declarados indignos. Si sólo sobrevive uno, o la filiación sólo está determinada respecto a uno de ellos, o si el otro progenitor fuera declarado indigno o desheredado justamente, al progenitor restante le correspondería la legítima íntegra.

La cuarta viudal corresponde al cónyuge viudo o a quién convivía en unión estable de pareja tiene derechos sobre la sucesión de su cónyuge o conviviente *more uxorio* premuerto, siempre que, entre los bienes propios, los que le correspondan por la liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya, no tenga recursos para satisfacer sus necesidades. No tiene, por lo tanto, carácter de legítima, sino que su función es asegurar el sustento del cónyuge o pareja superviviente, de la misma manera que lo hacía el artículo 38.2 de la anterior legislación. A pesar de ello, sigue reglas parecidas a las de la legítima en cuanto al cálculo de su importe.

Esta institución otorga el derecho a la cantidad que necesite para atender sus necesidades, con un límite máximo de un cuarto del caudal relicto (art. 452-1). Estas necesidades se calcularán en función del nivel de vida que tenía durante la convivencia, el patrimonio relicto, su edad, estado de salud, salarios o rentas que haya estado percibiendo, sus perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.

Además, en la sucesión intestada el cónyuge superviviente tiene derecho al usufructo universal del cónyuge o pareja estable. Este usufructo se extiende a las legítimas, pero no a los legados ni donaciones *post mortem*. Si concurre con herederos menores de edad, tutelados por él/ella, puede aceptar en su nombre la herencia. El usufructo se rige según las normas generales del derecho de usufructo, y no se pierde por contraer nuevo matrimonio ni por la convivencia estable con otra persona.

## 4. País Vasco

Se rige por la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, 3/1939.

Un concepto fundamental del derecho foral vasco, así como de otros ordenamientos forales españoles, es la troncalidad de los bienes. Manuel Pacheco Gallardo la define así:

*“Se considera que la troncalidad consiste en una estrecha relación que se establece entre los bienes troncales y la familia que los posee. Son bienes troncales aquellos bienes inmuebles que por haber pertenecido a una misma familia a lo largo de varias generaciones se someten a un sistema especial de devolución sucesoria llamado sucesión troncal, regido por el deseo de impedir su salida de la familia de procedencia. En este sistema, el llamamiento a los herederos no viene dado exclusivamente, como en la sucesión personal, por su proximidad de parentesco con el causante, sino también por la pertenencia del llamado a la línea o tronco del que proceden los bienes.”<sup>40</sup>*

La propia exposición de motivos de la ley 3/1939 afirma:

*“la más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno, incluidas las regiones forales de la zona pirenaica.”*

La troncalidad da origen a la creación de un “patrimonio destinado” de carácter sucesorio, y obedece al principio de protección de la familia natural. Es una restricción que busca evitar que los bienes salgan de la familia.

Nuevamente Pacheco Gallardo resalta su función:

*“la troncalidad está ligada a un concepto de familia tradicional y a una economía agraria (...). La troncalidad refuerza la familia y pretende proteger su unidad, estableciendo un interés solidario, creando una especie de comunidad. La familia y la propiedad han ido evolucionando a lo largo del tiempo y, a pesar de ello, la troncalidad es una institución que se mantiene en vigor hoy en día en el ordenamiento vizcaíno.”<sup>41</sup>*

Luís Chalbaud y Errazquin<sup>42</sup> considera a la troncalidad una ligadura ente la propiedad raíz y la familia, para el asiento y conservación de ésta. Es una

---

40 PACHECO GALLARDO, “La troncalidad en el derecho foral de Vizcaya”. Artículo publicado en noticias jurídicas en septiembre de 2008.

41 Ídem.

42 CHALBAUD Y ERRAZQUIN, “La Troncalidad”, Bilbao 1898.

manifestación de la unidad íntima entre la propiedad y la familia, y no solamente rige la sucesión, sino también los actos *inter vivos*: donaciones, ventas y otras formas de enajenación.

#### 4.1 Vizcaya

La legítima que establece el derecho foral vizcaíno es una legítima colectiva de los descendientes. Se divide libremente la herencia entre los hijos, sin necesidad de que cada uno de ellos reciba un mínimo. Así, la legítima se configura, no como un derecho subjetivo de los hijos o descendientes, sino como un instrumento al servicio de la conservación de los bienes dentro del patrimonio familiar. Esta libre distribución de los bienes entre los descendientes buscaba que se pudiese mantener indiviso el caserío familiar.

Esta libertad para distribuir los bienes entre los legitimarios contrasta con la cuantía de la legítima: cuatro quintas partes del caudal relicto (art. 55). Además, el quinto restante sólo será de libre disposición cuando haya suficientes bienes no troncales para cubrirlo.

En defecto de los hijos, son legitimarios los ascendientes, por la cuantía de la mitad de todos los bienes del testador. La otra mitad sería, en ese caso, de libre disposición, siempre que no formen parte de ella bienes troncales (art. 56).

Además de la configuración de la legítima como colectiva, existe una figura que no se presenta en otros ordenamientos españoles, que es el apartamiento: equivale a la desheredación, pero sin necesidad de causa. Así, uno puede desheredar a su hijo siempre y cuando lo mencione en el testamento, ya que en caso contrario habría preterición. Por lo tanto, el testador sólo tiene la obligación de mencionar a todos sus hijos en el testamento, y de distribuir cuatro quintas partes de la herencia entre ellos, sin que importe, a efectos de legalidad, cómo las distribuya.

El cónyuge viudo tiene derechos parecidos a los del Código civil, pero no es designado como legitimario. Además, pierde sus derechos sucesorios en caso de ulterior matrimonio o unión conyugal de hecho, o de existir hijos extramatrimoniales, ya sean nacidos en vida del causante o tras su muerte (art. 58).

Así, vemos claro que la legítima no tiene una función de subsistencia, ni de alimentos (ya que éstos se contemplan en la ley de forma separada de los derechos de legítima): no entra en cuantía de la dote, del patrimonio, en la necesidad... sino sólo atiende a las relaciones, a la comunidad de vida, al parentesco.

La legítima se complementa con una indisponibilidad absoluta sobre determinados bienes “troncales”<sup>43</sup>, que también buscan mantener determinados bienes dentro del patrimonio familiar, como señala el artículo 17.1 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco: “La propiedad de los bienes raíces es troncal. A través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio”. En el derecho foral de Vizcaya, la troncalidad es un pilar básico. Los actos gratuitos sobre bienes raíces a favor de extraños son nulos de pleno derecho.

De la misma manera, la ley foral establece otra serie de reservas, imprimiendo una dirección a los bienes (ganados, comunicados...), en función de su origen.

Según Arriola Arana<sup>44</sup>:

“Esta sucesión indivisa del linaje-solar, íntimamente unida al poderío de la familia, por razones de poder, amor al hogar nativo, culto a los antepasados y todo un complejo ideológico, entre lo que no puede descartarse el mimetismo hacia las formas de disposición hereditaria de las familias más poderosas por otras más modestas en la escala social, conduce a la concepción familiar y troncal de la propiedad del solar y a la necesidad de escoger al heredero más conveniente, es decir, el que reúna el conjunto de cualidades más idóneas para hacer prosperar el Etxe”.

Sin embargo, sea cual sea la razón que subyace, “la sucesión indivisa del linaje-solar” es una característica del derecho germánico, que, si bien era muy rígido en cuanto a las legítimas, se caracterizaba por la importancia del carácter familiar y de estirpe del patrimonio.

Ipiens<sup>45</sup> critica el sistema de reserva troncal o lineal, afirmando que “es indudable que en una época en la que predomina el sistema de familia nuclear, frente al sistema conocido como familia lineal, el principio de troncalidad pierde todo su sentido y significación”.

En los bienes troncales, la legítima se entiende como *pars bonorum*. Además, en estos casos, el sistema de legítimas se extiende a los colaterales (art. 57.2 Compilación). En los no troncales, la legítima se entiende como *pars valoris bonorum*.

El artículo 53 de la ley de Derecho Civil Foral del País Vasco no incluye al cónyuge en la relación de legitimarios. En su artículo 26, establece que el derecho de usufructo del cónyuge se extingue, salvo disposición en contra del testador, por la

---

43 FERNÁNDEZ HIERRO, “La sucesión forzosa”; p. 106.

44 “La sucesión forzosa, de la L. 3/1991 de julio del Derecho Foral del País Vasco”

45 “Breves notas sobre la troncalidad”, Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1989, p. 1.553

existencia de hijos no matrimoniales (habidos durante o después del matrimonio), por ulteriores nupcias, por posterior unión marital de hecho, o por estar, en el momento de fallecimiento del testador, en situación de divorcio o separación por causas que le sean imputables.

#### 4.2 Álava: el Fuero de Ayala.

El Fuero de Ayala reconoce la existencia de herederos forzosos (art. 134.2). Sin embargo, vacía de contenido esta institución, ya que otorga una total libertad de testar mediante la figura del apartamiento: “podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren”(art. 134.1). Este apartamiento no necesita causa, y la ley otorga mucho margen para realizarlo:

##### **“Artículo 135.**

1. El apartamiento podrá ser expreso o tácito, individualizado o conjunto.
2. Se considerará apartamiento tácito la preterición intencional y la desheredación justa o injusta.
3. El apartamiento conjunto de los herederos forzosos comprenderá a todos los existentes en el momento del fallecimiento del causante.

##### **Artículo 136.**

No se considerarán preteridos los legitimarios apartados por cualquier título”.

El apartamiento se regula para evitar la preterición no intencional, mencionándolos, para que sea evidente que se conoce de su existencia y de su condición de legitimarios. Así, esta figura neutraliza las obligaciones hacia los legitimarios, con dos límites: cuando puede presumirse que la preterición no es intencional (art. 137), el heredero forzoso tiene derecho a reclamar la legítima. Otro límite es el apartamiento que afecta a todos los descendientes (art. 138). Si se produce, éstos tendrán derecho a reclamar la legítima larga. Si afecta a uno, tiene derecho a recibir tanto como el menos favorecido de los legitimarios no preteridos. Los descendientes del apartado no se consideran preteridos, y le sustituyen en el apartamiento (art. 139).

Además, el Fuero de Ayala añade una institución propia: el “usufructo poderoso” (art. 140 y ss.). Es un usufructo que, además de las facultades propias del usufructo, da

al titular el derecho personalísimo de disponer a título gratuito de todos o parte de los bienes objeto del usufructo, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, siempre que sea a favor de hijos o descendientes de quien constituyó el usufructo. Sin embargo, éste, en el ejercicio de su libertad de testar, tiene derecho a limitarlo o a señalar las personas a quienes el usufructuario puede otorgar los bienes.

#### 4.3 Guipúzcoa

En Guipúzcoa rige el Código Civil, modificado en algunos extremos por las disposiciones forales, como indica el artículo 153 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco:

*“Rigen en el territorio histórico de Gipuzkoa las limitaciones que a la libertad de disposición por causa de muerte impone el Capítulo II, Título III, Libro III del Código civil, a salvo las determinaciones que recogen los artículos siguientes en pro de la ordenación indivisa del caserío guipuzcoano”.*

Eso incluye el régimen de legítimas, que, por lo tanto, seguirá el régimen común.

Se realiza, sin embargo, una regulación especial en el caso del caserío guipuzcoano como medio para preservar la unidad familiar, y que es tradicionalmente, además, el eje de la explotación económica familiar.

Si el causante dispone del caserío (en testamento o en vida, mediante donación) a favor de herederos forzosos (que sean descendientes o, a falta de éstos, descendientes), el valor del caserío y de sus pertenecidos se excluye del caudal a efectos de cómputo de las legítimas, salvo disposición expresa en contra. Sí se tendrá en cuenta, en cambio, a la hora de valorar la legítima de los beneficiados del caserío, ya que se imputará a su legítima estricta.

La Ley 3/1992 también regula la reserva de bienes comunicados y ganados (artículo 85) y las reservas no troncales (artículos 30 y 70: reserva lineal y viudal).

## 5. Aragón

Aragón procede de una tradición jurídica que tiende hacia una total libertad de testar. A pesar de que el Fuero de Daroca de 1.142 establecía una legítima igualitaria, pocos años más tarde, en el año 1.187, el Fuero de Jaca proclamaba la total libertad de testar sobre los bienes recibidos de hombres de Jaca. A pesar del prestigio alcanzado por el derecho jacetano, la promulgación de los Fueros de Aragón en el S. XIII provocará su desaparición.

El Fuero de Aragón de 1307 establecía como objetivo “proteger la grandeza de las Casas del Reino”, por lo que obligaba a que hubiera un solo heredero, pero otorgando una total libertad de testar en cuanto a los valores patrimoniales: “dejar a sus hijos cuanto quiera”. No se mencionaba a qué cantidad ascendía la legítima, ni tampoco la parte de libre disposición, por lo que se entendía que “*In regno tota hereditas est legitima*”, y se dejaba una cantidad simbólica a los legitimarios para evitar la preterición, haciendo recaer el resto de la herencia sobre un heredero legitimario.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, del 11 de noviembre de 1998, realiza un análisis histórico de la legítima en Aragón<sup>46</sup>. Destaca por resumir la idea inspiradora del derecho foral aragonés: “de todo lo anteriormente expresado, se desprende la idea de la proyección a la familia que ha inspirado siempre el Derecho Aragonés y ahora, al interpretar la norma en la actualidad, no debe ignorarse el Derecho Histórico”, y argumentando que es esa idea la que ha inspirado el sistema de legítimas: “con fundamento en esa idea de protección familiar; el artículo 120 de la Compilación impuso la llamada legítima formal, entendida como presencia de todos los descendientes en la mente del testador”. Además, recoge un costumbre, no presente en la legislación pero exigida jurídicamente, de dejar algo a los hijos<sup>47</sup>, lo que derivó en la legítima formal que conocemos.

---

<sup>46</sup> Ver anexos.

<sup>47</sup> “La práctica notarial expresada en capitulaciones matrimoniales o testamento, así como la práctica judicial expresada en las decisiones del Tribunal Supremo o de la Audiencia Territorial, tendentes a garantizar la seguridad jurídica, coincidían en reconocer, dentro de la libertad de testar, la obligación de dejar algo a cada uno de los hijos, por lo que dicha libertad aparece condicionada a ese «algo», obligación que hunde sus raíces en los referenciados Fueros de 1187, 1307 y 1311, el «quantum eis placuerit» o el «quantum voluerint» se concretó en la evolución que lógicamente hubo de presentar, en la denominada legítima foral, consistente en una atribución de diez sueldos jaqueses, cinco por legítima materna y otros cinco por legítima paterna, o bien, en cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros tantos por bienes sitios y, posteriormente una cantidad de cinco, cien o mil pesetas, así necesariamente los hijos eran nombrados en las diversas

El Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, establecía una libertad de testar total en ausencia de descendientes legítimos (artículo 30), así como una legítima colectiva de dos tercios cuando existieran descendientes legítimos, a distribuir “discrecional y desigualmente” entre ellos.

