

NUEVA SERIE

VOLUMEN III



UNIVERSIDAD
DE OVIEDO

JUNIO 1955

AÑO XVI - N.º 73



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

EXCMO. Y MAGNO. RECTOR

D. VALENTÍN SILVA MELERO

CATEDRÁTICO D. PENAL

D. Luis SELA SAMPIL

DIRECTOR

D. RAMÓN PRIETO BANCES

CATEDRÁTICO
HISTORIA DEL DERECHO

D. JOSÉ APARICI DÍAZ

CATEDRÁTICO
DERECHO ROMANO

D. JOSÉ M. SERRANO SUÁREZ

CATEDRÁTICO
DERECHO PROCESAL

D. JULIÁN APARICIO RAMOS

CATEDRÁTICO
DERECHO MERCANTIL

D. SABINO ALVAREZ GENDÍN

CATEDRÁTICO
DERECHO ADMINISTRATIVO

D. MANUEL IGLESIAS CUBRÍA

CATEDRÁTICO
DERECHO CIVIL

D. TORCUATO FDEZ. MIRANDA

CATEDRÁTICO
DERECHO POLÍTICO

D. MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO
DERECHO CIVIL

SECRETARIO

D. TEODORO L.-CUESTA DE EGOICHEAGA

PROFESOR DE LA FACULTAD

La Dirección de la Revista no se hace solidaria de las tesis sostenidas por los autores en sus trabajos de colaboración.

SUMARIO

PÁGINA

SECCION DOCTRINAL

«Usus-possessio-defentio», por Manuel Iglesias Cubría	189
«La desheredación en el Derecho español: Su desenvolvimiento histórico», por J. M. Pascual Quintana	227
El Hecho Jurídico, por Manuel Albaladejo García	345

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES Y NOTICIAS

D. Civil

La persona humana, de Antonio Borrel Macia	384
--	-----

D. Internacional

Publicaciones del Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado	392
Nuevo régimen de la Nacionalidad, de Alejandro Herrero Rubio.	394

D. Penal

Tres temas penales, de Eugenio Cuello Calón	396
---	-----

* * *

Bibliografía Española sobre Derecho Romano, posterior a 1939, recopilada por Manuel Iglesias Cubría, relacionada por orden alfabético:

Alvarez Suárez, Ursicino	399
Aparici Díaz, José	400

Arias Bonet, Juan Antonio	400
Arias Ramos, José	401
Díaz, Eusebio	401
Fernández Pomar, José María	401
Fuentesecca Díaz, Pablo	402
Gutiérrez Alviz, Faustino	402
Hernández Rubio, José María	402
Hernández Tejero, Francisco	402
Higuera, Manuel de la	403
Iglesias Cubría, Manuel	403
Iglesias Santos, Juan	404
Laforre, Angel	405
Martín, Isidoro	406
Ors Pérez-Peix, Alvaro	406
Pelsmaeker, Francisco	407
Pérez Leñero, José	407
Reverte, Antonio	408
Robleda, Olis	408
Rodríguez Solano, Federico	408
Sánchez Alborno, Claudio	408
Sánchez del Río Peguero, Carlos	408
Santa Cruz Teijeiro, José	409

SECCION DOCTRINAL

“USUS-POSSESSIO-DETENTIO”

(Evolución histórica del concepto de posesión en el Derecho romano)

A la gloriosa memoria de Diego de Covarrubias y Leyva, profesor de la Universidad de Salamanca, cuyas obras, por los profundos conocimientos de su autor, deben merecer el mayor interés de los estudiosos, y cuyas doctrinas en materia de posesión se adelantaron en más de dos siglos y medio a las que dieron celebridad a Hering y Savigny.

«Possessio, dnm capitur pro acquisitione, est factum, non ius. Possessio autem, postquam iam est adquisita, ius est... Possessio est animo dominantis detinere».

Parte COVARRUBIAS del concepto de posesión elaborado en la época clásica del Derecho romano, distinguiendo precisamente aquellos aspectos dogmáticos que nos presenta como novedad SAVIGNY, en su *Tratado de la posesión*: posesión como *hecho*, posesión como *derecho*, para luego coincidir con lo que BONFANTE muchos años después llamará *señorío de hecho*, situación en la que una persona tiene una cosa con intención de poseerla, *cum animo possidendi, animo dominantis* en expresión de COVARRUBIAS que traduce más exactamente la expresión de las *Basílicas* *ψοχή δεσπόζοντος*; pero en la investigación se ha de seguir un método histórico-dogmático y es lo cierto que antes de la época clásica los dogmas y las instituciones jurídicas en Roma contaban ya largos años de existencia, o al menos, de incubación.

No podemos prescindir en nuestro trabajo del estudio del desenvolvimiento de la posesión en la época primitiva de Roma, en la de la «*civitas*», la Monarquía y la República, que más brevemente llamaremos época preclásica, porque el estudio histórico de la posesión—ver, si posible fuere, cómo se concibe, nace, comienza a desarrollarse y crece hasta lograr plenitud en las obras de QUINTO MUCIO SCEVOLA, LABEON, ULPIANO O PAULO— es de indudable trascendencia por cuanto, conociendo su génesis, precisaremos con mayor exactitud el concepto y podremos comprender más claramente derivaciones, vicisitudes y conceptos nuevos, en íntima conexión con aquellas etapas primitivas.

Se nos ocurre recordar aquí la advertencia de COGLIOLO (1) al decirnos que «con frecuencia las investigaciones históricas nos demuestran que han tardado mucho en aparecer los conceptos que a nosotros nos parecen más elementales e imprescindibles». Efectivamente, hemos de partir de la imposibilidad de que el concepto de «posesión» haya permanecido invariable, uno solo, sin modificarse en el curso milenario del tiempo, idéntico en la Ley de las XII Tablas, y en el Derecho justiniano, cuando, si tenemos a la vista que las más fundamentales concepciones del Derecho romano privado —«familia», «potestas», «dos», «dominium», «servitus», «obligatio», «successio»— han sufrido alteraciones considerables, deberá parecer natural que el concepto de la «possessio» no se conservara durante tanto tiempo inmutado (2).

Hemos de convenir con ALBERTARIO que la doctrina de SAVIGNY o de IHERING, como la de COVARRUBIAS, no pueden representar, por tanto, la noción de posesión en todo momento de la historia del Derecho romano, y también

(1) «*Estudio acerca de la evolución del Derecho privado*», trad. espa., hoja. Madrid, Imp. Viuda de M. Minuesa. 1898. 154.

(2) Cfr.: ALBERTARIO, E: *Un interesante texto de Giavoleno*, en *Studi Scalvanti*, Perugia, 1918. Ahora en *Studi di Diritto romano*, vol. II, Milán, 1941, 297 ss. ROTONDI: *Possessio quae animo retinetur*, en BIDR, 30, (1921), 1 y ss. ALBERTARIO, E: *Possesso e quasi-possesso*, Milán, 1946.

que se ha partido, en el desarrollo de sus teorías de un momento limitado en el tiempo, sin preocuparse mucho del origen de la institución, y se ha considerado el pasado, no bajo un prisma objetivo, sino con un criterio subjetivo, no calando por ello su verdadera esencia.

Y siguiendo el consejo del citado profesor, si hemos de sorprender y reconstruir el concepto romano de posesión, debemos indagarlo distinguiendo tres grandes épocas: La preclásica (época antigua y republicana), la clásica y la romana-helena y justiniana.