Actualmente, en Aragón rige la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte.

Las causas de indignidad sucesoria son similares a las del Código Civil, con un supuesto añadido:

“El que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes” (art. 13.c).

Protección del carácter familiar de un inmueble: si varios descendientes heredan conjuntamente un inmueble, forman parte de un “consorcio o fideicomiso foral” mientras el inmueble permanezca indiviso, por lo que solamente podrán transmitir su cuota de dicho inmueble a sus respectivos descendientes (arts. 58 y 59).

Destaca la pervivencia en el derecho foral aragonés de la figura de las “disposiciones a favor del alma o a favor de los pobres” (artículo 158), de herencia germano-cristiana (la *Totentheil*, convertida posteriormente en *donatio pro anima*), aunque ya no afecta al sistema de legítimas.

Según el artículo 171, los únicos legitimarios son los descendientes (de cualquier grado, si bien los hijos son de grado preferente) del causante, con una legítima colectiva que asciende a la mitad del caudal relicto.

La Compilación de 1967 complementaba esta legítima colectiva con una legítima individual de carácter formal: exigía una atribución formal de bienes, no necesariamente con valor patrimonial, sino como participación simbólica de todos los hijos (descendientes de grado preferente) en la herencia. Esta atribución formal no existía anteriormente; sin embargo, la actual legislación restablece la posibilidad de distribuir los bienes “entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse

---

cláusulas de la parte dispositiva del testamento y se evitaba la preterición y la desheredación o no, que quedaba de este modo patente. Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 julio 1862, 25 enero 1867, 7 junio 1883, 13 julio 1900, 7 mayo 1903, 20 mayo 1904, 7 julio 1909, 31 diciembre 1910, 15 octubre 1913, 24 febrero 1915, 17 mayo 1918, 9 julio 1921, 24 marzo y 24 junio 1922 y del Tribunal Supremo de 15 diciembre 1858, 11 marzo y 17 junio 1864, 10 octubre 1879, 30 noviembre 1900, 7 mayo 1903, 31 diciembre 1909, 30 junio 1905, 22 marzo 1906, 31 diciembre 1909, 24 febrero 1915 y 17 mayo 1918, entre otras”.

a uno solo” (art. 171.2). Solamente exige, para que no haya preterición, la mención de los legitimarios de grado preferente que no hayan sido favorecidos en vida del causante, y es bastante cualquier mención “en cualquier parte del testamento”, “aún sin disposición alguna a su favor”, o mediante “cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante” (art. 189, 1 y 2). No basta la mención que no sea específica en el caso de los nacidos después de otorgarse el testamento (art. 189.3).

Sí tiene contenido patrimonial, en cambio, la condición de legitimario a efectos de derecho de alimentos (que en otros ordenamientos se configura según el parentesco, y, que en el derecho aragonés depende de si se tiene la cualidad de legitimario).

También lo tiene en caso de preterición no intencional, que sólo se dará si el causante desconocía la existencia del legitimario (no sabía que existía, aún no había nacido, pensaba que había muerto, etc.), o su condición de legitimario (no sabía que era descendiente suyo, etc.), ya que la preterición se presume intencional, salvo prueba en contrario (arts. 190 y 191).

En ese caso, el legitimario preterido tendrá derecho a una cuota de la legítima igual a la otorgada al menos favorecido (artículo 193).

Además, los artículos 194 a 196 regulan la desheredación, y aún se crea otra figura más para ampliar la libertad de testar del causante: el artículo 197 establece la posibilidad de “exclusión voluntaria de descendientes”: el causante puede “excluir a los legitimarios de grado preferente aunque no concurren los requisitos del artículo 194 y aún sin alegación de causa alguna”. El artículo 198 aún añade otra posibilidad más: la exclusión absoluta, que priva al legitimario incluso de defender la legítima colectiva frente a terceros.

Existe también para los legitimarios la posibilidad de renunciar a la legítima (arts. 173.2 y 177), unilateralmente o como resultado de un pacto sucesorio, y puede hacerse en cualquier momento.

No es legitimario el cónyuge (“descendientes, en cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios”: art. 171.1), como tampoco lo era en la legislación anterior (ley 15/1967), a pesar de que el artículo 13 de la Compilación regulaba una reserva viudal, y de que, desde el momento del fallecimiento del causante, era titular de la posesión y de un derecho de usufructo expectante sobre sus bienes. Este usufructo de viudedad, siendo un derecho sucesorio, queda encuadrado dentro del derecho de familia (como señala la La Resolución de la Dirección General de

Registros y del Notariado del 5 de Agosto de 1977, que señala el “derecho a usufructuar” como un “derecho de la persona y de la familia”).

Sin embargo, sí existen para el testador las limitaciones de la troncalidad (artículos 210 y siguientes), para aquellos que hayan permanecido en su familia durante al menos dos generaciones, distinguiéndose distintos tipos de troncalidad según su procedencia.

Vemos así que en Aragón, tanto porque la condición de legitimarios se otorga solamente a los descendientes, como por la cuantía de la legítima, como por ser esta una legítima colectiva, como por las amplias facultades que se le dan al testador para apartar a alguien de la herencia, se da una libertad de testar casi absoluta.

Además, el sistema sucesorio aragonés tiende a la conservación de los bienes en el patrimonio familiar, mediante la troncalidad y la legítima, y a posibilitar al causante el mantener indiviso el patrimonio y, posiblemente, el caserío familiar, mediante la configuración de la legítima como colectiva, y mediante conceder facultades a cualquier legitimario, llamado o no a la herencia, para ejercitar la acción de reducción de liberalidades (con la excepción del artículo 198).

En la actual legislación, sin embargo, viudedad legal: derecho a usufructuar del otro, pero no se considera legítima. RDGRN 5 Ag 1977 (Ar. 4093): derecho de la persona y de la familia. Se conceden facultades soberanas al viudo para que no se interrumpa la vida familiar. Es inalienable. Institución de derecho de familia, o económico-matrimonial.

## 6. Galicia

En Galicia rige la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia.

El artículo 146.1 hace una relación de legitimarios, pero su apartado 2º remite al Código Civil, señalando que serán legitimarios los herederos forzosos según el Código Civil, y en la cuantía y forma que establece éste.

Según algunos autores, la legítima en Galicia tiene naturaleza de *pars hereditatis*, a pesar de que la ley la defina como “cuota de activo líquido” (artículo 146.1) y de que el artículo 149 exija que sea satisfecha en bienes de la herencia, por lo que podría considerarse también como *pars valoris bonorum*.

La legítima gallega es individual, pero nuevamente es una legítima más teórica que real, ya que admite el apartamiento (artículo 141.1), que vincula también a los descendientes del apartado. Sin embargo, se hace una pequeña limitación formal: el apartamiento exige escritura pública.

Existe una diferencia importante respecto a la regulación del Código Civil, y es la “mejora de tercio y quinto” procedente de las Leyes de Toro, que pervivió en forma de costumbre tras la vigencia del Código Civil, y que fue reconocida por el art. 144.2 de la Ley. Así, la mejora comprendería el tercio de legítima larga y dos quintas partes del tercio de libre disposición, es decir, 7/15 de la herencia. Esta institución estaba ligada a la adjudicación íntegra de la Casa a favor del hijo mejorado, a través del “derecho de labrar y poseer” (arts. 130 y 133 de la LDCG).

### III. LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL

#### 1. Naturaleza de la legítima

Nuestro Código Civil, en su artículo 806, define las legítimas diciendo que "legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla destinado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos". Es "la" porción de bienes que se escapa a la libertad de disponer del causante, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Por eso, "concebir la legítima como una limitación a la libertad de disponer, implica suponer que nuestro legislador se adhiere a la concepción privada del sistema sucesorio, basado en la jefatura familiar y en la propiedad privada que autoriza la libre disposición de los bienes, siendo la legítima una restricción de aquella libertad de testar a favor de descendientes o ascendientes"<sup>48</sup>. Es decir, que implica que partimos de un sistema de libertad de testar, según la tradición jurídica romana, y que la legítima se configura como una limitación a esa libertad de testar (y no de un sistema de sucesión predeterminada, como el germánico, en que las cuotas se atribuyen por ley, y la excepción es la parte de libre disposición).

Sin embargo, el Código Civil no especifica de forma clara cuál es la naturaleza de ese derecho de legítima, por lo que la doctrina ha ido elaborando distintas teorías sobre su naturaleza, entre las que destacan:

- La legítima como ***pars bonorum***: la legítima así entendida sería la obligación del causante a asignar una cuota del activo libre (*portio debita*) a determinados herederos forzosos, por lo que los legitimarios serían cotitulares de los bienes de la herencia hasta que se realizase la partición de la herencia. Sería la configuración justiniana de la legítima (Novela CXV). El artículo 806 del Código Civil parecería señalar esta configuración de la legítima, porque la define como "porción de bienes", pero también permite pagarla en un valor dinerario, por lo que no siempre es una porción de bienes.

---

<sup>48</sup> "Derecho de sucesiones. Presente y futuro". XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 al 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2006. p.197.

- La legítima como ***pars valoris***: equivale a un simple derecho de crédito. El legitimario sólo ostenta un crédito contra la herencia por el valor que representa su legítima. No resultaría adjudicatario, ni tiene una participación efectiva en los bienes de la herencia, sino sería un acreedor personal frente al heredero o herederos. Esta postura se acoge a la autorización que hace el Código Civil en algunos artículos (como el 841) de que la legítima se pague en metálico. Sin embargo, estos casos, según el Tribunal Supremo “son considerados como hipótesis excepcionales” (STS 26 de abril 1997), y la legítima tendría “la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*” (STS 8 de mayo 1989).
  
- La legítima como ***pars valoris bonorum***. Es la postura que defiende Roca Sastre<sup>49</sup>, que la define como aquel derecho que “atribuye en principio a los legitimarios una titularidad sobre una parte del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido”. Este derecho facultaría al legitimario a perseguir los bienes relictos. No le hace titular de los bienes hereditarios, ni de un derecho de crédito, sino un derecho a obtener bienes de la herencia hasta completar un determinado valor. Es el sistema legitimario que siguen Ibiza y Formentera, según los art. 81.1 y 2 y 82.1 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, y también el de Galicia. Se apoyaría en el artículo 842 del Código Civil, que afirma que “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia (...)”. También, en el artículo 818, que establece que “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento”. A su vez, esta configuración de la legítima tendría una variante, cuando deba ser satisfecha en bienes de la herencia y no en dinero: *pars valoris bonorum quiam in specie solvere debet*.
  
- La legítima como ***pars hereditatis***, o asignación de una cuota ideal y alícuota de la herencia bruta, ostentando un derecho real sobre ella, y siendo, por tanto, heredero. Se apoya en la denominación que hace el Código Civil de los legitimarios, a los que llama “herederos forzosos” en los artículos 806, 807 y otros. Sin embargo, el testador puede dejar la legítima mediante cualquier título, y no sólo como heredero. Es la que se

---

<sup>49</sup> ROCA SASTRE, “Naturaleza jurídica de la legítima”, R.D.P., XXVIII, 1994, (p. 190 y ss.)

correspondería con la legítima (reserva) germánica, y con la configuración del derecho castellano anterior al Código Civil.

## **2. Configuración de la legítima**

### *2.1 Legitimarios*

Son legitimarios, según el artículo 807 del Código Civil:

- los hijos y descendientes.
- en su defecto, los padres y ascendientes.
- el cónyuge viudo.

La legítima de los primeros asciende a dos tercios del caudal relicto (un tercio de legítima estricta y otro de legítima larga o mejora). La de los segundos, la mitad (por partes iguales), salvo si concurrieran con el cónyuge, ya que en ese caso sería de un tercio.

El cónyuge viudo tiene derecho al usufructo del tercio de mejora (artículo 834). A falta de descendientes, el usufructo será de la mitad de la herencia (artículo 837), y de no concurrir tampoco con ascendientes, sería de dos tercios de la herencia.

### *2.2 Características de la legítima*

- Intangibilidad cuantitativa

El Código Civil (artículo 803), establece que “el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”. La legítima, por tanto, se encuentra protegida a fin de que llegue íntegramente a los herederos forzosos. El legislador establece una serie de mecanismos para que así sea, protegiéndola tanto en la sucesión, como en los actos dispositivos que realice en vida el causante. Esta institución merece, a juicio del legislador, una protección tan grande, que anula incluso actos jurídicos válidos realizados por el testador en el ejercicio de sus derechos como propietario (artículos 819 y 820, de reducción de donaciones y otras disposiciones).

- Intangibilidad cualitativa

El artículo 803 continúa: “Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”. Por lo tanto, el heredero forzoso deberá recibir su legítima no sólo íntegramente, sino que además no podrá estar afectada por ninguna carga o gravamen.

Además, para mayor protección, el Código Civil prohíbe, en su artículo 816, la renuncia anticipada de la legítima: “Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.”

### *2.3 La mejora*

Manuel Faus la define como:

“Institución típicamente española, que representa una combinación entre la libertad de testar y la sucesión forzosa, robusteciendo la autoridad de los padres y permitiendo distribuir el caudal hereditario conforme a las necesidades y méritos de cada hijo”.

Implica un acto expreso de disposición (art. 825 y 828 CC),

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a su naturaleza, ya que algunos la consideran parte de la legítima (sucesión forzosa) y otros la encuadran dentro de la libertad de disponer. El Código Civil no define la mejora de forma expresa, y le reconoce algunas características propias de la legítima, pero no todas: puede recaer sobre descendientes no legitimarios (nietos en vida de los padres, por ejemplo), goza de la intangibilidad cualitativa de la legítima salvo que sean gravámenes a favor de legitimarios o de sus descendientes (art. 824 CC), etc.

### *2.4 La desheredación con justa causa*

Sería el acto formal (ya que así lo exige la ley), por el que el testador excluye de su derecho a un legitimario, invocando una justa causa legal y cierta. Es decir, la privación de la legítima, motivada por la conducta del heredero hacia el causante o, en algún caso, hacia parientes cercanos a él.

El Tribunal Supremo (Sentencia del 4 de noviembre de 1904) la define más ampliamente como:

“Una institución de derecho civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquellos que debieran heredarle, y tratándose del padre, el medio de castigar valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta o por ofensas que le haya causado se haga indigno de sucederle”<sup>50</sup>.