EPOCA PRECLASICA

¿Tendría la posesión en esta época el carácter de un derecho real? Según frase de KUNTZE (3) la historia nos revela el derecho real como el «prototipo de la vida jurídica naciente», y si se afirma que en los pueblos primitivos sólo debieron existir los derechos reales por ser los más simples y los más conformes al materialismo propio de aquellas edades, no cabe duda que la posesión fué presupuesto necesario o antesala del dominio; pero se nos hace más fácil concebir al hombre propietario, diciendo *mío* al animal que caza, —*el dominio*, como concepto prejurídico (4)—

(3) CASTAN: *Derecho civil, común y foral*, Madrid, 1943, II, 6; donde se cita la frase de KUNTZE.

(4) Es una de las ideas nomogenéticas o prejurídicas, según la terminología de De Francisci y Carnelutti, respectivamente. Conceptos éstos a los que tuvimos ocasión de referirnos en «*Las ideas nomogenéticas en la creación del Derecho*», en la *Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid*, 17 (1949) págs. 198 y ss., y en «*Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho civil*», referencia de la conferencia del prof. Carnelutti, en *Información jurídica*, 86-87 (1950) págs. 917 y ss.

Que la propiedad originaria fuera individual o colectiva es problema aún no resuelto, pues si bien los romanos, atenienses, germanos, dejaron indicios de una propiedad colectiva, hay otros pueblos, mucho más antiguos, cuya historia nos ofrece datos muy importantes, reveladores de la existencia de la propiedad privada, así el Génesis, el Código de Hammurabi, los ladrillos babilonios del British Museum. Cfr. TORRES: *Historia del Derecho*, I, 172, 2 edición.

cuya piel servirá para cubrir su cuerpo, que una posesión originaria, que con el transcurso del tiempo se convierte en dominio. El hombre tiene plena potestad jurídica sobre aquellos objetos, es propietario de los mismos, pues la conversión de la *posesión* en propiedad presupone un conjunto de normas, las que determinan el tiempo y demás requisitos necesarios para la usucapión, incompatibles con la vida simple y libre, sin trabas, de la infancia del humano linaje.

Luz abundante y clara sobre tan remotos tiempos aportan los estudiosos del Derecho romano:

En las fuentes de esta primera época una rica terminología alude a la *possessio*: *usus, fructus, possessio; habere, possidere, uti, frui*; el término *usus* es el más antiguo, el término *possessio*, es el más reciente.

En la Roma antigua, nos encontramos con un solo derecho subjetivo: el ejercido en bloque por el Jefe doméstico sobre personas y cosas; mujeres, hijos, esclavos y ganado o patrimonio: Este poder unitario correspondía al *pater familias* y recibió también una denominación unívoca, *manus* (5).

(5) Cfr.: F. BOZZA: *La possessio dell'ager publicus*: Milán, 1939, pág. 128 y ss.: «Il potere del *pater familias* nella sua struttura originaria va concepito come un potere di fronte al quale erano livellati uomini e cose, informato ad un unitario concetto di signoria assoluta, sia rispetto agli uni che alle altre. Questo potere unitario indifferenziato che forse si chiamava *manus*, in época più progredita, nella *civitas*, cominciò a differenziarsi in *patria potestas, manus, mancipium, dominium...* sono niente altro che ramificazioni dello stesso tronco. Non esiste proprietà, non esiste potestà, tutto si riassume nell'epoca antichissima in un unico concetto di signoria».

BOZZA atribuye a este poder único un fundamento, económico social, no político, en contra de BONFANTE pues que ningún elemento existe a favor de la hipótesis bonfantiana y por el contrario hay una razón que la excluye absolutamente: La intransmisibilidad de la *patria potestas*: Cresce que a la muerte del *pater* la familia se escinde en tantas otras cuantas eran las personas que quedaban libres. Vid. también PACCHIONI: *Corso de Diritto romano*, to. I.

BONFANTE: *Storia del Diritto romano*, To. I, trad. espa. Madrid 1944.

Puede verse también FRANCISCO HERNANDEZ TEJERO: *Sobre el concepto de Potestas*: AHDE, XVII, 605-624; En la época antigua, per-

COVARRUBIAS expone una teoría que podemos calificar de metafísica de la posesión, que nos parece interesantísima, ya que apunta precisamente que en origen, antes de que se pueda hablar de posesión, aparece el dominio colectivo y que al ir disminuyendo la comunidad proindiviso y antes de que surgiera la propiedad individual se nos presenta una forma de *usus* precediendo a aquélla.

prietas loci est. *Praedium* utriusque suprascriptae generale nomen est; nam et ager, et possessio huius appellationis species sunt».

No es fácil construir la primitiva figura de la clientela, que nos aparece naturalmente modificada, reformada al surgir de la vida ciudadana. La relación de sujeción y protección de los *clientes* por la *'gens* tiene su causa en la norma ética primitiva de la *fides*, y la expresión característica y casi técnica es: *in fide esse*, y para significar, respectivamente, el sujetarse o recibir en calidad de cliente se usan las fórmulas *in fidem se sedere* o *in fidem accipere* (*Lex repetundarum*, de la época de los Gracos, lin. 11: *Quonia in fide is erit maioresve in maiorum fide fuerint*).

El patrono debe al cliente protección, apoyo, consejo y principalmente le asiste en los juicios; y es más: probablemente, en los orígenes, cuando la ciudadanía comprendía solamente a los gentiles, esto es, a los patricios, el patrono representaba al cliente, le garantizaba la defensa. De esta relación social derivó la significación, todavía viva, de las voces patrono y cliente. Este último lleva el nombre de la *'gens* y participa en el culto gentilicio; *cultiva tierras* del patrono, y éste le asigna por lo general, parcelas laborables, asignación que puede revocar a su arbitrio (FESTUS, 247: *Patres... agrorum attribuerant tenuioribus, ac si liberis suis*): BONFANTE, *Historia del Derecho romano*, trad. espa. Madrid 1944, vol I, página 90 y ss.

Sobre la voz *cliens*, puede verse ANGEL PARIENTE: *Cluens-Cluens*, AHDE, XVII, 956-973: Analiza la etimología más comúnmente aceptada de las palabras *cluens-clions*, consideradas «como un participio de la raíz *klei-de clino*, con el sentido medio pasivo de «el que se apoya (sc. en el patrono)», hipótesis muy antigua, como que remonta, en el último término, a MEYER, BB, V, 176 y ss. y a BERSU: *Gutturalen*, 180 y otros.

Rechaza la etimología *cliens*, etr. *clam*, hijo, de MARESCHE, que ya ha sido desechada por la crítica. Inspirándose en SAN ISIDORO: Orígenes X, 53: «*Clientes prius colentes dicebantur a colendis patronis*», testimonio que está ya anticipado por SERVIO, quien a propósito de VIRGILIO, Aeneas, VI, 609: *Aut frans innexa clienti*, dice: «*Si enim clientes quasi colentes sunt, patroni quasi patres, tantumdem est clientem quantum filium fallere*», deduce que *cluens-cliens* deriva de *colo*.

Pero hemos de advertir que ya BONFANTE nos dijo que *cliens* derivaba de *colere*: *Historia del Derecho romano*. Trad. espa. Madrid 1944, I, 89.

Su pensamiento es éste: «Hubo un tiempo en que todas las cosas eran comunes, mas por utilidad pública convino que una ley humana concediera y confirmara a los particulares en las ocupaciones que habían hecho de las cosas: Efectivamente, tuvo entonces la ley autoridad para conceder porciones de la cosa común, mediante justa causa, en beneficio particular de una persona, dejando a las demás excluidas de su *uso*» (7).