Aparece ya en el Código de Hammurabi (2.300-2.000 a.C.), es también desarrollado en el Derecho romano tardío (la *exhereditio bona mente facta*, a diferencia de la desheredación sin justa causa, presente en el Digesto XXVIII-II, 18 y XXXVIII-II,12), y se haya presente en muchos ordenamientos contemporáneos, como el portugués, el austríaco, el suizo, el argentino, etc.

Únicamente puede desheredar aquel que otorgó el testamento<sup>51</sup>, y son susceptibles de ser desheredados todos aquellos que son herederos forzosos según el Código Civil.

Es un acto formal, por lo que sólo podrá hacerse en testamento (según el artículo 849 CC), designando al desheredado y expresando la causa legal en que se funde la desheredación (artículo 849), o los hechos constitutivos, aunque no indiquen la causa legal en que se funda.

Se considerará justamente desheredado a:

1. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.
2. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.
3. El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.
4. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

---

50 DÍEZ PICAZO, “Estudios sobre la jurisprudencia civil”, p. 543 y ss., Ed. Tecnos, Madrid, 1966.

51 Como señalaba ya la ley 2, tít. VII de la 6ª Partida: “*todo ome que pueda fazer testamento, ha de poder desheredar a otro de sus bienes*”.

5. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
6. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.
7. Haber perdido la patria potestad (del hijo que le deshereda) por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial.
8. Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.
9. Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación (causa de privación de la legítima a ascendientes).

Otros requisitos:

- Necesidad de probar la certeza de la causa de desheredación invocada, en caso de ser ésta contradicha. La prueba corresponderá a los herederos del testador (Artículo 850 CC), salvo que hubiera sentencia condenatoria o que el testador hubiera formalizado la prueba.
- Necesidad de que no haya habido reconciliación, anterior o posteriormente a la desheredación.

Vemos, por tanto, que el Código Civil excusa del cumplimiento del deber de legítima sólo por causas tasadas (la enumeración de causas opera a modo de *numerus clausus*), de gran gravedad y muy escasas, por lo que parece considerar que es un deber al que sólo pueden actuar como excepción situaciones que se desvían de forma notable, objetiva y comprobable del cauce normal de las relaciones familiares.

### *2.5 La indignidad para suceder*

La legislación establece también otro conjunto de causas, algunas de ellas comunes a la desheredación, que operan de forma automática privando al heredero forzoso de su derecho de legítima, así como de otros derechos que le pudieran haber sido otorgados en testamento. El Código Civil las recoge entre las diferentes causas de “incapacidad para suceder”, aunque algunos autores consideran que, para la indignidad, sería una terminología más correcta “prohibiciones legales de suceder” o “exclusiones de la herencia”.

Son las causas recogidas en el artículo 756:

1. Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.
2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.
3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.
4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.

5. El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.
6. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.
7. Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas (alimentos: sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica).

Se admite el perdón del testador, tanto expreso (en escritura pública), como presunto, si el testador conocía los hechos en el momento de otorgar testamento (artículo 757).

#### *2.6 Otras limitaciones a la libertad de disposición: las reservas.*

En la Sección Quinta, "De las legítimas", está regulada una institución de la sucesión forzosa que no es legítima: la troncalidad. El artículo 811 establece que "el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes

que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden". Este artículo recoge la reserva lineal, por la que los bienes donados al causante que muera sin descendientes, y heredados, por sus ascendientes, deberán volver a su línea de procedencia. Es la institución que más caracteriza algunos de los derechos forales del norte de España, pero se encuentra presente también en la tradición castellana<sup>52</sup>.

A su vez, el artículo 812 regula el retorno de los bienes donados por los ascendientes: "los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió".

La troncalidad tiene como fin que los bienes no salgan de la familia, suponiendo "una estrecha relación que se establece entre los bienes troncales y la familia que los posee"<sup>53</sup>.

En los artículos 968 y 980 CC se recoge la reserva vidual, también llamada reserva ordinaria o familiar. Obliga al viudo/a que vuelve a casarse a conservar para los hijos o familia del 1er marido los bienes donados por éste. Según ROCA-SASTRE, su finalidad, desde el Derecho Romano tardío, es la de proteger a los hijos del matrimonio anterior. Existe en el derecho justinianeo, en el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Partidas, las Leyes de Toro... es tradicional en el derecho castellano medieval.

---

52 Fuero Juzgo, Libro IV -Del linaje natural-, Título II, ley VI "*Más de las que él ovo de parte de sus padres ó de sus avuelos, deven tornar á sus padres ó a sus avuelos cuemo ge las dieron*". Fuero Viejo de Castilla (S. XIII), Título II, "Erencias", libro V, ley I.: "*e la erencia del patrimonio de vela heredar el pariente onde la erencia viene*", y, como veremos también regula el retracto familiar. Fuero Real (S. XIII), libro III -de las herencias- ley X "*Como se han de partir los bienes quando alguno mueriere sin manda*": "*el abuelo de parte del padre herede lo que fue del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fue de la madre*".

53 PACHECO GALLARDO, "La troncalidad en el derecho foral de Vizcaya", Noticias Jurídicas, 2008.

### 3. Fundamentación de la legítima

#### 3.1 Sistemas sucesorios

Los sistemas sucesorios pueden clasificarse, según Menguer<sup>54</sup>, en al menos tres categorías.

- Sistema de acumulación hereditaria forzosa: pretende mantener todo el patrimonio unido, con un solo titular que forzosamente lo vaya transmitiendo sin dividir (patrimonio vinculado).
- Sistema de división hereditaria forzosa, generalmente igualitaria.
- Sistema de libertad de testar.

A éstos podríamos añadir el sistema mixto, del que el español sería el máximo exponente, ya que aúna la división hereditaria forzosa (legítima estricta), la libertad de testar (parte de libre disposición, y, hasta cierto punto, la mejora) y una muestra de la acumulación hereditaria en las instituciones de reservas lineal o troncal. Estos sistemas responderían a una finalidad o bien jurídicamente protegido que les serviría de fundamento, ya que, como dijo Rodolf von Jhering, “el fin es el creador de todo derecho”.

Así, por ejemplo, el sistema de libertad de testar respondería al principio individualista, según Radbruch<sup>55</sup>: “El principio individualista del Derecho hereditario es el de la libertad de testar. Es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte”.

Como afirma la APDC, refiriéndose a la regulación española de los derechos sucesorios (legítima, derechos de predetracción viudal, de ocupación de la vivienda y de imponer determinadas cargas a la herencia), “de la normativa en estudio no se sigue, con claridad, cuáles sean los fundamentos en los que se apoya la atribución de tales derechos” (“Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia”; M<sup>º</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera, María Ysàs Solanes, Susana Navas Navarro, Judith Solé Resina, Grup de Recerca NOVIT; UAB. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, p. 311).

---

<sup>54</sup> MENGUER, “El derecho civil y los pobres”, traducción de A. Posada, Madrid, 1898, p. 393 y ss.

<sup>55</sup> RADBRUCH, “Filosofía del Derecho”, Madrid 1952, p. 206 y ss.

Cabrían, entonces, tres posibles perspectivas:

- Cualquier situación de convivencia puede generar derechos sucesorios, siempre que se den unos requisitos mínimos. En concreto, el modelo inglés (*Inheritance, Act 1975*) exige que se de una situación de dependencia del conviviente supérstite. Sin embargo, hace una previsión para el cónyuge supérstite, que tendría derechos sucesorios por su condición de tal, diferente de la de convivientes que dependan del causante, por supuestos de unión de hecho o por otros motivos, que tendrían solamente “*the maintenance standard*”, la “razonable para su manutención”, esto es, un derecho asimilable a los alimentos *post mortem*.
- Sólo las situaciones de convivencia “familiar” cuyo origen estuviera en el matrimonio. Sería el modelo francés y suizo, ya que aunque el primero reconoce los “pactos civiles de solidaridad y de concubinato” (contrato por el que dos personas organizan su vida en común), no les otorga derechos sucesorios específicos, como tampoco lo hace el modelo suizo a las situaciones de convivencia estable.
- Algunas situaciones de convivencia “familiar”, independientemente de su origen. Este es el modelo que siguen Alemania y Dinamarca, que equiparan al conviviente homosexual al cónyuge, otorgándole derecho de legítima (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, LPartG*, de 16 de febrero de 2001). Sin embargo, es destacable que lo hace calificándolo de “familiar” del causante (art. 10), por lo que el fundamento no sería la propia convivencia, sino su equiparación con las relaciones familiares. En Dinamarca tiene idéntico derecho que el cónyuge supérstite.

En el caso español, la legislación de ámbito estatal no contempla la atribución de derechos sucesorios a otras situaciones convivenciales de ayuda mutua (determinadas situaciones de convivencia, acogimiento de personas mayores, etc.), diferentes de las familiares. Así, “parentesco y matrimonio, familia, se erigen como bases de la atribución de la legítima”.

Según M<sup>a</sup> Ángeles Fernández González-Reguedal<sup>56</sup>, referida a la legítima del cónyuge viudo, “condición necesaria es que medie un vínculo matrimonial válido, independientemente del cariño que se profesen los cónyuges: la legítima se

---

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REQUEDAL, “Los derechos sucesorios del cónyuge viudo con base en el matrimonio”, p.3, VLex, 2006.

fundamenta en la relación matrimonial, y en la existencia y cumplimiento de todo un entramado de deberes que se derivan de la misma; por eso, sólo cuando ésta se rompe se elimina aquélla”.

Sin embargo, las leyes autonómicas, reguladoras de las uniones estables de pareja, se encuentran divididas entre aquellas que reconocen derechos sucesorios o beneficios familiares a favor del conviviente sobreviviente (Cataluña<sup>57</sup>, Aragón<sup>58</sup>, Navarra<sup>59</sup>, Baleares<sup>60</sup>, País Vasco<sup>61</sup> y Andalucía<sup>62</sup>), y las que no le reconocen derechos sucesorios derivados de esa situación de convivencia (Valencia<sup>63</sup>, Madrid<sup>64</sup>, Asturias<sup>65</sup>, Canarias<sup>66</sup>, Extremadura<sup>67</sup>, Cantabria<sup>68</sup>).

### *3.2 Fundamentación de la legítima como deber jurídicamente exigible.*

Es una cuestión controvertida, especialmente en la actualidad, el que la obligación de dejar una determinada porción de bienes a los hijos o descendientes tenga un carácter jurídico por sí misma, o si, por el contrario, es algo que debe quedar al arbitrio de cada cual, en la esfera de libertad e intimidad de la persona y de la familia. Vallet de Goytisolo lo expresa de la siguiente manera:

“Todo nos lleva a admitir, en el terreno moral, como deber del padre no sólo el de alimentar y educar a los hijos no instituidos, sino también el de darles colocación y acomodo para que puedan desenvolverse (...). Pero el “quid” radica en este punto: ¿esas obligaciones morales trascienden del ámbito de la comunidad familiar?”<sup>69</sup>.

O, dicho de otro modo: ¿deben considerarse obligaciones jurídicas? ¿Son materias en las que deba entrar a regular el legislador?

---

<sup>57</sup> Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de Cataluña.

<sup>58</sup> Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, en unión con la Ley 2/2003, Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, que modifica parcialmente la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de Aragón.

<sup>59</sup> Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables, de Navarra.

<sup>60</sup> Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de Baleares.

<sup>61</sup> Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco.

<sup>62</sup> Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de Andalucía.

<sup>63</sup> Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho.

<sup>64</sup> Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

<sup>65</sup> Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables.

<sup>66</sup> Ley canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho.

<sup>67</sup> Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho.

<sup>68</sup> Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho.

<sup>69</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer”, tomo I, p.47

A juicio de Enrique Gil y Robles, en respuesta a la cuestión<sup>70</sup>, “la imposición de la legítima no es una función esencial, sino circunstancial, del poder supremo, cuyo título no es otro que la necesidad, demostrada o determinada por la experiencia de los abusos que contra la justicia y la piedad cometan, con habitual frecuencia, padres desnaturalizados”. A lo que se oponen Cándido Nocedal y Sánchez Román, afirmando que “hay padres desnaturalizados, cierto, son injustos alguna vez. Pero la excepción rarísima no puede ser fundamento y norma para legislación ninguna. Buscad lo común, lo ordinario, lo universal, lo natural, y acertaréis seguramente; preocupándoos de lo excepcional quebrantáis las leyes de la naturaleza”<sup>71</sup>.

A lo que podría objetarse que un legislador no puede dejar de tener en cuenta lo excepcional, en la medida en que el prever solamente las reacciones naturales, ordenadas, perdiendo de vista lo excepcional, dejaría desprotegidos a todos aquellos que fueran víctimas de abusos no naturales o desviados de la regla, de lo común.

Según Michel Villey<sup>72</sup>, la justicia reside en la recta disposición de las cosas a su fin, o según el orden de la creación. La intervención de la ley positiva sería exigible, entonces, en cuanto fuera necesaria para conservar ese orden, y sería rechazable cuando lo perturbe. Sin embargo, señala que, dado que la legislación es necesariamente general, no puede prever todo tipo de situaciones, por lo que una misma disposición podrá ayudar en algunos casos a mantener ese orden, y en otros, en cambio, podrá perturbarlo.

Jesús Delgado Echeverría, por su parte, afirma que el reproche que se pueda hacer a quién teniendo descendientes, deja voluntariamente sus bienes a extraños, es un reproche “meramente moral o social”, ya que actualmente eso no significa dejar a los hijos económicamente desamparados<sup>73</sup>, como podía suceder en otras épocas, asumiendo que esa fue la motivación de esa limitación a la libertad de disponer. En la misma línea, Aurelio Barrido Gallardo afirma que “el fundamento de las legítimas - la solidaridad intergeneracional- debe adaptarse a la nueva realidad de los tiempos en que vivimos y no puede continuar anclado en un contexto que corresponde a la

---

<sup>70</sup> GIL Y ROBLES, “Tratado de Derecho Político”, Madrid, 1961, p.49

<sup>71</sup> NOCEDAL, “Discurso de apertura de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, en 29 de octubre de 1866, citado por Sánchez Román, “Estudios de Derecho Civil”, Madrid 1919, p.730

<sup>72</sup> VILLEY, Curso de Historia de la filosofía del Derecho. París, 1962

<sup>73</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, , “Una propuesta de política del derecho de sucesiones por causa de muerte”, p. 122, Santander, 2006.

sociedad de finales del XIX dado que la herencia es recibida, paradójicamente, cuando la fortuna personal del beneficiario ha alcanzado su momento álgido.”<sup>74</sup>

Sin embargo, es discutible que la fundamentación de la legítima sea la de asegurar la manutención de los hijos, ya que la legítima no entra en cuál sea la situación económica de los herederos forzosos en el momento de la muerte del causante. Esta fundamentación sería especialmente poco sólida en el caso de la legítima de los ascendientes. Además, en la mayoría de casos, herederos forzosos son ya mayores de edad (por lo que el deber de alimentos, en principio, no existiría), y, de necesitar alimentos, bastaría con obligar a dejar un legado de alimentos, figura que se prevé en diferentes artículos del Código Civil.