Así pues, antes de hablar de la «*possessio*», se hace necesario estudiar el «*usus*» como institución que la precede cronológicamente.

Las características de este «*usus*» —*cliental*— son fáciles de deducir: El «*pater*», libre y espontáneamente, concede una parte del territorio sobre el que se asentaba el grupo, para que sea usado, «*conceditur utendi*». Si el poder del «*pater*» tenía el carácter de un puro derecho real, sin mezcla de obligación jurídica (8), al menos mientras no hablemos de las relaciones entre los distintos «*pater familias*», únicos seres que por ser «*sui iuris*» podían contraer obligaciones jurídicas, aquel «*usus*» era revocable en cualquier momento, a voluntad del «*pater*», y tenía por única causa la liberalidad o tolerancia del concedente. Era una imagen del futuro «*precarium*» (9).

(7) Cfr.: COVARRUBIAS: *Opera Omnia*, in duos tomos divisa. Lugduni, 1661. Horatii Boissat et Georgii Reneus, Tomo II: *Possessor malarum fidei*, pág. 395 y ss.

Nuestra cita corresponde a la página 443, col 2: «Lex humana eo tempore quo res omnes erant communes... Habuit enim tunc lex auctoritatem concedendi aliquot ex rebus communibus ob iustam causam aliquibus, reliquis ab earum usu exclusis». En lo sucesivo, siempre que citemos a COVARRUBIAS, lo haremos en forma abreviada refiriéndonos a la misma obra y edición.

(8) Cfr.: CASTAN: Ob. cit. ibi.

(9) En este sentido puede verse nuestro trabajo: «*La relación jurídica de precario en el Derecho romano*», publicado en *Información Jurídica*, 1949, mes de mayo, número 72. También P. CIAPESSONI: *Il precarista detentore*, en *Atti del I Congr. di Studi romani*. Roma, 1928. ALBERTARIO, loc. cit.

Por eso no convence plenamente, a nuestro juicio, la identificación originaria entre *usus* y *possessio*. El «usus» a nuestro entender antecede cronológicamente a la «*possessio*», expresa que la cosa es «*usada en común*», y es *público* dentro de la *comunidad*. No es privativo de una persona, sino que puede simultanearse con un uso igual de otra persona, o de las que integran una familia, «*gens*» o comunidad, según lo permita la naturaleza del objeto. El contenido del «usus» es, por así decir, social, común. La «*possessio*» surge como una modalidad emanante del «usus» y diferenciándose de éste por su contenido *económico-privado*. El «*possessor*» sustrae al uso de la comunidad la cosa que rinde un inmediato beneficio económico a su titular, no siendo compatible este uso personal determinado con el de otras personas al mismo tiempo. Tiene una nota de exclusividad frente a la de *socialidad o comunidad* del «usus». De aquí que el Derecho romano jamás admitiese la coposesión, como la reguló y configuró el Derecho germánico.

El concepto de «usus» predomina en las instituciones que presentan un marcado carácter público, social, mientras la «*possessio*» se vierte en la esfera de las relaciones privadas. En este sentido puede decirse que el criterio diferenciador es de tipo político, si bien en un profundo análisis puede afirmarse que surge de la *aequitas rei*: El «usus» colectivo puede llegar a justificar la servidumbre predial. La «*possessio*», la propiedad bonitaria privada. Esta idea, viene indirectamente apuntada por COGLIOLO cuando nos dice que el origen de la «*possessio*» del «ager publicus» fue precisamente la concesión que del mismo se hizo para que fuera *usado* hallando su defensa en el interdicto antiguo «*de loco público fruendo*» y no «*de loco público possidendo*» (10). Y éste es el pensamiento de COVARRUBIAS al

(10) COGLIOLO: *Storia del Diritto privato romano*: To. VII, pág. 12 Florencia, 1889: «Alcuni videro questa origine nella protezione del possesso dell'ager publicus, ma c'era appositamente l'interdetto «*de loco pubblico fruendo*», e poi erano possessi di natura diversa, per quanto non possa negarsi che abbiamo contribuito a far nascere il concetto di un possesso separato della proprietà».

indicar que surgió la posesión de la exclusión en el uso de la cosa común, exclusión hecha en beneficio de una persona, el poseedor: «*reliquis ab earum usu exclusis*».

Ahora bien, estas concesiones a modo privativo o singular, de una cosa susceptible de rendir beneficios económicos, existieron aún en la época clásica, con fines políticos, como nos dice CICERON (11), pero ya los terrenos se entregaban en posesión, y el *usus* tenía significado de una servidumbre. En la etapa siguiente pudo también significar una posesión incipiente, familiar, gentilicia, comunal, siquiera sea de considerar que, por la autoridad del *pater familias*, no pretendemos significar que fuera el *usus* originario antesala de la propiedad colectiva. Así las XII Tablas hablan del *usus* identificando el concepto con el de posesión incipiente: «*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium, annuus est usus*» (12).

Admiten que el más elemental estado de la «*possessio*» fué el *usus*, con variedad de matices, ALBERTARIO, CARCATERRA, CARDINALI CIAPESSONI, DI MARZO, KASER (13).

(11) *De officiis*, 2, 22.

(12) CICERON: *Topica*, 4, 23. KASER, M.: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, pág. 319 nos dice: «Der *usus*-Besitz der XII Tafeln ist tatsächliche Sachgewalt ohne Rücksicht auf den Erwerbgrund». Ha prestado de nuevo atención a la evolución del concepto del *usus* a la *possessio* en sus *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, Z. S. St., 68 (1951), 131 y ss. donde confirma y amplía los resultados que había apuntado en su primera citada obra, manteniendo su teoría de que el *usus* deviene *auctoritas*, transcurrido el plazo legal marcado desde la adquisición, —no delictual— y adquiere firmeza jurídica, con carácter de legítima: «Ist sein Besitz durch eine *auctoritas*-Sicherung verstärkt, dann macht ihn diese allerdings rechtmässig».

(13) CARCATERRA: *Possessio, ricerche di storia e di dommatica.*, Roma, 1938 (109 ss.) ALBERTARIO: *Il possesso*, en *Studi di Diritto romano* Vol. II, Milán, 1941. CIAPESSONI: Ob. cit. ibi. CARDINALI: *Studi*. Graccani, pág. 191, n. 2. KASER, ob. cit. DI MARZO expone una sutil teoría señalando que el *usus* fué el término correspondiente a la primitiva *possessio*, pero significando también que la noción de *usus* que precede a la *possessio*, fué más amplia que ésta y se extiende tanto a las cosas corporales como a las incorporeales. Cfr. *Istit di Diritto romano*, Milán, 1939, 283 ss. KASER, M., *Eigentum*, cit. 316 y ss.

Vuelve a pronunciarse en contra de esta opinión, que hoy puede considerarse como doctrina común, BOZZA en su obra «*La possessio dell'ager publicus*» (14), donde viene a decir que no puede concebirse el contenido de la *possessio* como un *uti* o como un *frui*, sino como un poder, una señoría, recogiendo en este sentido la tesis que BONFANTE expuso en «*Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*», basándola en la etimología de la palabra *possessio*, que deriva de *pote* (o *potis*) *sedeo*. Y añade que todavía se ha concebido el contenido de la *possessio* como simple goce, usufructo o un simple *uso*. Intenta BOZZA refutar a CARDINALI diciendo que la *possessio* es un poder de señorío sobre una cosa y que el representar tal poder no más plenamente intenso que como una facultad de gozar y recoger los frutos es un modo de figurarse la posesión desde un punto de vista puramente económico, y no la esencia de la institución. Y, aparte de que concebida la posesión como el uso de una cosa, o como el uso y la percepción de los frutos, no se sabría en qué se diferencia del *uso* y del *usufructo*, es tan cierto como que con semejante configuración no se expresa la esencia, no se agota el contenido de la *possessio*,

(14) BOZZA: Ob. cit. pág. 74. Es también de tener en cuenta el texto de IAVOLENO, D. 50, 16, 115, donde se identifica la *possessio* con el *usus*, y el de FESTO: *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quiddam agri aut aedificii; non ipse fundus aut ager*, citados por CARDINALI.

Vid. también BOZZA, ob. cit. pág. 80 donde se lee que la «*possessio*» *non è alienabile iure civili e non è inscrivibile nel censo*. No podía ser de otra forma, ya que la *possessio* primitiva del *ager publicus* es revocable «*dum populus senatusque romanus vellet*». Vid. también BOZZA, ob. cit. pág. 75. La obra citada de BONFANTE puede verse en sus *Scritti giuridici*, vol. III, 528. Sobre este punto puede verse también ALBERTARIO: *Possesso e quasipossesso*, Milán, 1946, pág. 17, donde se recogen las apreciaciones citadas en el texto. Dice ALBERTARIO que BOZZA quiere encontrar una base firme a su teoría en la expresión «*usucapere possidendo*» usada por CICE- RON, *De legibus*, 2, 48, y por GAYO, 2, 41, viendo en estas dos palabras la prueba de la imposibilidad de identificar en esta época antigua la *possessio* y el *usus*.

ya que con ello sólo se expresa uno de los elementos constitutivos, disponibilidad, detentación, del cual constituyen una explicación el uso o goce de la cosa. Fija la nota distintiva entre *possessio* y otras instituciones que en algo le son parecidas, como el *uso* y el *usufructo*, en el «*animus possidendi*». Señorío de hecho es el carácter saliente de la *possessio* del *ager publicus*.

Convenimos en el concepto que BOZZA atribuye a la *possessio*, significando señorío de hecho sobre una cosa con el *animus possidendi*, referido el concepto a la época clásica. El defecto de la construcción bozziana está en el método, en no distinguir las épocas, pues ese concepto no es extensible a la primitiva. En ella la *possessio* no entraña un poder de hecho, sino la mera facultad de uso, usar, aprovecharse de los frutos de los terrenos, con exclusión de otras personas, que en esto consiste la originaria *possessio* del *ager publicus*, quedando la disponibilidad de los campos al Estado romano, al *populus senatusque*, que puede disponer de ellos cuando le convenga, como veremos. Es más, en esta época preclásica no hay poder ninguno, porque aquella facultad de uso, contenido de la *possessio*, es revocable en cualquier instante y no transferible. ¿En qué consiste, pues, esa *signoria di fatto*, ese *potere signorile* de que habla BOZZA? Es inalienable el objeto, no se puede inscribir en el censo, es revocable la *possessio* cuando agrade al Estado romano. ¿Qué resta? El uso *económico-privado* de la cosa, gratuito o con el pago de un canon.

Además cronológicamente BOZZA sufre un error: El *uso* y el *usufructo*, como figuras distintas de contenido diferente al de la *possessio* originaria, no surgen hasta la época clásica.

El argumento de BOZZA es, como dice ALBERTARIO, aparentemente impresionante: Al *usus* reserva la función de dar acceso a la adquisición de la propiedad de una cosa o la potestad sobre una persona; a la *possessio* el ejercicio de la señorío de hecho sobre una cosa de propiedad ajena, sin perseguir directamente la adquisición de la propiedad y en el origen excluyendo esta adquisición.

Nosotros pensamos que el *usus* es la forma más antigua,

más rudimentaria de tenencia de una cosa, cuya propiedad no nos pertenece. El «usus» tiene un significado amplio, que en principio refleja exactamente la situación de quienes trabajan, cultivan y aprovechan la tierra, sin ostentar un poder jurídico exclusivo sobre ella, ni un título propiamente positivo, pues su *usus* significa precisamente «no lesividad», y por ello es exacta la afirmación de KASER cuando nos dice que se halla exonerado de prueba acerca de la causa de su adquisición el poseedor: «Die *usus-auctoritas*-Regel bezweckt, die Befreiung des Besitzers vom Nachweis des Erwerbsgrundes». Es en Roma antecedente del «precarium», institución *iuris gentium*, y supone una *autorización* tácita o expresa, viniendo a ser también antecedente de la «*possessio*» del «ager publicus», y en definitiva de la misma *possessio civilis*, que implica un *poder de hecho* con exclusión. Existió en los primeros hombres, cuando fué necesario establecer relaciones jurídico-sociales dentro de los miembros de una familia, y sucesivamente se fué desarrollando en mayores ámbitos de relación «gens», «civitas», Estado.

Este desarrollo progresivo lo era, no sólo en extensión, sino también en intensidad y colorido. Veamos cómo: Lo dicho se comprende perfectamente desde el coto cerrado de la «familia» o «gens»; pero llegó un momento en que se hicieron necesarias las relaciones comerciales, de intercambio y de todo tipo, y por ende las crediticias, entre los «pater familias» de distintos grupos.

Dentro del patrimonio del «pater familias» existía una clase de bienes, que por su singular valor y afecto para el grupo y para el desenvolvimiento de la vida familiar, sólo podían ser enajenados mediante determinados negocios jurídicos solemnes, llenos de ritos y formalidades: Las «res mancipi».

Ahora bien, al hablar de estas cosas, situándolas dentro de la esfera de la disponibilidad del «pater familias», implícitamente le atribuimos sobre ellas una *plena in re potestas*, lo que no puede extrañar, si partimos de que el derecho del jefe del grupo familiar era omnímodo sobre el patrimonio familiar y afirmamos también que el dominio,

por ser más simple y absoluto que ningún otro derecho, es anterior a los demás.

Un «*pater familias*», a quien se enajena un fundo, «*res mancipi*», sin la forma solemne requerida, ejercita de hecho sobre el mismo aquel poder que el cabeza de familia tiene de derecho sobre el territorio en el cual la *familia* se asienta: Un poder de soberanía. El fundo enajenado no es propiedad del adquirente; éste lo usa, lo aprovecha; pero su cualidad de *pater familias* lleva atribuidas por el Derecho ciertas prerrogativas: Usufructúa el predio; lo que con el transcurso del tiempo y merced a un proceso evolutivo —el de la *usucapio*— hace que ese *usus* pueda traducirse por el vocablo *possessio*, que quiere significar «debajo de, dentro de, dentro de la esfera del patrimonio», para llegar a convertirse en *dominium*. Y así como *et dominio indica «señoría jurídica», la possessio deviene en «señoría de hecho».*

Y este proceso evolutivo, mediante el cual el «*usus*» se traduce en «*possessio*» dentro de la «*gens*» primero, se sucede semejantemente en la «*civitas*» después. Pasemos entonces de la «*gens*», a través de la «*tribu*», a la «*civitas*», estado sucesivo en la organización política romana que tiene, como la «*gens*», un jefe político —*rex; pontifex*—, sus magistraturas, órganos de Derecho público en progresiva ampliación para cubrir en todo momento las necesidades que comienza a sentir aquel minúsculo Estado, que pronto se llamó «*República*», y observemos que después de la legendaria ordenanza romulea y de la delimitación de la «*civitas quadratta*», Roma comienza a hacer la guerra a los pueblos vecinos, y con ella, sus primeras conquistas.