La legítima tampoco tiene (ni tenía) únicamente su fundamentación, como algunos defienden, en la colaboración que hayan hecho los hijos en el negocio familiar, por lo que podrían tener derecho a una compensación, ni la tiene meramente en el hecho en sí de la convivencia, ya que de ser así, no tendría derechos sucesorios el hijo póstumo, el hijo cuya existencia se ignoraba, el *nasciturus*, el hijo cuya filiación se determina tardíamente, etc. Parece, por lo tanto, que la fundamentación de la legítima sería el vínculo familiar en sí, con independencia de sus circunstancias: mayor o menor convivencia, mayor o menor implicación en los negocios familiares, mayor o menor necesidad...

A la afirmación de Delgado Echeverría, que, haciéndose eco de otros autores con igual postura, señala que el reproche a quién deja sus bienes a extraños “es meramente moral o social”, cabría oponer el principio de derecho natural, que afirma que “el derecho promueve lo que es justo y equitativo”, por lo que, sin llegar a identificarse con la moral, debe promover aquello que es bueno para la sociedad, como sería el fortalecimiento de los vínculos familiares. Principio que sería acorde con la definición que hace Delgado Echeverría del derecho<sup>75</sup>, ya que define la ciencia jurídica como “ciencia del derecho positivo en que el jurista está comprometido en la conformación eficaz de la realidad social según criterios de justicia”.

El fortalecimiento de los vínculos familiares a través del derecho de sucesiones se produciría por el efecto pedagógico del derecho, por los vínculos jurídicos y

---

74 BARRIDO GALLARDO, “Atemperar la rigidez de la legítima”. Publicado por el Departamento de Derecho privado de la Universidad de Zaragoza. Aranzadi Civil num. 21/2007 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007.

75 DELGADO ECHEVERRÍA “Una propuesta de política del derecho de sucesiones por causa de muerte”. Santander, 2006, p. 22 y ss,

económicos, que refuerzan los naturales, y por ser una ayuda para contrarrestar la crisis que sufre actualmente la familia, de la que Castán señala como causas, entre otras, tres que tienen o podrían tener un contenido económico: la crisis económica, la escasez de habitaciones, la dispersión de los miembros de la familia (causada, entre otras razones, por exigencias económicas, profesionales, etc.), y el descenso de la natalidad<sup>76</sup>.

Vallet de Goytisolo señala que:

“Lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate. Por esto, (...) hay que valorar el clima moral social de la época y lugar, las costumbres y los usos vividos, e incluso el mismo objeto o contenido<sup>77</sup> de la herencia en cuestión”.

Por eso, algunos autores (Alonso Martínez, entre otros), pronosticaban que se llegaría a la extensión del régimen de legítimas por la disminución de la moralidad. Como señala Goytisolo, “la conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse si no es con relación al clima social o moral al que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la ley interesa la reacción que provoca en el organismo social al que se aplica”<sup>78</sup>.

Delgado Echeverría<sup>79</sup> señala dos principios (entre otros) acerca de las sucesiones que gozan de aceptación social como éticos:

- “El causante tiene amplia libertad para decidir el destino de sus bienes. Principio que entra en conflicto con el siguiente, por lo que se requiere el correspondiente juicio de ponderación:
- La familia del difunto es destinataria de, al menos, parte de sus bienes”<sup>80</sup>.

---

76 CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, tomo I, vol. I, p. 53.

77 La referencia al contenido de la herencia viene dada por las distintas propuestas de distinción entre tipos de patrimonios que hacen los autores, para distinguir entre rurales y urbanos (ROCA SASTRE,), patrimonios de dinámicos o de producción y patrimonios estáticos o de ahorro rentista (VALLET DE GOYTISOLO,) y otros autores que, sin entrar en clasificaciones, distinguen las consecuencias de la fragmentación del patrimonio en función del tipo de patrimonio (tierras, caserío, empresa artesana, pequeña empresa industrial, etc.), la geografía (ATUBE), etc. En función del tipo de patrimonio, un sistema de fragmentación de la propiedad podría poner en peligro su explotación.

78 VALLET DE GOYTISOLO, “Apuntes de Derecho Sucesorio”, Epílogo, p. 621 y ss. Madrid 1955.

79 Ídem.

80 DELGADO ECHEVERRÍA, “Una propuesta de política del derecho de sucesiones por causa de muerte”, p. 97, Santander, 2006.

## IV ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL SISTEMA DE LEGÍTIMAS

Dada que la discusión acerca del sistema de legítimas se centra en la dicotomía legítimas-libertad de testar, podrían clasificarse en:

### 1. Argumentos a favor del sistema de libertad de testar

#### 1.1 *Jurídicos:*

- El mismo derecho de propiedad sobre el patrimonio. Duran i Bas opone el derecho de propiedad a la sucesión forzosa, defendiéndolo en los siguientes términos:

“La mejor de las libertades es la que nos permite arreglar nuestro patrimonio conforme a nuestro albedrío y que no nos obliga a amoldarlo a la ciega voluntad del Estado, que no puede saber lo que nos conviene. ¿De qué sirven sin eso todas las demás libertades? ¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?”<sup>81</sup>.

#### 1.2 *Económicos*

- la fragmentación del patrimonio familiar es antieconómica, especialmente, en el ámbito agrícola. Obliga a dividir los patrimonios y las fortunas, favorece a la formación de la sociedad de masas, según Vallet de Goytisoló<sup>82</sup>.
- Como señala Vallet de Goytisoló<sup>83</sup>, la libertad de testar pretende delegar en el padre la decisión, en cada caso, del mantenimiento de la unidad de los herederos o de su división, apreciando la posibilidad o conveniencia de cada solución y su medida, en función de la situación familiar. Sin embargo, como apunta el mismo Vallet de Goytisoló “esta situación requiere que las costumbres hayan enseñado a los padres a saber usar de esa libertad”.

---

<sup>81</sup> DURAN I BAS, “Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña”. Barcelona, 1883, p. 218

<sup>82</sup> VALLET DE GOYTISOLO, “Limitaciones de derecho sucesorio a la libertad de disponer”, Tomo I, p. 40.

<sup>83</sup> VALLET DE GOYTISOLO “Limitaciones de derecho sucesorio a la libertad de disponer”, Tomo I, pags. 54 y ss.

### 1.3 Moral-pedagógicos y sociales;

- Refuerza la autoridad de los padres, fomenta la unidad familiar en torno a los padres.
- La no interferencia del derecho positivo en el ámbito familiar: Federico Carlos de Savigny<sup>84</sup>: la familia “tiene un carácter de necesidad independiente del derecho positivo”, ya que las relaciones de familia “sólo bajo un aspecto pertenecen al Derecho positivo, y aún puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la parte más importante pertenece a un dominio muy distinto del jurídico”. Sánchez Román<sup>85</sup> afirma que:

“El derecho legislativo debe reconocer amplia esfera, dentro de la cual cada hogar se desenvuelva en completa libertad, dejando obrar al instinto de conservación, que los lazos que unen a los miembros de la familia hacen surgir para ésta... y mediante el régimen propio que, a virtud de ese instinto y en armonía con la naturaleza de las relaciones familiares, da nacimiento a su peculiar esfera de derecho. Todo lleva a proclamar la libertad de la constitución doméstica, y su proclamación requiere, como natural consecuencia, la de la libertad de testar, por más conforme a las relaciones de familia, sin la que poco o nada significaría aquélla”.

- La libertad de testar estimula la el esfuerzo de los hijos (según Joaquín Costa, Duran y Bas, etc.).
- Otros: conserva las familias, mantiene el espíritu y las tradiciones de la familia, es escuela de cumplimiento de los deberes familiares, etc.

---

<sup>84</sup> DSVIGNY, “Sistema del derecho Romano Actual”, versión de J. Mesia y M. Poley, Madrid, p. 26 5 y ss.

<sup>85</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, “Estudios de Derecho Civil”, Madrid, 1910, p. 723

## 2. Argumentos a favor del sistema de legítimas

### 2.1 Jurídicos

- La función social del patrimonio. Según López Sanz, "Por definición programática, la propiedad debe cumplir una función social"<sup>86</sup>. La familia, como célula básica de la sociedad, debe prestar apoyo económico a sus miembros. Contra esta teoría, Aurelio Barrio Gallardo<sup>87</sup> dice:

"Como subraya Delgado 88, «en la sociedad actual, en la que perdemos a nuestros padres más cerca de nuestros cincuenta años (y la cifra sube) que de los treinta, cuando quien no tiene resuelta la vida (...) raro será que pueda enderezarla con el apoyo de una cuantiosa y tardía herencia de sus padres, me parece difícil encontrar argumentos fuertes para introducir una intervención del Estado correctora de las disposiciones de los particulares. El interés público no está en juego».

Más adelante, el catedrático aragonés afirma:

«La sociedad ha cambiado (...). La vida de los hijos (sus proyectos vitales y la posibilidad de realizarlos) no dependen de los bienes que hereden de sus padres a la muerte de éstos (...). El alargamiento de la duración de la vida hace que se herede a una edad en que (no) recibir un incremento patrimonial (...) no altera una forma de vida ya desarrollada sobre otras bases económicas, fundamentalmente el propio trabajo».

- Presunción jurídica de copropiedad de los bienes familiares. Sánchez Román, pese a no admitir del todo su existencia, la define así:

"Cierta especie de condominio virtual a un derecho indirecto y subsidiario de unos individuos de la misma familia en los bienes de los otros, nacidos de los lazos que los ligan o de las obligaciones naturales que suponen la constitución y conservación de los mismos"<sup>89</sup>.

- Unida a cierta presunción de copropiedad, está la teoría del fideicomiso tácito. Según esta teoría,

"El padre, o ha heredado de sus mayores los bienes que posee o los ha adquirido de su propia industria. En el primer caso, sus mayores no se los han transmitido a él para él sólo, sino para los descendientes que de él tuvieran: le han constituido en una especie de

---

<sup>86</sup> LÓPEZ SANZ, Curso elemental de Derecho Civil, p. 211, Ed. Bello, Valencia 1987

<sup>87</sup> BARRIDO GALLARDO, "Atemperar la rigidez de la legítima". Publicado por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Zaragoza. Aranzadi Civil num. 21/2007 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007

<sup>88</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, "Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones". P. 125, 127 y 128.

<sup>89</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil". Madrid, 1910, p. 734.

mandatario o depositario, y faltaría a la confianza que de él hicieron si, por pasión o por antojo, interrumpiese la cadena de la transmisión hereditaria. En el segundo caso, cuando se trata de bienes adquiridos por el padre con su trabajo, como el padre no es producto de una generación espontánea, como la familia ha hecho de él todo lo que es, transmitiéndole, junto con la sangre, sus facultades espirituales, como un eslabón en la cadena de la familia, como ha heredado de ella sus cualidades económicas, como aquellos bienes no habría podido adquirirlos sin la inteligencia, la educación y el ejemplo de sus abuelos (...), viniendo, por tanto, a ser éste un mero depositario de los bienes adquiridos, lo mismo que de los heredados<sup>90</sup>.

Radbruch se refiere a ella en los siguientes términos:

“La familia, entonces, no es sólo un centro de relaciones personales entre parientes, sino una totalidad suprapersonal por encima de dichos hombres, que no puede estar limitada al círculo de aquellas relaciones personales, sino que más bien abraza como una unidad, sobre la distancia de los tiempos, a las generaciones presentes y pasadas y sobre las diferencias de los grados a todos los parientes próximos y lejanos<sup>91</sup>”.

Peguy afirma que así, “la noción de la propiedad se ennoblece”, “se transforma como en un depósito. El titular no se considera con todos los derechos sobre esta tierra, sobre esta casa. Un contrato tácito le vincula a sus predecesores y a sus sucesores”.

## *2.2 Moral-pedagógicos y sociales*

- La riqueza acumulada ha sido en el entorno y gracias a la familia, que ha actuado como estímulo y motivación, conociéndose que ese sería el destino de los bienes.

- Efecto pedagógico del derecho: Franco López<sup>92</sup> señala que:

“hayándose los padres con la libertad actual de distribuir los bienes con arreglo a su prudencia, dejan de ordinario, aún a los hijos a quienes no instituyen herederos, mayor parte de bienes que la que probablemente les dejarían sabiendo que cumplían con la ley, no señalando más a cada uno de ellos que lo que taxativamente le correspondiese (...)”.

- Continuación de la personalidad del padre en lo espiritual, y también en lo patrimonial, siguiendo la etimología de la palabra “sucesión” (ponerse en el

---

90 COSTA, J. Artículo publicado en “El notario.com”.

91 RADBRUCH, “Filosofía del Derecho”, Madrid 1952, p. 206 y ss

92 FRANCO LÓPEZ, “Memoria de las instituciones que deben seguir subsistentes en el Derecho Aragonés”, Zaragoza, 1886, p. 137.

lugar de). Schaffle<sup>93</sup> se pregunta: “¿En quién mejor puede continuar viviendo la obra que en manos de aquellos que crecieron en el círculo de la acción del causante, o que éste ha formado como continuadores, es decir, sus herederos legales o voluntarios?”.

- La libertad de testar puede dar lugar a abusos o injusticias del padre.
- La familia como órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral. Francisco Puy Muñoz entiende el derecho sucesorio como derecho a la tradición, “a ser beneficiario de la labor de todos los antepasados en general”<sup>94</sup>, que se considera consecuencia de la racionalidad del hombre. Define al hombre como sujeto de memoria, de sucesión, tradición, entrega y reentrega, etc., deduciendo que es un derecho natural de la persona humana “el derecho a la tradición, a la entrega, al aprovechamiento del pasado, a ser sujeto activo y pasivo de la sucesión”. Bourget<sup>95</sup> le da aún mayor importancia a la sucesión y a la familia como órgano de duración:

“Tan atrás como nos remontemos a través de los anales de la Humanidad, nos encontraremos que su constante esfuerzo, que su lucha por la existencia, ha dado lugar a la constitución de órganos de duración, gracias a los cuales cada generación no supone un eterno vuelta a empezar”.

Algunas, como el lenguaje, la escritura, la imprenta... servirían para conservar y transmitir las adquisiciones de orden intelectual. El hogar, la casa, para conservar otras de orden tanto material como moral.