Las *gentes*, si bien son los primeros grupos políticos que van a ser subsumidos en la «*civitas*», perduran algún tiempo y la familia, como célula político-social-religiosa no desaparece. La población aumenta, Roma hace la guerra a los pueblos cercanos, Volscos, Umbros, Sabinos, Etruscos, Samnitas, etc. y con los vencidos caía también todo el campo enemigo bajo la soberanía de la «*civitas*»; pero, de hecho, ese «*ager*» era, al menos en gran parte, dejado a la soberanía de los «*pater familias*» a quienes correspondía el «*usus*» del «*ager publicus*». Así, de modo similar a co-

mo había sucedido en la «*familia*», aparece el «*usus*» primitivo del campo, en los territorios del Estado.

Cuando sobreviene la República, durante un cierto tiempo, el poseer se indica con el verbo «*uti*» que viene a ser sinónimo de «*frui, habere, possidere*»: Cuatro verbos que quieren expresar un mismo concepto, dándole cada uno colorido más vivo (15). Y dice ALBERTARIO que al usarlos en el largo período republicano, uno de los cuatro términos, precisamente «*possessio*», absorbe los otros tres. (16)

La precisa determinación de la terminología posesoria en la edad preclásica, es decir, la afirmación de que «*usus, fructus, possessio*», son términos que en esta edad no se diferencian aún, como se diferenciaron, y profundamente, después, no tiene importancia en relación con la precisa significación del término «*possessio*» en esta época. Indica un poder de hecho sobre una persona o sobre una cosa, poder de hecho que originariamente tiene más de naturaleza política, que de contenido económico, precisamente por lo mismo que el dominio es, en sus orígenes, más una soberanía política que «el derecho de propiedad».

La potencia económica y política de la «*civitas*» crecía a pasos agigantados. Roma hace la guerra sin tregua, victoriosa, a los habitantes de Italia y domina la Península. Sus ansias de expansión no hallan límite y se lanza a la conquista de nuevos territorios. Se extiende su poderío por el mar y por el monte, en Oriente y Occidente, y la «*civitas*» antigua sigue haciendo repartos de campos, conce-

(15) Así se encuentran empleados en la ley agraria del 111 a. de C. Lo mismo se lee en la ley Antonia de Thermosibus, año 71 a. de C. Cfr. KASER, *Eigentum*, cit. pág. 321 y ss.

(16) «Al final de la época republicana los términos «*usus*» y «*fructus*» comienzan a adquirir un significado que se diferencia del concepto de la «*possessio*». Y no falta entre nosotros quien sostiene recientemente la tesis de que el «*usus*» y la «*possessio*», representaron en la época preclásica dos instituciones distintas», según dijimos en la nota 11. Cfr. F. BOZZA: *Sull'origine del possesso*, en AUM 6 (1931) 189 y ss. y La «*possessio*» del «*ager publicus*» pág. 75 y ss. Milán 1939.

siones de tierras (17). Importa recalcar que en estas concesiones, que hoy podemos calificar de administrativas, encuentra la «*possessio*» su caldo de cultivo. La «*civitas*», que denominaremos en lo sucesivo Estado romano, halla en verdad razones de índole económico-política para estas concesiones: Facilita medios de vida y elementos de produc-

(17) Se ha discutido si la «*possessio*» del «*ager publicus*» se adquiría por simple ocupación o necesitaba una concesión por parte del Estado y, en uno y otro caso, si los plebeyos eran poseedores. A este propósito dice BOZZA: «Si fuese verdadero que la posesión del «*ager publicus*» se adquiría mediante la ocupación, sin ninguna concesión específica y personal, sería necesario explicar por qué las «*possessiones*» en la época histórica, sólo se hallan en manos de los patricios».

De este fenómeno se han dado diversas explicaciones: Se ha dicho por algunos que los plebeyos se hallaban excluidos de derecho, porque no formaban parte del «*populus*» (SCHWEGLER); por otros, que la exclusión era sólo de hecho, por la imposibilidad de parte de la plebe de procurarse los medios de cultivo, por la lejanía y primitivo estado del campo, y por la imposibilidad de pagar la «*decuma*» de los productos que debía ser entregada al Estado por los «*possessores*» (DE RUGGIERO, WEBER, SHILLING, ARANGO RUIZ); DE SANCTIS dice que la ocupación del terreno incultivado era derecho antiquísimo de toda familia de ciudadanos agricultores, y la ocupación por parte de los ricos se consideraba un abuso.

En realidad, añade BOZZA, ni unas ni las otras razones valen para explicar el fenómeno.

La primera, podría valer solamente para la época más antigua, en la cual puede discutirse si la plebe formaba parte o no de la «*civitas*», y, por ende, del «*populus*»; pero de ninguna manera es admisible para la época histórica, en la cual, después de la reforma territorial llevada a cabo ordenando las tribus, y del encuadramiento de los habitantes en centurias, no puede negarse la pertenencia de la plebe al «*populus*». Ahora bien, a partir de estos momentos la plebe comienza a escalar políticamente las magistraturas ciudadanas y llega a alcanzar las supremas, y no debe pensarse que no formara parte del «*populus*»; y si el campo tomado al enemigo, con la victoria de las armas, es «*dominium*» del «*populus romanus*» y corresponde a cada uno de los ciudadanos el uso del mismo, no cabe dudar que a la plebe se otorga la «*possessio*».

Sobre la forma en que se entraba en ella, LIVIO asegura que solamente mediante la «*asignatio*» podía usar la plebe el «*ager publicus*» y, BOZZA cree que este modo de concesión responde a la variedad histórica. Cfr: BOZZA «*La possessio del ager publicus*» Milán 1939, pág. 13 y ss. Vid. también PÉREZ LEÑERO: El «*ager publicus*» en el Derecho romano, en Rev. de la Facultad de Derecho, Madrid, 15 (1948) 151-160,

ción al pueblo romano; mejorando así la economía del individuo y enriqueciendo mediante ella el tesoro, el erario público, porque al entregar esos territorios, medio de trabajo, no siempre lo hacían gratuitamente. (18)

Pero si razones político-sociales aconsejan estas con-

(18) Cfr. PACCHIONI: ob. cit. to. II. pág. 335: «*L'ager publicus* era in proprietà dello Stato romano (por derecho de conquista) il quale però l'aveva, in gran parte, dato o abbandonato in uso a privati, o gratuitamente, o dietro pagamento di un canone».

Se ha discutido mucho y con profusión de citas, autorizando unas y otras opiniones, si era preceptivo el pago de un canon o si por el contrario la norma general era la concesión gratuita: Nos sería punto menos que imposible recoger aquí las teorías expuestas en torno a este problema; pero las agruparemos, según su mayor afinidad, en la manera siguiente:

APPIO dice: Los «*possessores*» pagaban un canon al Estado consistente en la décima parte de la recolección o en la quinta parte de los frutos cuando los cultivos eran arbóreos.

ZANCAN, contradice este pasaje diciendo que la décima parte presupone un mayor rédito, siendo más costoso el cultivo, mientras en los árboles, que el cultivo era más fácil, sólo se exige la quinta parte; por esta razón niega, fundamento a la noticia de APPIO, principalmente porque la refiere a las distintas épocas, sin distinción.

LIVIO dice que hasta el 424 a. de C. no se impuso vectigal a los «*possessores*» del «*ager publicus*».

DIONISIO, atribuye la imposición del vectigal a la ley Cassia.

Los romanistas modernos no se avienen a prestar fe ciega a estas noticias, considerando que la tradición que sirve de base a LIVIO, después de cinco siglos pudo ser adulterada. KARLOWA, WEBER, DE SANCTIS, SCHILLING, y últimamente ZANCAN, fundándose en razones diferentes, sostienen que el canon no fue impuesto originariamente, sino en época posterior.

Finalmente se ha negado la imposición del canon por el mismo ZANCAN, en su primer trabajo, admitiéndola como hemos dicho en el «*Ager publicus*» pág. 32, donde dice que nació el tributo después de la II guerra púnica, a partir de cuya fecha atribuye la «*possessio*» los caracteres de tributariadad y precariedad.

Un trabajo interesante sobre este punto, se encuentra en la *Storia* de CARDINALI, pág. 521, que fija las distintas sucesivas épocas en que se verificaron las imposiciones tributarias, trabajo que recoge BOZZA, obra citada. pág. 21 y ss. También pueden verse las obras de FRANK: *Storia economica di Roma*, pág. 57. KAHRESTEDT: *Geschichte der Kartager*, página 273. DE SANCTIS: *Storia dei Romani*, III, 2, pág. 342, LEVI: *Una pagina di storia agraria romana*, Atene, Roma 1922, pág. 239. Apud. BOZZA: Ob. cit.

cesiones, desde un punto de vista jurídico, el «*ager publicus*» es propiedad del Estado romano, le pertenece por derecho de ocupación bélica, si bien los hombres de esta época, más empleados en las armas que en el cultivo de las letras, no habían aún elaborado la teoría de la adquisición de la propiedad, por ocupación, pues es lo cierto que los juristas, al confeccionar aquella legislación, no hicieron sino dar forma jurídica a una realidad existente y así como el «*usus*» de los terrenos concedidos por el «*pater familias*», tenía por causa la liberalidad de éste y era revocable en todo momento, también las «*possessions*» del «*ager publicus*» duraban mientras agradara al Estado romano, «*dum populus senatusque romanus vellet*» (19).

* * *

Hemos sorprendido ya la esencia jurídica de la «*possessio*» primitiva romana y hemos apuntado dos modalidades, muy semejantes, con notables puntos de contacto, pero no idénticas. El «*usus*», «*possessio*» en lo sucesivo, de los «*clientes*» y la «*possessio*» del «*ager publicus*»: Ambas tienen idéntica causa, la liberalidad; ambas son natu-

(19) C. I. L. II. 5041.—Los caracteres atribuidos a la «*possessio*» del «*ager publicus*» por BOZZA son los siguientes:

- 1.—Derecho de uso, goce, por parte del ciudadano ocupante.
- 2.—Posibilidad de adquisición por parte de cualquiera ciudadano, mediante asimilación o concesión, en unas teorías, y por simple ocupación privada, en otras.
- 3.—Revocabilidad a voluntad del Estado.
- 4.—Pago de un canon o vectigal.

Cfr: BOZZA, ob. cit. pág. 12 y ss. En cambio hoy día está desacreditada la tesis de ZANCAN, que expresó con las siguientes palabras: «*Il possesso dell'ager publicus*» non é precario, ma stabile: privata possessio; ed é stabile non per consolidamento, successivo, ma perché risale ad una concessio ne sovrana, é difeso in quanto legittimo, ed é iscritto nel censo. Stabilità giuridica, funzione económica di proprietà piena; importanza sociale, in quanto, la «*possessio*» costituiva la parte più conspicua delle fortune della classe senatoria». El mismo ZANCAN, modifica esta posición en escritos posteriores.

rálmente revocables a voluntad del concedente (20), temporales en principio, pero si al «*pater familias*» puede interesar retirar los bienes dados en uso y posesión para administrarlos de forma más remuneratoria, al Estado romano rara vez puede convenirle abrogar aquellas concesiones (21). Al contrario, decimos que cada día aumenta el territorio

(20) El carácter de la revocabilidad ha sido discutido por ZANCAN, que ha venido a reconocer, por medio de las teorías que formula, la existencia de una «*possessio*» revocable al lado de otra irrevocable. ¿Cuál sea una y cuál la otra? Según su primera teoría era revocable la «*possessio*» provincial; según la segunda teoría era revocable una nueva forma de «*possessio*» nacida después de la segunda guerra púnica. Cfr.: ZANCAN «*Ager publicus*» in *Publ. della Facoltà di Lett. e Filos. della R. Università di Padova*, vol. VIII pág. 4 y también puede verse *Sul possesso dell'ager publicus*, *Atti. Acc. Tor* vol. 67 (1931-32) pág. 71 y ss.

No se han probado las opiniones de ZANCAN y tampoco se ha demostrado la existencia de una «*possessio*» irrevocable, siendo, en cambio, opinión común la de la revocabilidad y es ingenioso en extremo el estudio que realiza BOZZA sobre este particular, que podemos resumir así:

Durante la segunda guerra púnica, tuvo necesidad el Estado romano de contraer una deuda con los ciudadanos «*privati*», de la cual fueron pagados los dos primeros plazos, más el pago del tercero que había de realizarse por el año 200 a. de C. no podía ser exigido. Los acreedores protestaban probablemente porque en aquel periodo el Estado adquiría considerables ingresos vendiendo terrenos a buen precio. El Senado entonces determinó entregarles, en vez de dinero, porciones equivalentes del «*ager publicus*», dentro de un radio de cincuenta millas alrededor de Roma, propuesta que fué aceptada con regocijo porque es de pensar que fuera mayor el valor de los terrenos que el importe de la deuda.

Sin duda los acreedores pertenecían a la clase noble, o patricia, o senatorial, que consiguió del Senado un decreto tan dañino a los poseedores del «*ager publicus*», que por hallarse tan cerca de Roma era cultivado, quedando con aquel Decreto revocada la posesión de esos campos. Cfr.: BOZZA, obra cit. pág. 64, 65, 18. Aduce el testimonio de LIVIO, XXXI-13 y cita a NIEBUHR: *Röm. Geschichte* II pág. 164. CARDINALI: ob. cit. pág. 122, n. 2.

(21) Vid. Nota anterior: En ella hemos dicho que había precisado el Estado romano revocar las posesiones para pagar una deuda, denominándose aquella revocación y sucesiva venta «*trientabula*».

«*Consules agrum aestimatos et in jugera asses vestigal testandi causa publicum agrum esse impossituros, ut, si quis eum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo, laeti eam condicionem privati (creditores) acceper;*

donde se extiende su soberanía. Del «*usus*» cliental, deriva el precario y tal vez el comodato. De la «*possessio*» del «*ager publicus*» después de mucho tiempo de un proceso evolutivo penoso, la propiedad; pero, antes de llegar a esta conclusión es cuando merece la pena estudiar la posesión como figura jurídica completamente desligada y separada de la propiedad. (22)

Los «*possessores*» del «*ager publicus*» no pensaban convertirse en propietarios de aquellos terrenos, al menos, de una manera inmediata.