“Estas adquisiciones son por definición familiares. (...). Un hogar es el rincón limitado en torno al cual se aprieta un grupo de seres unidos por la sangre. Una casa, por tanto, es el abrigo cerrado en donde este grupo se inserta o se individualiza. Ahí tenemos el principio hereditario.”

También Rafael Gamba<sup>96</sup> y otros autores han entendido la sucesión siguiendo teorías similares, vinculadas a los conceptos de arraigo y duración, calificándolos incluso de “primeros derechos”.

- La propia moral social, expresada por Alonso Martínez en la siguiente afirmación: “No es justo y bueno en sí un sistema que permite enriquecer a

---

93 SCHAFFLE, Capitalismo y socialismo, 1870, 4ª conferencia.

94 PUY MUÑOZ, “Lecciones de derecho natural”, Santiago de Compostela, 1970, p. 443 y ss

95 BOURGET, (“Reflexiones sobre la herencia”, en “Al servicio del orden”, París, 1929. P. 173 y ss.

96 En “El silencio de Dios”, Madrid, 1968, p. 142 y ss.

un extraño a expensas de la familia”<sup>97</sup>. Este principio probablemente tenga una acogida generalizada en la conciencia social, aunque no de forma absoluta, ya que las protestas a favor de la libertad de testar van frecuentemente vinculadas a la conducta de los herederos forzosos. Por lo tanto, habría una concepción moral común de que la herencia debe quedar, principalmente, en el ámbito familiar, salvo que la conducta de los legitimarios haga que no sean merecedores de ellos.

- A nivel político, el fortalecimiento de los cuerpos sociales intermedios, de los cuales la familia es el primero y más importante, actúa como límite al excesivo poder estatal.

Se ha hablado de la injusticia de una distribución igualitaria, entendiendo igualdad en su sentido aritmético, con cierta razón (justicia en sentido clásico: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”). Sin embargo, no es el caso del ordenamiento español, ya que no fuerza a distribuir la herencia en partes iguales, sino que solamente un tercio se reparte en cuotas alícuotas, reservando un tercio para la libre disposición del causante, y un tercio más, la legítima larga o mejora, para asignar a aquél o aquellos herederos forzosos que por su conducta, necesidades, etc., merezcan ser especialmente beneficiados en la herencia, a juicio del causante.

---

97 ALONSO MARTÍNEZ, “El Código Civil en relación con las legislaciones forales”, Madrid, 1947, p. 142

## CONCLUSIONES

Visto y analizado el fundamento y naturaleza de la institución legitimaria, así como la distinta regulación que de la misma se ha hecho en los distintos ordenamientos existentes en territorio español, y analizadas sus bondades y carencias, se llega a la conclusión de que no puede alegarse una “caducidad” de la legítima por haber cambiado las estructuras sociales que vieron su nacimiento. Si el motivo por el que se alega que el sistema de legítimas ha dejado de ser válido es que se hayan producido determinados cambios en las estructuras familiares, economía, estilo de vida, etc., conforme a lo estudiado, los cambios que se produzcan no afectan a la “legitimidad” de la legítima, ya que esta tiene su fundamento principal en el propio vínculo familiar, ya sea biológico o por adopción, algo que no alteran los cambios que puedan producirse en la sociedad.

Este hecho se deduce tanto de la legislación civil común referida a la legítima, como a otras instituciones (reservas, etc.) que protegen de otras formas la perduración del en el ámbito familiar. Incluso instituciones diferentes o aparentemente contrarias a la legítima, por razones del momento histórico o de características locales (geografía, economía....) de donde surgen, buscan también la unidad de la familia a través de la transmisión del patrimonio (como sería las normas que buscan permitir que se conserve la casa familiar indivisa), por lo que el derecho sucesorio actuaría ligado al derecho de familia y no como una mera manifestación más del derecho de propiedad.

Las limitaciones a la facultad de disponer se encuentran presentes, principalmente, en el ordenamiento germánico, ordenamiento que muestra una gran valoración de los vínculos familiares (por su estructura, por el detalle con que regula el parentesco, medido, además, en círculos, expresivos de grupo o comunidad), pero también se encuentran presentes en ordenamientos como el romano, con un mayor individualismo jurídico. En el caso romano, surgirían durante una fase de decadencia moral de la sociedad romana, antes de la cual no eran necesarios, y como una manifestación de la conciencia de ser esto un deber natural.

Por ello, los cambios producidos en la sociedad y en la moral social no sólo no hacen impropio un sistema de legítimas, sino que lo hace especialmente necesario, ya que con unas estructuras sociales adecuadas a la naturaleza de la institución y un comportamiento natural, la actuación del causante tenderá al interés superior del

grupo familiar (“como un buen padre de familia”), y sería prácticamente innecesaria la regulación.

Sin embargo, también existe una cierta reivindicación social de libertad de testar, encaminada fundamentalmente, según los argumentos de los autores a que he tenido acceso, a utilizar la herencia como medio de coacción para que los descendientes cumplan con sus deberes filiales, o para sancionar su incumplimiento.

En este sentido, parece razonable que aquel hijo que descuida a sus padres tenga una sanción económica en la herencia, total o parcial, por lo que mi propuesta sería establecer nuevos supuestos de desheredación, total y parcial, en función de la gravedad del incumplimiento, para que la ley se haga eco de situaciones nuevas y promueva, por el efecto pedagógico de las leyes, el cumplimiento de los deberes filiales (ya que “el derecho, si no es justo, no es derecho”).

Por lo tanto, podría añadirse, a semejanza del nuevo Código Civil Catalán, un tercer apartado al artículo 853 para incluir una situación que viene dándose con cierta frecuencia: el “hijo rebelde” (que ha alcanzado ya la edad madura), desvinculado de forma permanente de su familia, etc.

Situación que la sociedad civil reclama que se regule, adecuando así el derecho sucesorio a los cambios producidos en la sociedad. Por tanto, el nuevo artículo 853 podría quedar de la siguiente manera:

“Artículo 853. Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes:

1. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
2. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.
3. El abandono grave y continuado del causante por parte del legitimario”.

Sin embargo, el concepto de “abandono” puede comportar mayores dificultades de concreción y prueba que el texto catalán, que recoge un fenómeno similar, aunque con menores exigencias, cuando configura como causa de desheredación “la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el

legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”, por lo que habría que evaluar la oportunidad de una y otra redacción.

A pesar de que no parece razonable que criterios de tipo económico sean los que predominen en el derecho de sucesiones, tan estrechamente vinculado al derecho de familia, también es razonable tener en cuenta aspiraciones legítimas de permanencia de determinados bienes dentro de una familia, especialmente los inmuebles, por lo que los distintos ordenamientos forales no atentarían contra las razones que fundamentan el sistema de legítimas, en la medida en que las razones que motivaron dichas normas sigan vigentes. En esta finalidad estaría probablemente la razón de sistemas sucesorios diferentes al sistema de legítima individual, a pesar de que probablemente se produciría, en la práctica, una cierta compensación mediante donaciones *inter vivos*.

Dada la disparidad de configuraciones de la legítima, unificar su naturaleza haría más accesible el derecho de sucesiones a los ciudadanos, los cuales se encuentran frecuentemente perdidos entre la pluralidad de ordenamientos y sus distintas regulaciones. Así, reconozco las ventajas de los ordenamientos como el catalán y balear que configuran la legítima como una *pars valoris* o una *pars valoris bonorum*. La práctica ha demostrado que de esta manera, la voluntad obstativa de alguno de los legitimarios no paraliza el proceso de aceptación y partición de la herencia por parte de los herederos, contribuyendo de esta manera a una mayor agilidad y dinamismo en el tráfico jurídico. A pesar de ello, soy consciente de la dificultad de introducir una reforma tan sustancial en un texto como el Código Civil, que se ha demostrado muy esquivo a las modificaciones. De igual modo he dejado al margen la regulación de los derechos del cónyuge viudo, exclusión que he hecho extensiva a los derechos de los convivientes *more uxorio*, cuyo análisis considero que excede del presente trabajo.

Quedando la legítima uniformemente considerada como una *pars valoris bonorum*, se flexibilizaría su gestión (al ser un derecho de crédito y no un derecho real), se salvaguardaría la permanencia en las familias de determinados bienes (cuyo valor fuese superior a la legítima asignada a cada legitimario, como sucede frecuentemente con el caserío guipuzcoano), y el componente afectivo de heredar en bienes de la herencia (*pars hereditatis*, *pars bonorum* o *pars valoris quiam in specie solvere debet*) quedaría salvaguardado al tener el legitimario la posibilidad de heredar en bienes de la herencia.



## Bibliografía

### Manuales, libros:

ALONSO MARTÍNEZ, M. *El Código Civil en relación con las legislaciones forales*. Madrid, 1947.

ALTAMIRA, R. *Cuestiones de historia del derecho y de Legislación comparada*. Ed. Sucesores de Hernando, 1914.

BARRIO GALLARDO, A. *Atemperar la rigidez de la legítima*. Publicado por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Zaragoza. Aranzadi Civil num. 21/2007 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007

BOURGET, P. *Reflexiones sobre la herencia*, en *Al servicio del orden*. París, 1929.

CALATAYUD SIERRA. "Consideraciones acerca de la libertad de testar". *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. IX, 1995.

CASANOVA BURGUÉS, A. *Eliminar la legítima: ¿por qué no?*. Artículo publicado en "Togas" de "La Vanguardia", en octubre de 2007.

CHALBAUD ERRAZQUIN, L. *La Troncalidad*. Ed. Dykinson. Bilbao, 1898.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo 5, vol. I. Madrid, 1984.

CHECA ZAVALA, E. *Apuntes de Derecho Foral Balear*, en *Historia de Mallorca*, de J. Mascaró Pasarius. P. 218 y ss., Ed. Vicente Colom Roselló, Palma de Mallorca, 1978.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Una propuesta de política del derecho de sucesiones por causa de muerte*. Santander, 2006.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones*. Santander, 2006.

DÍEZ PICAZO, L. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Ed. Tecnos, Madrid, 1966.

DURAN Y BAS, M. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883, p. 218.

FRANCO LÓPEZ, L. *Memoria de las instituciones que deben seguir subsistentes en el Derecho Aragonés*. Zaragoza, 1886.

- GAMBRA CIUDAD, R. *El silencio de Dios*. Madrid, 1968.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M. *Herencia y patrimonio familiar en la Castilla del Antiguo Régimen Efectos socioeconómicos de la muerte y la partición de bienes*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1995, p. 130 y ss.
- GIL ROBLES, J.M. *Tratado de Derecho Político*. Madrid, 1961.
- LÓPEZ SANZ, S. *Curso elemental de Derecho Civil*. Ed. Bello. Valencia 1987
- MENQUER, A. *El derecho civil y los pobres*. Traducción de A. Posada. Madrid, 1898, p. 393 y ss.
- MONTESQUIEU, "Del Espíritu de las Leyes". Ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- NOCEDAL RODRÍGUEZ DE LA FLOR, C. *Discurso de apertura de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid*, en 29 de octubre de 1866, citado por SÁNCHEZ ROMÁN, en *Estudios de Derecho Civil*. Madrid 1919, p.730
- PACHECO GALLARDO, M. *La troncalidad en el derecho foral de Vizcaya*. Artículo publicado en noticias jurídicas, septiembre de 2008
- PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho Romano*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- PÉREZ PRENDES, J.M. *Interpretación histórica del derecho*. Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1996.
- PUY MUÑOZ, F. *Lecciones de derecho natural*. Santiago de Compostela, 1970.
- RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*. Madrid 1952, p. 206 y ss.
- ROCA SASTRE, R.M. *Naturaleza jurídica de la legítima*. Anuario de Derecho Civil. Barcelona, 1994.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1910.
- SAVIGNY, F.K. *Sistema del derecho Romano Actual*. Versión de J. MESIA y M. POLEY. F. Gongora y Compañía, Editores. Madrid, 1979.
- SCHAFFLE, A. *Capitalismo y socialismo*, 4ª conferencia. Munich, 1870.
- SOHM, R. *Instituciones de derecho privado romano*. Traducción de W. Rocés, Biblioteca de la revista de derecho privado.
- TOCQUEVILLE, A. *La democracia en América*. Madrid, 1894, p. 37.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. INEJ. Madrid, 1974.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Apuntes de Derecho Sucesorio*. Madrid 1955.

VILLEY, M. *Curso de Historia de la filosofía del Derecho*. París, 1962

**Revistas:**

Actualidad Jurídica Aranzadi nº 580, Tribuna, Pamplona, 2003.

COSTA, J. Artículo publicado en “El notario.com”.

DAVILA GARCIA, J. *Herederos y legitimarios (donde hay herencia no hay legítima)*. Artículo publicado en “Revista crítica de derecho inmobiliario”, num. 185.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUEDAL, M.A. *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo con base en el matrimonio*. VLex, 2006.

GONZALEZ BOU, E. y otros. Seminario “El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales”, en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander.

IPENS LLORCA, A. *Breves notas sobre la troncalidad*. Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1989.

*Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 al 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2006. p.197.



## **ANEXO I:**

“Me causa sorpresa que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones mayor influencia en la marcha de los derechos humanos. Estas leyes, a la verdad, pertenecen al orden civil, pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas, en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas sólo son la expresión. Tienen, además, un modo seguro y uniforme de obrar sobre la sociedad, pues se apoderan, en cierto modo, de las generaciones aun antes de que nazcan. Por su medio se haya armado el hombre de un poder casi divino sobre el poder de sus semejantes. El legislador arregla la sucesión de sus ciudadanos, y descansa durante siglos enteros: después de imprimir el movimiento a su obra puede retirar de ella su mano: la máquina obra por sus propias fuerzas y se dirige por sí sola hacia un objeto indicado de antemano. Constituida de cierto modo, reúne, concentra y agrupa en torno de cierta cabeza la propiedad, y poco después el poder hace surgir, en cierto modo, del suelo a la aristocracia. Conducida por otros principios y lanzada en otra senda, su acción es más rápida todavía: divide, distribuye y disemina los bienes y el poder; acontece entonces, algunas veces, que asusta la rapidez de su marcha; desesperando de detener su movimiento, se procura al menos suscitar ante ella dificultades y obstáculos; se quiere contrapesar su acción por medio de esfuerzos contrarios; ¡cuidados inútiles!, destruye o hace volar en pedazos todo cuanto se encuentra a su paso, se levanta y vuelve a caer incesantemente sobre el suelo, hasta que ya no presenta a la vista más que un polvo movedizo e impalpable, sobre el cual se asienta la democracia”.

*La democracia en América*, Alexis de Tocqueville, Madrid, 1894, p. 37.