Reconocían un derecho superior del Estado romano y se conformaban con lograr eventualmente de la posesión de la cosa el mismo provecho que hubieran conseguido con la propiedad. Sólo advirtieron la diferencia cuando comenzaron a ser perturbados en la pacífica tenencia de sus tierras: entonces sí, entonces comprendieron que no podían defenderse como si fueran propietarios y es de pensar que, así como el «*cliens*» acudiría a solicitar la protección y ayuda del jefe doméstico que le había concedido el «*usus ac possessio*», así también los poseedores del «*ager publicus*», no

trientabulum quis ager, quia protetia parte pecuniae datus erat, appellatas». LIVIO, XXXI, 13. Sobre la veracidad de los datos suministrados por LIVIO puede verse JUAN IGLESIAS: «*Visión titoliviiana de la Historia de Roma*» AHDE, XVII, 625-650.

(22) Hallándose a nuestro juicio refutada la teoría de ZANCAN expuesta en su obra «*Sull origine del possesso*» (pág. 20 y ss.) hemos de advertir que la reconstrucción que presenta de la evolución, o por mejor decir, estratificación de concepto de «*possessio*» en la época preromana se ha demostrado es plenamente falsa. Las tres formas de «*possessio*»: Posesión señorial, de los ciudadanos, posesión cuestoria y posesión precaria, resultaron, después de un análisis crítico, creaciones de mera fantasía, según dice BOZZA, ob. cit. pág. 70.

El «*ager quaestorius*» entendemos que, al ser vendido por autorización del Senado, pasaba a ser propiedad de los adquirentes, y por lo mismo, no cae el estudio del «*ager quaestorius*» dentro del marco que hemos trazado. Puede verse BOZZA, ob. cit. pág. 176 y ss. donde opina que no puede afirmarse que el «*populus romanus*» enajenara la propiedad. Consideramos más fundada la opinión de WALTER y HUSCHKE y KARLOWA, en sentido contrario: Vid. WALTER: R. R. G. I, pág. 64, n. 10. HUSCHKE: *Ueb. die Stelle d. Warron*, pág. 85. KARLOWA: R. R. G. I, pág. 95.

pudiendo defenderse contra las eventuales violencias de terceros perturbadores, promoviendo acciones negatorias o reivindicatorias, acudieron al Estado romano en su querrela. Y aquel sentido práctico romano, que siempre halló solución adecuada al punto controvertido, proveyó en esta ocasión por medio de los censores y pretores a la tutela de aquellas «*possessiones*». En esta tutela posesoria, según las más modernas teorías, (23) hallaron fundamento en la época repu-

(23) En dos grupos pueden clasificarse los estudiosos que se han preocupado por el origen de la tutela posesoria: La opinión que ha gozado largo tiempo de mayor favor, es la de NIEBUHR, adoptada por SAVIGNY y seguida después por GIRAUD, SCHWEGLER, DERNBURG, VOIGT, CUQ, CORNIL. Según estos autores la protección posesoria fue introducida para los poseedores del «*ager publicus*», y después fué extendida a la posesión del *ager privatus*. Modernamente recogen y dan mayor realce a esta teoría PACHIONI y ALBERTARIO.

Esta conjetura en torno al origen de la tutela posesoria, ha sido refutada particularmente por IHERING y por KARLOWA: Siguen el parecer de IHERING, PUCHTA y UBBELOHDE: Para este grupo la tutela posesoria es una avanzadilla en la protección de la propiedad y una consecuencia de asignar durante el proceso a una de las partes la posesión del objeto litigioso y protegerla en esa posesión.

Opiniones particulares son las de BEKKER y PFERSCHKE que sostienen que este medio de protección no es otra cosa que una emanación natural del *officium praetoris*. HUSCHKE ha pretendido explicar el origen de los interdictos imaginando que han nacido y se han desarrollado como formas de actuación ejecutiva de derechos públicos subjetivos en interés del ciudadano. PERITCE ha sostenido con firmeza la teoría llamada del «mantenimiento de la paz» («*Friedentheorie*»), expresión significativa del especial carácter de medida administrativa de policía, que reconoce esporádicamente a los pronunciamientos interdictales BETHMANN-HOLLWEG. BISCARDI, que ha estudiado con detenimiento el problema, nos dice que entre las relaciones susceptibles de protección interdictal en la época clásica, las más antiguas son sin duda aquellas que tienen un carácter abiertamente público. El interdicto debió haber encontrado su campo de aplicación en la esfera de actividad reservada al «*imperium*». En este sentido cree aceptable la opinión dominante que liga el surgir del interdicto, como instrumento procesal, a la tutela de las *res divini iuris* y de las *res in publico usu*; aunque no sea posible demostrar cuáles fueron, y en qué orden cronológico nacieron los primeros y más remotos interdictos. Cree sin embargo —su contra de la corriente doctrinal representada por IHERING— que puede considerarse suficientemente pro-

blicana las medidas defensivas denominadas «*interdictos posesorios*». Por este instrumento los «*possessores*» del «*ager publicus*», sin llegar a convertirse en propietarios, tenían a su alcance, como si lo fueran, medios defensivos eficaces. Esta posesión, siendo tal «*possessio*» revocable en principio, hallaba permanencia y estabilidad, como figura jurídica propia que se llamó específicamente «*possessio ad interdicta*». (24)

También hablamos de una clase de «*possessio*» no susceptible de revocación, —la del «*pater familias*» sobre una «*res mancipi*» adquirida sin las solemnes formas de la «*mancipatio*» o la «*in iure cessio*»— que era presupuesto inmediato del «*dominium*». No había llegado a ser propiedad aquella posesión por un defecto de forma, defecto por lo demás subsanable aunque requiera el transcurso del tiempo: «*possessio ad usucapionem*».

Tenemos ya completamente perfiladas las dos clases de «*possessio*». La del «*ager publicus*» que gozaba de una defensa propia, pero que era una «*possessio separata a proprietate*», y la segunda, esto es la «*possessio*» destinada a transformarse rápidamente «*in dominium ex iure Quiritium*», mediante el expediente de la «*usucapio*». Nótese que en las XII Tablas se exigen períodos de tiempo tan breves, que los glosadores al comentarlos, los califican de «*angustiosos*», olvidando sin duda que en la época y tiempo que tuvo vigor

bada la relativa antigüedad de los interdictos posesorios, pues el núcleo de relaciones protegidas por ellos entraba originariamente en el ámbito del derecho público, tratándose de relaciones fundadas sobre concesiones administrativas de terrenos (*ager publicus, ager vectigalis*: Tesis de NIEBUHR, SAVIGNY, etc.)

Finalmente, es radical, desde otro punto, la teoría de CARNELUTTI, que asigna a la posesión el carácter de una «composición espontánea» en un conflicto de intereses y le atribuye de modo general en origen la naturaleza de una «fórmula de composición económica».

(24) Pensamos sinceramente que éste fué el proceso seguido por la posesión romana y creemos que el no haberlo aprehendido, llevó a varios romanistas, tan insignes en otro sentido como HERRING, SAVIGNY, por caminos descarrados en algunos momentos de importancia.

la ley decenviral, sólo podían ser objeto de «*usucapión*» las cosas poseídas «*ad usucapionem*», es decir, las «*res mancipi*» que no habían sido enajenadas al «*possessor*» usucapiente en debida forma, al menos de modo general.