## ANEXO II

### **Sentencia de 11 de noviembre de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal).**

Don Juan, don Francisco y don Jesús L. C. promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra don Angel y doña Natividad L. C. y contra los herederos legales de don Antonio L. C. en demanda de la porción que les corresponde en el caudal hereditario de doña Pilar C. L., porción que se formaría reduciendo la participación del legitimario don Angel L. C. conforme a lo dispuesto en los arts. 123 y concordantes de la Compilación de Aragón. El Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Zaragoza dictó el 14-9-1996 Sentencia desestimatoria de la demanda, contra la que los actores interpusieron recurso de casación directo. El TS dictó el 10-3-1998 Auto declarando la competencia del TSJ de Aragón para el conocimiento del recurso. El TSJ de Aragón, con el voto particular de disenso de dos de los cinco integrantes de la Sala, declara haber lugar al recurso interpuesto, casa la sentencia recurrida y declara que don Juan L. C., actualmente fallecido, don Francisco L. C., don Jesús L. C., doña Natividad L. C. y don Antonio L. C, también fallecido, fueron preteridos en el testamento de su madre, doña Pilar C. L. otorgado ante el notario de Zaragoza señor R. L. al núm. 672 de su Protocolo de fecha 2-4-1990, correspondiendo a los mismos una sexta parte de la legítima colectiva integrada por los dos tercios del caudal hereditario de la causante, que se formará reduciendo en dicha proporción lo recibido en herencia por don Angel L. C. instituido heredero en el testamento.

Recurso de Casación Núm.: 4/1998

Ponente: Excm. Sra. D.ª Rosa M.ª Bandrés Sánchez- Cruzat

#### SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

D. Benjamín Blasco Segura (Presidente)

D. Vicente García-Rodeja y Fernández

D. Fernando Zubiri de Salinas

D. Manuel Serrano Bonafonte

D.ª Rosa M.ª Bandrés y Sánchez-Cruzat

En Zaragoza, a once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

En nombre de SM el Rey.

Visto por esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón Recurso de Casación directo núm. 4/1998, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza en fecha 14 septiembre 1996, dimanante de Auto de Juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 551/1995-C sobre preterición, recurso promovido a instancia de don Juan L. C. y tras su fallecimiento por su hijo y heredero don Alberto L. V., don Francisco L. C. y don Jesús L. C. representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Elisa Lasheras Mendo, asistidos del Letrado don Pedro López Abecia, no estando personados y siendo partes doña Natividad L. C., don Antonio L. C. y como demandado don Angel L. C. en situación de rebeldía en la causa.

Debiendo tenerse la cuantía de este procedimiento como inestimable.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-Por la Procuradora de los Tribunales, doña Ana Elisa Lasheras Mendo en nombre y representación de don Juan L. C., don Francisco L. C. y de don Jesús L. C. y mediante escrito presentado ante el Juzgado de Primera Instancia de los de Zaragoza se formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Angel L. C. contra doña Natividad L. C. y contra los herederos legales de don Antonio L. C. y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes suplicó una «sentencia por la que estimando la presente demanda se declare que mis mandantes, así como doña Natividad y don Antonio L. C. fueron preteridos en el testamento de su madre doña Pilar C. L., condene a los demandados a estar y pasar por tal declaración con todas las consecuencias que la ley define y consecuentemente conceda a cada uno de los demandantes así como a doña Natividad y don Antonio L. C. el derecho a una porción en el caudal hereditario de la causante doña Pilar C. L., porción en el caudal que se formará reduciendo proporcionalmente la participación del restante legitimario, don Angel L. C. conforme determinan los artículos 123 y concordantes de la Compilación del Derecho Civil de Aragón a practicar en el período de ejecución de sentencia, debiendo estar y pasar doña Natividad L. C. y los herederos legales de don L. C. por tal declaración y todo ello con expresa condena en costas a los demandados».

**SEGUNDO.**-Por el Procurador don Rafael Barrachina Mateo, en nombre y representación de don Alberto L. V., heredero único de don Antonio L. C., se presentó escrito de contestación a la demanda en el que se allanó a los pedimentos expresados en el suplico de la referida demanda con excepción hecha de la condena en costas.

**TERCERO.**-Por la Procuradora de turno de oficio doña M.<sup>a</sup> Dolores Sanz Chandro en nombre y representación de doña Natividad L. C. se presentó escrito de contestación a la demanda con el suplico de que se le tenga por allanada a la demanda interpuesta por la representación de los actores don Juan, don Jesús y don Francisco L. C., por encontrar conformes todos los pedimentos con el suplico de la demanda. El demandado don Angel L. C., no contestó a la demanda, y fue declarado en situación procesal de rebeldía.

**CUARTO.**-Practicada la prueba que fue declarada pertinente y seguido el juicio por sus trámites, el Magistrado-Juez del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 2 de Zaragoza, en fecha 14 de septiembre de 1996 dictó Sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «Se desestima la demanda

deducida por la representación procesal de Jesús L. C., Francisco L. C. y Juan L. C., contra Alberto L. V., heredero de Antonio L. C., Natividad L. C. y Angel L. C. sin hacerse una especial imposición de las costas causadas en este juicio. Y por la rebeldía del demandado don Angel L. C., dése cumplimiento a lo prevenido en el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a no ser que la representación procesal de la actora inste la notificación personal de esta sentencia dentro de los tres días siguientes a la publicación».

**QUINTO.**-Frente a dicha sentencia, la representación de los demandantes, anunció ante el Juzgado su propósito de interponer recurso de casación y por Providencia de 24 septiembre 1996 del Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza se tuvo por preparado el recurso de casación directo; Por Auto de 4 marzo 1997 el Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza acordó remitir los autos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer ante la misma en el plazo de treinta días.

**SEXTO.**-El Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez y Fernández Novoa en nombre de don Juan L. C., don Francisco L. C. y don Jesús L. C., compareció y formalizó el recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 1 de abril de 1997, alegando como tema «cuestión sucesoria regulada por el Derecho Civil Foral Aragonés y más concretamente por preterición».

**SEPTIMO.**-Don Alberto L. V. a quien también representa el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez y Fernández Novoa compareció y presentó escrito de fecha 1 de septiembre de 1997 expresando las alegaciones que tuvo por conveniente, para terminar suplicando que tras dar traslado del escrito al Ministerio Fiscal y demás partes personadas y cumplimentando tal trámite, acuerde admitiendo las razones allí expuestas, declarar que «el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil resulta el órgano jurisdiccional competente para conocer, enjuiciar y resolver el presente recurso de casación, remitiendo los autos a dicho Tribunal con todo lo demás que conforme a derecho corresponda». En fecha 10 de marzo de 1998, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, dictó auto acordando «declarar que la competencia para conocer del presente recurso de casación corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, a la que se remitirán las actuaciones con testimonio de este auto y del escrito de interposición de recurso previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante dicha Sala en el plazo de diez días».

**OCTAVO.**-Recibidas las actuaciones en esta Sala por Providencia de 1 junio 1998 se acordó formar rollo de casación que quedó registrado con el número 4/1998, y al observarse que no constaba la fecha de emplazamiento de las partes se reclamó a la Sala Primera del Tribunal Supremo el rollo de casación o testimonio del mismo en el que se acreditase dicha fecha, así como el escrito presentado por la parte recurrente, lo que fue verificado.

**NOVENO.**-Por Providencia de 28 julio 1998 se tuvo por ratificado en todos sus términos el recurso de casación formulado en su día ante la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 1997, pasándose las actuaciones al Ministerio Fiscal, devolviéndolas con la fórmula de visto.

El recurso de casación directo se articuló con base en los siguientes motivos: Primero.-Al amparo del núm. 4 del artículo 1692 LECiv se denuncia: «Infracción de las normas de ordenamiento jurídico que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» indicando que el fallo infringe, por no aplicación el artículo 122 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón. Segundo.-al amparo del artículo 1692.4 LECiv, acusa infracción por interpretación errónea del párrafo primero del artículo 120 de la Compilación del derecho Civil de Aragón, en relación con el 119 del mismo texto legal. Tercero.-Al amparo del artículo 1692.4 LECiv, se denuncia la no aplicación del artículo 1.º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Cuarto.-Al amparo del artículo 1694.4 LECiv, se denuncia infracción por no aplicación del artículo segundo de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Quinto.-Al amparo del artículo 1694.4 LECiv, se denuncia infracción de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Sentencia de fecha de 30 septiembre 1993.

**DECIMO.**-Por Providencia de 8 septiembre último se concedió un plazo de cinco días a fin de que se acreditara por la parte la defunción de don Juan L. C., que a petición de la representación legal es ampliado en tres días, lo que fue acreditado, compareciendo como su heredero don Alberto L. V., bajo la representación de la Procuradora de los Tribunales doña Ana Elisa Lasheras Mendo.

**UNDECIMO.**-Esta Sala dictó Auto en fecha 30 septiembre 1998 acordando admitir el recurso de casación directo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales señora Lasheras Mendo en nombre y representación de don Francisco L. C., don Jesús L. C. y de don Alberto L. V., adherido al recurso.

**DUODECIMO.**-Al no haberse solicitado la celebración de vista pública, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señaló para votación y fallo el día 28 de octubre de 1998, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Magistrado, Ilma. Sra. D.ª Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO.-

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza es recurrida en casación, con base en el artículo 1688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula el llamado **recurso de casación directo**, introducido por la Ley 34/1984, de 6 agosto ( RCL 1984\2040; RCL 1985\39 y ApNDL 4257) , de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil Ley de Enjuiciamiento Civil; dado que la cuestión a resolver es estrictamente jurídica el debate queda delimitado a un problema de aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico aragonés.

##### SEGUNDO.-

El primer motivo del recurso de casación se acoge al ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciado que el fallo infringe por no aplicación el **artículo 122 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón** ( RCL 1967\704, 756 y NDL 1451) que

dispone «La preterición o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determina: 1.º La delación abintestado de los dos tercios del caudal si la existencia de todos aquellos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición "mortis causa"; 2.º La de todo el caudal en otro caso». Afirma el recurrente que, «los demandantes, junto con dos de los demandados doña Natividad y don Antonio L. C. fueron preteridos en el testamento de su madre al no mencionarles y no ser tenidos en cuenta en las disposiciones del testamento». El referido artículo 122 nos introduce en el concepto de **preterición colectiva** al señalar el legislador aragonés por tal, la «falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios».

**Este motivo con base en la no aplicación del artículo transcrito no puede ser acogido, dado que la causante instituyó heredero a uno de sus legitimarios, resultando adecuada su inaplicación,** cuando en nada afecta al supuesto de autos, por referirse tal precepto a la preterición en su totalidad.

TERCERO.-

El segundo motivo se formula al amparo del ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denunciando que «el fallo de la sentencia infringe por interpretación errónea el párrafo primero del artículo 120 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el art. 119 del mismo texto legal».

El **párrafo 1.º del artículo 120 de la Compilación** señala que «aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten de su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados, al menos, en el testamento que los excluya». Precepto referente a la legítima formal y que los recurrentes, ponen en relación con el artículo 119 de la Compilación, cuyo contenido hace referencia a la legítima material colectiva.

Al denunciar, la interpretación errónea en el fallo del Juzgado del artículo 120 en relación con el 119, ambos de la Compilación del Derecho Civil entran los recurrentes en el fondo del problema a resolver, cuando señalan en apoyo de su tesis que «no basta con que la testadora citara en la parte expositiva del testamento a todos los hijos, sin que en su parte dispositiva no se les cite o nombre, dejándoles algo o nada...».

Es básico para la resolución del problema la **transcripción del testamento que literalmente dice:** «Núm. seiscientos setenta y dos.-En Zaragoza, mi residencia a dos de abril de mil novecientos noventa.-Siendo las diecinueve horas y veinte.-Ante mí, Isidro R. L., Notario de esta ciudad y de su Ilustre colegio, y estando presente los testigos de esta vecindad, mayores de edad, de esta vecindad e idóneos, que ven, oyen, entienden, y aseguran conocer a la testadora, a quien, como yo, juzga con capacidad para otorgar este testamento abierto, don José Antonio D. A. y don Jesús F. Y.-Comparece: doña Pilar C. L., nacida en Zaragoza, el 1 de julio de 1911, hija de los cónyuges Tomás y Pantaria, ama de casa, viuda de sus únicas nupcias con don Antonio L. M., de cuyo matrimonio tiene seis hijos llamados Natividad, Antonio, Angel, Juan, Francisco y Jesús L. C.- Es vecina de El Burgo de Ebro, con domicilio en ..., sin número.-Exhibe Documento Nacional de

identidad número: ....-Expresa su propósito firme y deliberado de testar, para lo cual yo, el Notario, la juzgo con capacidad, y ordena su sucesión con arreglo a las siguientes **disposiciones: Primera.**-Instituye heredero a su hijo Ángel L. C., con derecho de sustitución vulgar a favor de sus descendientes.- **Segunda.**-Revoca todo testamento anterior al presente».

#### CUARTO.-

El testamento no contiene otras disposiciones por lo que debe analizarse la situación denunciada, en la que se encuentran cinco de los seis hermanos a los que se reconoce en el encabezamiento del testamento como nacidos del matrimonio de la causante con don Antonio L. M., para determinar si fueron o no preteridos.

La Compilación del Derecho Civil de Aragón ubica la preterición en el Capítulo II bajo el epígrafe: «Protección de la legítima» del Título V «De las legítimas», del Libro II, con la finalidad de salvaguardar el derecho adquirido de los legitimarios a recibir una parte del caudal de sus padres, que les corresponde en cuanto a tales, por disposición de la Ley.

Como ya dijo esta Sala, en Sentencia de 30 septiembre 1993 ( RJ 1993\6751), para analizar el verdadero sentido de la preterición en el derecho aragonés, debe tenerse en cuenta el **derecho histórico**, que respondiendo a las necesidades propias del siglo XII, está representado por dos sistemas opuestos: el Fuero de Daroca de 1142 que niega la libertad de testar y establece la legítima igualitaria y forzosa al decir «que nadie pueda dejar a un solo hijo más que a los otros, sino que después de la muerte de los padres, sean igualados en los bienes y divídanlos», y el Fuero de Jaca, que en una de las diversas confirmaciones reales de que fue objeto, en concreto la llevada a cabo en 1187 por Alfonso II, recoge la libertad de testar, que con carácter territorial regía en la tierra comprendida desde la Sierra -pudiera entenderse sea la de San Juan de la Peña- hacia las montañas de Jaca; «libertad de testar» que afecta a aquellos bienes y heredades recibidos del señor por los hombres de Jaca, y a los que se les permite tengan hijos o no, distribuirlos según les plazca -«sicut eis placuerit»- sin ser contradicho por nadie.

Esta libertad de testar, en ausencia de legítima e íntimamente ligada al no reconocimiento de la existencia de patria-potestad, conllevó una libertad de disposición de tal forma que merced a la ciertamente posible evolución de tal disposición, devino la dispersión del patrimonio de los padres en «parte» o «partes» que son dadas o entregadas a los hijos por diversos motivos, tales como donaciones, donaciones «propter nuptias», gracias especiales y legítimas maternas o paternas sin olvidar las arras, dotes de los padres o del esposo, «excreix» o aumento de dote, «axovares», ajuares pagos de deudas, legados, legados piadosos, retenciones de servicio militar, compra de oficios, etc. La primera compilación de Derecho Foral del Reino de Aragón, elaborada a instancias de Jaime I y publicada y en vigor en 1247 en la que aparecen integrados diversos Fueros, Observancias, «iuditia», consuetudines y otros elementos jurídicos, es de señalar, que por lo que respecta a la materia objeto de estudio, pudiéndola concretar la ha dejado indefinida y se ha solucionado a través de la regulación de actos de liberalidad «inter vivos»: donaciones, dotes o arras relativas a los bienes inmuebles olvidando en la generalidad de los casos los muebles.

Situación jurídica que trata de corregir el Fuero «De testamentis nobilium, militum et infantinibus

et heredibus eorum institunadis», otorgado en Cortes de Alagón, de 1307, por Jaime II a petición de la baja nobleza aragonesa, con el fin de proteger la grandeza de las Casas del Reino, que se temía podrían perecer, merced al reparto entre los hijos, por lo que creen necesario hacer heredero a uno sólo de ellos, al que quisieren, dejando a los demás, cuanto les plazca de sus bienes -«quantum voluerint»-, situación que se hace extensiva por el Fuero «De testamentis civium» otorgado en Cortes de Daroca en 1311 a todos los ciudadanos y hombres que habitan en las villas y villorrios de Aragón, con la excepción de los hombres de las universidades de Teruel y Albarracín que tienen fueros propios -y que se incorporarán a los Fueros de Aragón en 1598 con Felipe II-.

Al no señalar los referidos fueros parte alguna de libre disposición, se acuñó por los fueristas la máxima «In regno tota hereditas est legitima» recogido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 octubre 1935 ( RJ 1935\1982), en Ponencia de Castán Tobeñas, en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 febrero 1891, 10 agosto 1902 y Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 5 mayo 1916.

Se consagra formalmente una libertad de distribución del caudal hereditario, lo que conllevaba que la legítima deviniera en simbólica, al concretarse en la expresión «quantum voluerint», situación que se consolida y permanece estable hasta la vigencia del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, que entró en vigor el 2 de enero de 1926, cuyo artículo 30 recogía la tradicional libertad de testar en ausencia de descendientes legítimos y por otro lado, introduce «ex novo» una legítima colectiva 2/3 del caudal hereditario que debía recaer en descendientes legítimos, sin gravamen alguno.

Los dos Anteproyectos de Compilación del Derecho Civil de Aragón, redactados por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, nombradas por el Ministerio de Justicia en julio de 1962 y en el mismo mes y año siguiente, establecen en sus artículos 70 y 66 respectivamente, y en los mismos términos, una legítima material colectiva de 2/3 partes del caudal que, con remisión a lo dispuesto en el artículo 818 del Código Civil debe recaer forzosamente en los legitimarios.

Los artículos 72 y 68 respectivamente, establecen la «legítima formal» exigiendo con toda precisión que el legitimario que desciende del causante, debe ser nombrado en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas, es decir, en el momento de distribuir sus bienes.

**Legítima formal que ha sido también recogida por la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, si bien con cierta imprecisión y mantenida en la reforma de 21 mayo 1985 ( RCL 1985\1652, 2052, ApNDL 671 y LAR 1985\1347) - artículo 120- donde así mismo, se exige que los descendientes «necesariamente habrán de ser nombrados o mencionados al menos en el testamento que los excluya», no indicando suficientemente cómo debe hacerse dicha mención, lo que determina el problema sobre el que debe resolverse.**

La práctica notarial expresada en capitulaciones matrimoniales o testamento, así como la práctica judicial expresada en las decisiones del Tribunal Supremo o de la Audiencia Territorial, tendentes a garantizar la seguridad jurídica, coincidían en reconocer, dentro de la libertad de

testar, la obligación de dejar algo a cada uno de los hijos, por lo que dicha libertad aparece condicionada a ese «algo», obligación que hunde sus raíces en los referenciados Fueros de 1187, 1307 y 1311, el «quantum eis placuerit» o el «quantum voluerint» se concretó en la evolución que lógicamente hubo de presentar, en la denominada legítima foral, consistente en una atribución de diez sueldos jaqueses, cinco por legítima materna y otros cinco por legítima paterna, o bien, en cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros tantos por bienes sitios y, posteriormente una cantidad de cinco, cien o mil pesetas, así necesariamente los hijos eran nombrados en las diversas cláusulas de la parte dispositiva del testamento y se evitaba la preterición y la desheredación o no, que quedaba de este modo patente. Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 julio 1862, 25 enero 1867, 7 junio 1883, 13 julio 1900, 7 mayo 1903, 20 mayo 1904, 7 julio 1909, 31 diciembre 1910, 15 octubre 1913, 24 febrero 1915, 17 mayo 1918, 9 julio 1921, 24 marzo y 24 junio 1922 y del Tribunal Supremo de 15 diciembre 1858, 11 marzo y 17 junio 1864, 10 octubre 1879, 30 noviembre 1900, 7 mayo 1903, 31 diciembre 1909, 30 junio 1905, 22 marzo 1906, 31 diciembre 1909, 24 febrero 1915 y 17 mayo 1918, entre otras.

#### QUINTO.-

De todo lo anteriormente expresado, se desprende la idea de la proyección a la familia que ha inspirado siempre el Derecho Aragonés y ahora, al interpretar la norma en la actualidad, no debe ignorarse el Derecho Histórico, siendo preciso resaltar que **la insuficiencia de la regulación del artículo 122 anteriormente referenciado debe interpretarse en el sentido que a continuación se analiza**, teniendo presentes los artículos 1.º y 2.º de la Compilación, y **ésta y no otra es la doctrina que se deriva de la Sentencia de esta Sala de 30 septiembre 1993**.

En esta línea puede también argumentarse con fundamento en esa idea de protección familiar; el artículo 120 de la Compilación impuso la llamada **legítima formal**, entendida como **presencia de todos los descendientes en la mente del testador, bien disponiendo de la totalidad de sus bienes o sólo de parte de ellos, abriendo así la sucesión intestada**. Si se produce olvido de todos o algunos de los descendientes, se da lugar al supuesto de preterición. Si se cumple la legítima formal, aunque no haya atribución de legítima material, se cumple con aquella idea de protección familiar.

**Los modos o formas de cumplir por el causante la existencia de la legítima formal son** los que enumera el párrafo 1.º del artículo 120, a saber: **1.º** Los descendientes ya favorecidos en vida del causante (haber costeado una carrera, haber recibido liberalidades no usuales, según costumbre de la familia, haber verificado donaciones); **2.º** Los descendientes que resulten favorecidos en la sucesión intestada del causante (basta que el causante no disponga de la totalidad de los bienes y que, en consecuencia, se abra la sucesión intestada) **y 3.º** Los descendientes nombrados o mencionados en el testamento que los excluya. A los efectos de este recurso ésta es la forma que interesa examinar.

**Este nombramiento o mención, necesariamente ha de ser suficiente para la identificación del legitimario y puede hacerse de cualquier forma, pero la mención tiene que hacer referencia a la institución hereditaria o la privación de todo beneficio patrimonial. Hay que nombrar al legitimario para decir que se le deja algo o que no se le deja nada.**

Lo que supuso en esta materia el Apéndice de 1925 en su tiempo y ahora la Compilación, no es otra cosa que la innecesariedad de continuar con la práctica notarial extendida en Aragón en la que el instituyente dejaba a los hijos excluidos de la legítima material una cantidad simbólica, para evitar la preterición. Tal práctica es eficaz pero no necesaria para evitar la preterición, pero si no se acude a ella, sí hay necesidad de la mención de exclusión.

Ese debe ser el alcance de la **«exclusión» a que se refiere el párrafo primero «in fine» del artículo 120. Tal exclusión en el testamento tiene un alcance patrimonial y no meramente nominal**, puesto que el precepto se refiere a los no favorecidos en vida o a los que no resultasen favorecidos en la sucesión intestada, es decir, a aquellos legitimarios que no habiendo recibido nada, resultan además excluidos de recibir algo al fallecimiento del causante.

**Al no constar en autos que la causante haya imputado a la legítima gastos, liberalidades no usuales, dotes o donaciones en pago de la «parte» o «partes» de legítima artículo 126 de la Compilación -o que hubiera dispuesto en beneficio de otros descendientes artículo 125 de la Compilación- corroborado por su hija Natividad, que en confesión judicial prestada en autos, manifiesta que ni ella ni sus hermanos recibieron nada, ni de su padre ni de su madre, es por lo que no fue ésta la causa de su omisión lo que evitaría la preterición**, cabe concluir señalando que **resultan preteridos los recurrentes don Francisco y don Jesús L. C. y don Alberto L. V., así como doña Natividad al ser los herederos forzosos de doña Pilar C. L. y no haberlos citado o mencionado al disponer de sus bienes en el testamento en la forma referenciada, bien para dejarles algo o bien para excluirles.**

Por todo lo expuesto procede la estimación del motivo.

SEXTO.-

La estimación de este segundo de los motivos supone, por un lado, la casación de la sentencia recurrida y hace innecesario a virtud de todo lo hasta aquí indicado, nuevos razonamientos acerca de los tres restantes motivos del recurso, fundamentados en el número cuatro del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, virtualmente comprendidos y relacionados directamente con los ya referidos, y por otro conlleva resolver lo procedente sobre el fondo del asunto litigioso, asumiendo esta Sala de lo Civil, la competencia para ello como órgano de instancia, y en tal función se admite la demanda, siendo procedente declarar la existencia de pretericiones que en ella se solicitan, pero en cuenta a la base del cálculo de lo que corresponde a los preteridos, no ha de tenerse por tal el «caudal hereditario del causante», a que se refiere el suplico de dicha demanda, pues ha de precisarse que **el caudal que se menciona en el artículo 123 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés, ha de entenderse comprende sólo los dos tercios de la herencia que integran la legítima colectiva del artículo 119, sin que el tercio de libre disposición, en supuestos como el de autos, se vea afectado por la preterición declarada. La preterición es en Aragón un supuesto de exclusión de tal legítima colectiva**, como resulta del encuadramiento del artículo 123 antes citado y ya referenciado en el Capítulo II del Título V del Libro II de la Compilación que se rubrica como: «Protección de la legítima».

Lo anterior que queda dicho lleva a una estimación parcial de la demanda, pues en ella se pide

se distribuya entre los hermanos «el caudal hereditario de la causante» o sea sobre el total de la herencia.

#### SEPTIMO.-

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.4.º LECiv no se hace especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación, y el mismo criterio aconseja ser seguido respecto de las de primera instancia según lo preceptuado en el artículo 523, párrafo 1.º LECiv, dada la estimación parcial de la demanda.

#### FALLO

Se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales señora doña Ana Elisa Lasheras Mendo en nombre y representación de don Juan L. C., don Francisco L. C. y don Jesús L. C., contra la Sentencia de fecha 14 septiembre 1996, dictada por el Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª instancia núm. 2 de Zaragoza, sentencia que casamos y anulamos y en su consecuencia estimando parcialmente la demanda declaramos que don Juan L. C., actualmente fallecido, don Francisco L. C., don Jesús L. C., doña Natividad L. C. y don Antonio L. C., también fallecido, fueron preteridos en el testamento de su madre, doña Pilar C. L. otorgado ante el notario de Zaragoza, señor R. L., al núm. 672 de su Protocolo de fecha 2 de abril de 1990, correspondiendo a los mismos una sexta parte de la legítima colectiva integrada por los dos tercios del caudal hereditario de la causante, que se formará reduciendo en dicha proporción lo recibido en herencia por don Angel L. C. instituido heredero en el testamento.

Sin expresa imposición al demandado de las costas de 1.ª Instancia y sin especial pronunciamiento de las de este recurso.

Líbrese al Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Zaragoza la certificación correspondiente con devolución de los autos.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular el Excmo. Sr. Presidente don Benjamín Blasco Segura y el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Zubiri de Salinas.

#### VOTO PARTICULAR

Que formula D. Fernando Zubiri de Salinas, Magistrado de la Sala, respecto de la sentencia dictada en Recurso de Casación Directo núm. 4/998, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza en fecha 14 septiembre 1996, en Autos de Juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 551/1995-C, sobre preterición. A este voto se adhiere el Excmo. Sr. Presidente D. Benjamín Blasco Segura

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, y lamentando tener que discrepar de ella, al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo en forma de sentencia mi voto, entendiendo que la decisión a adoptar debió ser la siguiente:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

De conformidad con el de la sentencia de la mayoría.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO Y SEGUNDO.-

De acuerdo con los expuestos en la sentencia mayoritaria.

### TERCERO.-

El segundo motivo de recurso se formula al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, expresando la parte recurrente que el fallo de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia infringe, por interpretación errónea, el párrafo primero del artículo 120 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el artículo 119 del mismo texto legal. Entiende que en el testamento de doña Pilar C. L. se ha producido la preterición de los legitimarios por cuanto, según dicha parte, en el Derecho Aragonés la Ley impone a todo instituyente la obligación de, al menos, tener en cuenta, mencionándolos, a todos sus legitimarios inmediatos que no hayan sido favorecidos en vida, en el momento de formalizar su institución hereditaria, refiriéndola siempre al momento de disponer o distribuir.

Siendo cierto que el referido artículo 120 es necesariamente aplicable para la resolución de la cuestión principal objeto de debate en el proceso, entiendo, sin embargo, que la aplicación de dicha norma por el Juez de Instancia ha sido correcta, no habiendo realizado una interpretación errónea del texto legal.

### CUARTO.-

Es hecho comprobado que doña Pilar C. L. otorgó testamento en la ciudad de Zaragoza el día 2 de abril de 1990, a las 19 horas y 20 minutos, ante el Notario del Ilustre Colegio de Zaragoza don Isidro R. L., testamento otorgado bajo el núm. 672 de su protocolo. La compareciente afirma ante el Notario sus datos personales, en los que hace constar que ha nacido en Zaragoza el día 1 de julio de 1911, que es ama de casa, viuda de sus primeras nupcias con don Antonio L. M., de cuyo matrimonio tiene seis hijos, llamados Natividad, Antonio, Ángel, Juan Francisco y Jesús L. C., y que es vecina de el Burgo de Ebro. Expresa su propósito firme y deliberado de testar y ordena su sucesión con arreglo a las siguientes disposiciones: Primera.-Instituye heredero a su hijo Ángel L. C., con derecho de sustitución vulgar en favor de sus respectivos descendientes. Segunda.-Revoca todo testamento anterior al presente.

El testamento de doña Pilar C. L. es un testamento notarial abierto, realizado ante dos testigos y otorgado en unidad de acto, conforme a lo establecido en los artículos 695 y 699 del Código Civil. Aunque la Compilación aragonesa no exige la intervención de testigos -artículo 90-, en este caso han sido dos los testigos del otorgamiento.

**En dicho documento no podemos distinguir dos partes, comparecencia y disposición o parte dispositiva, como elementos separados y estancos. Por el contrario, el otorgamiento**

**del testamento ante el Notario autorizante conforme al citado principio de unidad de acto lo configura como un solo acto jurídico**, en el que las partes en que aparece dividido por razones de redacción están íntimamente ligadas entre sí, y debe ser examinado en su conjunto para apreciar tanto su validez como la voluntad del otorgante.

En este caso, **cuando doña Pilar C. L. comparece ante el Notario** expresando sus datos personales, entre ellos el estado civil de viuda en primeras nupcias de don Antonio L. M., **y nombra a todos y cada uno de sus seis hijos, no está simplemente haciendo una descripción de su persona, a efectos identificatorios, sino que está fijan el círculo de su descendencia, como antecedente necesario para el acto de disposición que, inmediatamente va a realizar. Resulta claro, a mi juicio, que en el momento de otorgar el testamento, la instituyente tiene en mente a todos sus hijos, no produciéndose olvido de ninguno de ellos.**

QUINTO.-

El Derecho Aragonés regula la sucesión hereditaria estableciendo una **legítima material colectiva respecto de dos terceras partes del caudal, que debe recaer forzosamente en descendientes, y que puede ser distribuida por el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios de ellos, o bien atribuirle a uno sólo**. Así lo establece el artículo 119 de la Compilación. En lo referente al sentido histórico de la preterición y a la evolución en el tiempo de la legítima en Aragón, estoy conforme con lo expuesto en el Fundamento de Derecho quinto del fallo de la mayoría, que no es preciso reproducir aquí; pero esos precedentes no conducen a la interpretación del artículo 120 del texto legal vigente, en la forma en que se ha hecho en la sentencia mayoritaria.

La libertad de testar entre los descendientes se ha mantenido en los precedentes más próximos de la norma vigente, como se recogía en el artículo 30, primer párrafo, del Apéndice Foral de 1925, cuando afirmaba que «los aragoneses que al morir no dejen descendientes legítimos pueden disponer libremente, por testamento, de todos los bienes en que consista su patrimonio líquido. Esta disposición libre se reduce a un tercio del caudal hereditario cuando existan tales descendientes capaces para heredar, sea su número cual sea. Cuando los descendientes sean dos o más, entre ellos podrá el testador distribuir, discrecional y desigualmente, los dos tercios de dicho caudal que, como legítima, corresponden a la descendencia».

SEXTO.-

El artículo 120.1 de dicho texto legal, intitulado con la rúbrica legítima formal, expresa que «aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya». Dicho artículo forma parte de Capítulo Primero del Título V, Libro II, referido al contenido de la legítima, y ha de ser puesto en relación con el artículo 119 que regula la legítima material colectiva, expresando que dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo 818 del Código Civil, debe recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. **Esta legítima colectiva puede**

**distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno sólo, con las modalidades establecidas en este capítulo.**

La tradición histórica aragonesa en materia sucesoria ha quedado fijada en los citados textos legales, que constituyen el derecho hoy vigente. En ellos se establece una legítima de dos terceras partes de la herencia, que necesariamente habrá de recaer en los descendientes del causante, pudiendo éste distribuirla en la forma que tenga por conveniente, o atribuirla a uno sólo. Por consiguiente, **cada uno de los descendientes no tiene derecho a una parte, mayor o menor, del caudal hereditario, sino que únicamente debe ser nombrado, o mencionado al menos, en el testamento que lo excluya.** Es de notar también que en los Anteproyectos de Compilación de 1961 -artículo 71-, 1962 -artículo 72- y 1963 -artículo 68- se pedía la mención al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas, lo que ya no fue recogido en el anteproyecto de 1965 -artículo 118- ni en el texto que llegó a ser norma vigente; pero no -a mi juicio- porque el legislador plantease modificar la parte en que debía hacerse la mención, sino porque entendiera innecesaria la explicitación. **Es claro, por tanto: a) que es perfectamente posible en Aragón excluir totalmente del contenido de la herencia a uno o varios de los descendientes; b) que únicamente es necesaria la mención formal en dicho testamento.**

SEPTIMO.-

En el caso de autos se ha cumplido con la exigencia establecida en el artículo 120, cuya interpretación errónea se denuncia, puesto que la testadora nombró personal e individualmente a todos y cada uno de sus hijos, en el testamento que excluyó a cinco de ellos. **El hecho de que tal nombramiento se efectuase al inicio de la comparecencia no lo invalida, siendo por otra parte claro que el testamento de continua mención excluía a los hijos, salvo al que fue nombrado heredero, pues por tal exclusión ha de entenderse no sólo la realizada en forma expresa, sino también la que se produce al no hacer disposición alguna a favor de descendientes, a título de herencia o legado.**

Es cierto que en la disposición testamentaria no se nombra a don Angel L. C. como heredero de la totalidad del haber sucesorio, pero ello en nada afecta a la cuestión debatida: de una parte, porque se trataría de un tema de interpretación del testamento, ajeno a esta litis; de otra, porque si el nombramiento se entendiera efectuado para parte de la herencia, se abriría la sucesión intestada en cuanto al resto, pues en Aragón no rige el principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*».

Finalmente, hay que constatar que en este caso es clarísima la voluntad de la testadora, de nombrar heredero a uno sólo de los hijos, excluyendo a los restantes, y que la intención del testador es el criterio prevalente de interpretación de la disposición de última voluntad, según el artículo 675 del Código Civil.

Por todo ello entiendo que procedía la desestimación del motivo.

OCTAVO.-

Hasta aquí, la discrepancia que expreso con la fundamentación jurídica de la sentencia de la mayoría, que estima el recurso de casación. No obstante, y dado que el Voto Particular ha de llevar forma de sentencia, y concluir en el fallo que, a criterio del discrepante, sería el ajustado a derecho, resulta preciso continuar el examen de los restantes motivos de recurso.

#### NOVENO.-

Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación, que se formulan al amparo de lo prevenido en el artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueden ser examinados conjuntamente en atención a la íntima conexión existente entre ellos. Se denuncia la infracción, por no aplicación, del artículo 1.º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, respecto a la integración de las disposiciones de dicha Compilación con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico -motivo tercero- y la infracción, por no aplicación, del artículo 2.º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, respecto a la existencia de costumbre en Aragón, como fuente de derecho subsidiaria -motivo cuarto-.

En el desarrollo del motivo tercero se refiere el recurrente al principio de unidad y conservación de la casa y a la equidad, como principio esencial del derecho foral aragonés; mientras que en el motivo cuarto se refiere a la práctica inveterada de las gentes a la hora de disponer testamentariamente de sus bienes de dejar algo, nunca nada, ya cinco muebles, ya una peseta, ya cinco sitios y al uso o costumbre profesional de nuestros notarios en consignar dicha práctica popular en las escrituras continentales de disposiciones testamentarias.

#### DECIMO.-

La parte recurrente confunde la pervivencia de una práctica inveterada en la disposición testamentaria con la existencia de una costumbre, a los efectos integradores establecidos en el artículo 1.º.1 de la Compilación, o a los de constitución de norma jurídica no escrita, conforme al artículo 2.º.1 del mismo cuerpo legal. Siendo cierto que los Tribunales han de apreciar la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes, según el artículo 2.º.2 de dicho texto legal, sin embargo ni los recurrentes han acreditado, ni consta en el conocimiento de esta Sala, que exista tal costumbre, con los efectos que la parte recurrente pretende atribuirle.

**La costumbre, como fuente del derecho o como integradora de la norma jurídica escrita, ha de comprender necesariamente dos elementos: El primero** está constituido por un uso o hecho duradero, frecuente y uniformemente observado, mediante la reiteración de actos jurídicos, que se mantienen en el tiempo y se producen por una generalidad de personas, aunque sean residentes en una misma zona o localidad; **el segundo** consiste en la denominada «*opinio iuris seu necessitatis*», conforme a la cual es necesaria la común opinión de quienes realizan tales actos de que con ellos están actuando con relevancia jurídica, de modo que dicha práctica, reiterada en el tiempo y realizada por muchas personas, debe ser vinculante y puede, por tanto, ser exigida ante los Tribunales, mediante el ejercicio de la pertinente acción. Requiere la convicción de que tal modo de proceder es debido -SSTS 5 diciembre 1925 y 30 abril 1957 (RJ 1957\1606)-.

**En el caso presente es aceptable afirmar la práctica notarial habitual de que los descendientes no favorecidos en el testamento con el nombramiento de herederos resulten nombrados en la disposición atribuyéndoles cantidades de dinero meramente simbólicas,** como pueden ser cinco sueldos jaqueses por sitios y otros cinco por bienes muebles o, en la actualidad, las sumas de 25 ó 100 pesetas; **pero esta práctica no puede ser reconocida como costumbre, con los efectos jurídicos que se han enunciado precedentemente.** No existe rastro alguno en el ámbito jurídico de Aragón que permita llegar a dicha conclusión. La jurisprudencia que se cita en la sentencia mayoritaria, aunque responde al criterio de atribuir a los hijos o descendientes alguna parte de los bienes de la herencia, está dictada en aplicación de normas no vigentes; pero es de recordar, en todo caso, que la STS 31 diciembre 1909 expresaba en su considerando tercero que no hubo preterición porque expresamente se mencionó en el testamento al descendiente, ni tampoco se le desheredó.

**La realidad jurídica aragonesa es que cumplida la legítima formal, aunque no exista atribución de legítima material individual, se mantiene la idea de protección a la familia, principio fundamental del Derecho familiar y sucesorio de Aragón.**

Respecto a la existencia del principio de equidad, que ciertamente es uno de los principios en que se inspira el Derecho Aragonés, su reconocimiento no puede conducir al resultado pretendido en el recurso. Parte el recurrente, con acierto, de que la equidad, corrió función correctora de la norma, trata de evitar que de su aplicación rigurosa pueda derivarse, en el caso concreto, una injusticia, allí donde la Ley busca, «in genere», la realización de la justicia. Pero yerra al entender injusta la omisión de los descendientes en el reparto de los bienes que integran la legítima material colectiva, puesto que el legislador aragonés, asumiendo la voluntad colectiva y haciéndose intérprete de ella, ha regulado el contenido de los derechos legitimarios en la forma que se ha expuesto en los fundamentos precedentes, es decir, atribuyendo dos terceras partes del caudal a favor de los descendientes pero permitiendo la más amplia libertad de testar en orden a la distribución entre ellos, pudiendo el testador apartar a alguno o algunos de aquéllos sin ningún bien de los que forman parte de la herencia, con tan sólo el nombramiento o la mención que consta en el artículo 120. Cualquier otra consideración acerca de lo justo o de lo injusto será una opinión subjetiva del intérprete del derecho, pero no coincidirá con la voluntad del legislador. La equitativa ponderación al hacer aplicación de las normas jurídicas, en que consiste la equidad -STS 11 octubre 1988- no conduce a la interpretación de la norma en el sentido propugnado por la parte recurrente.

Por ello, tales motivos tercero y cuarto deben ser desestimados.

UNDECIMO.-

En el quinto motivo del recurso se denuncia infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate, formulándose al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley riuaria, y con cita de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su Sentencia de fecha 30 septiembre 1993, que en un supuesto similar al de autos declaró haber lugar al recurso de casación.

El artículo 1.º.6 del Código Civil establece que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Aunque no constituye propiamente fuente del ordenamiento jurídico, a tenor del artículo 1.º.1 de dicho cuerpo legal, sin embargo tiene la descrita finalidad complementaria, y su violación puede ser invocada como motivo de recurso de casación, conforme al artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El antes transcrito precepto contenido en el apartado 6 del artículo 1.º del Código Civil se refiere, en exclusiva, a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes jurídicas. El legislador, que redactó dicha norma según la reforma operada en el citado Código por Ley 3/1973, de 17 marzo (RCL 1973\498 y NDL 18762), y Decreto 1836/1974, de 31 mayo (RCL 1974\1385 y NDL 18760), anteriores a la existencia y vigencia de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), no ha tenido por conveniente modificarla ni adaptarla a la actual realidad jurídica y jurisdiccional, de modo que no ha incluido a los Tribunales Superiores de Justicia como creadores de la jurisprudencia. Sin embargo, la competencia casacional que les atribuye el artículo 73.1, a) de dicha Ley Orgánica en relación a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, permite entender, aplicando la ley conforme a la realidad social existente, que **también las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando resuelven recursos de casación en el ámbito del derecho propio de la Comunidad en que están residenciadas, pueden establecer doctrina jurisprudencial, invocable en casación conforme al citado artículo 1692.4.º de la Ley Procesal Civil.**

**Pero, en todo caso, resulta necesario que dicha doctrina haya sido fijada de modo reiterado, para lo cual es constante y unánime la jurisprudencia al exigir la invocación por parte del recurrente de, al menos, dos sentencias conformes de toda conformidad,** para poder sustentar el recurso -SSTS 299/1995, de 1 abril (RJ 1995\2927) y 333/1998, de 14 abril (RJ 1998\2321), entre muchas otras-.

En el presente recurso la parte recurrente invoca únicamente una Sentencia de esta Sala, la dictada en 30 septiembre 1993, porque no hay otra que, hasta el momento sustente el mismo criterio doctrinal. Por tanto no existe la doctrina reiterada en el sentido pretendido por el recurrente. El motivo ha de ser desestimado.

DUODECIMO.-

Desestimados todos los motivos del recurso, procedería la íntegra desestimación de éste, con la consiguiente confirmación de la sentencia dictada en primera instancia; con imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En atención a lo expuesto, debió dictarse el siguiente

**FALLO**

No haber lugar al recurso de casación directo interpuesto por la representación procesal de don Juan L. C., actualmente fallecido, don Francisco L. C. y don Jesús L. C., ni a la adhesión de don Alberto L. V., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Zaragoza, en fecha 14 septiembre 1996, en Autos de Juicio de Menor cuantía núm. 551/1995, sentencia que confirmamos íntegramente, con imposición a los recurrentes de las costas del recurso.

Voto Particular que firmamos en Zaragoza a once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.