La vida breve, uno o dos años, de esta «*possessio ad usucapionem*» no hacía sentir, en principio, la necesidad de organizar una defensa análoga a la de la «*possessio*» del «*ager publicus*», dice ALBERTARIO; pero si esto ocurrió originariamente, en el curso de la época republicana, sobrevinieron sucesos que tienen gran importancia en la historia del Derecho romano: El primero fué la extensión de la protección interdical a toda clase de posesión. Significativo es que en esta primitiva época, se hallen tan perfectamente deslindados los campos conceptuales de la posesión y del dominio, que es imposible confundir ambas instituciones.

Así, pues, finaliza la época preclásica dejándonos un concepto de posesión revocable, en principio, de la que es expresión propia la «*possessio*» del «*ager publicus*», y una «*possessio*», no susceptible de revocación, de la que es ejemplo típico la de las «*res mancipi*», enajenadas sin las solemnidades requeridas: Ambas posesiones gozan de protección, pero la última conduce directamente a la propiedad mediante la «*usucapión*».

EPOCA CLASICA

La inconveniencia de partir del método dogmático exclusivamente o de otro cualquiera que no sea el histórico, en estas investigaciones, se revela en el estudio que nos ocupa. La dogmática moderna de BETTI nos conduciría desde un concepto tan complejo como es el de la posesión, a las más sutiles derivaciones y sólo por una casualidad hallaríamos el hilo de la esencia verdadera.

El primer suceso acaecido en el umbral de la época clásica en torno a la posesión tiene enorme importancia política, social y jurídica: Como consecuencia de agitaciones tumultuarias se votó en el 111 antes de Cristo, una ley agraria que transformó para lo sucesivo las «*possensiones*»

del «*ager publicus*», revocables en principio, en «*dominium optimo iure*». Mediante esta ley la gran parte del terreno de Italia incorporado a 35 tribus deviene de posesión en propiedad plena y enseguida acaece lo mismo con el resto de los terrenos no incorporados a las tribus. (25)

Con esto, aquella neta «*possessio*», que constituía la figura jurídica más común en Italia, desaparece, y no queda más que una imagen de aquella «*possessio*» revocable y defendida con los interdictos en la posesión del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario, que ocupan un puesto insignificante al lado de aquélla.

El concepto diáfano y transparente, al homogeneizarse, se oscurece y complica. (26)

(25) Cfr. COSTA: *Storia*. 1925. 192, 93. Puede verse también PACHIGNI: *Corso*, vol. I. Appendice III, pág. XLIV y ss. y vol. I, pág. 336: «*Che la tutela possessoria, quale ci appare nelle fonti classiche e giustiniane, sia in risultato di un lento svolgimento storico è ammesso da tutti quelli che ritengono che la tutela possessoria fosse, nelle sue origini, concessa solo ai «possessores» dell'«ager publicus».* Ma come venne operata la estensione d'ella tutela ai proprietari-possessori? Noi sappiamo che, fallito il movimento agrario per la nuova repartizione delle antiche «*possessiones*», venne fatta passare una legge («*lex agraria*, del 643 u. c. 111 a. Chr.) che permettere un fine al rinnovarsi della agitazione, trasformó le «*possessiones*» stesse in proprietà, e tose così, de un solo tratto, alle agitazioni agrarie la loro base giurídica, base che, come é noto era riposta in ciò che le «*possessiones*», essendo in proprietà dello Stato, potevano dallo Stato venir sempre revocate».

(26) Puede añadirse que el precario cada vez es más raro, porque el afán de lucro crece con la abundancia de población y nuevas necesidades, y las garantías en la contratación cambian la estructura de la prenda y en vez del «*pignus datum*», se usa el «*pignus obligatum*», y desaparece también en el aspecto procesal aquel sistema de acciones de la ley con la apuesta y vindicias estableciéndose en su lugar el proceso formulario, más flexible y cómodo. Cfr: ALBERTARIO: Ob. cit: ib. KASER, *Eigentum*, cit. al estudiar la evolución de la posesión en esta época considera conveniente seguir la triple diferenciación indicada por RICCOBONO, y así estudia sucesivamente la *possessio civilis*, —pág. 329 y ss.— como *Besitztabestand*, la *possessio ad interdicta* o *Interdiktenbesitz*, —pág. 331 y ss.— y finalmente la *possessio naturalis*, pág. 335 y ss. Con más detenimiento nos ocuparemos de esta distinción al estudiar la transcendencia de la distinción romana en materia de posesión, que nos proponemos publicar.

La nueva «*possessio*», que surge y campea, nace sin ningún límite fijado de antemano en el tiempo, se halla defendida por interdictos y conduce desde su comienzo a la usucapición. Con esto se comprende cómo en los primeros tiempos del imperio la «*possessio*» del precarista, del acreedor pignoraticio y del secuestratario aparecen como una «*possessio*» excepcional, ya que eran éstas las únicas que, al menos teóricamente, podían ser limitadas en el tiempo, límite que no tenían las demás «*possessiones*» y aparecían también como «*possessiones*» anómalas, porque todas las demás conducían a la usucapición si bien la de los fundos provinciales llevara al mismo resultado mediante la «*praescriptio longi temporis*» y las del precarista, acreedor pignoraticio y secuestratario jamás llevaban a usucapir.

En la edad preclásica, el que no llevara la «*possessio*» a la usucapición, era un fenómeno normal, por lo menos el más frecuente, porque los más de los «*possessores*» lo eran del «*ager publicus*», figura posesoria genuinamente revocable; ahora, en la época clásica, que una «*possessio*» no conduzca a la «*usucapición*», nos sorprende como anormal: Es decir, quedan de la época preclásica desvanecidas imágenes posesorias en la «*possessio*» del precarista, acreedor pignoraticio y secuestratario, que ahora son como *especies* sobrevivientes de un género desaparecido.

Pero antes de saltar más largo, preguntémos: ¿Por qué razón al final de la época preclásica y al comienzo de la clásica, se homogenizan las «*possessiones*» y se concede la defensa interdictal a las dos clases de «*possessio*», por una parte, y por otra conducen ambas a la propiedad mediante la «*usucapio*»? Dos cuestiones son éstas que han dado mucho que pensar y llevaron a los romanistas por derroteros completamente distintos, que vamos a indicar, siquiera sea sucintamente, percatados de la importancia de algunas de las teorías expuestas:

Anticipando que en la época justiniana se desgajó de la «*possessio*» una modalidad jurídica nueva, «*detentio*», que no halló defensa interdictal y cuya nota diferencial fija COVARRUBIAS, en el «*animus possidendi*», «*animus dominantis*», que también recoge SAVIGNY, trataremos de ver cuál fué la

causa que motivó la extensión de los «*interdictos*» a la «*possessio*» en sentido estricto, en la citada época

Dijimos que el fundamento de la tutela posesoria interdicial se halla en la necesidad de defender a los poseedores del «*ager publicus*» y la razón que movió al Estado romano a conceder esta defensa fué de tipo político (27): Naturalmente, si por razones político-sociales el Estado había distribuído y concedido aquella posesión, ¿cómo podría tolerar que fuera luego perturbada de un modo arbitrario, o que los poseedores sólo pudieran defenderse mediante la fuerza, cuando su posesión era conveniente y reportaba utilidad pública? Y aparecieron los interdictos «*uti possidetis*» primero, luego «*unde vi*», etc. Ahora, cómo se extiende esta protección a la «*possessio ad usucapionem*»?

Ni la teoría de IHERING sobre la defensa interdicial que sitúa el fundamento de la misma en una necesidad procesal, es decir, en la necesidad de asignar a una de las partes contendientes el objeto debatido, durante la tramitación judicial (28), ni la de SAVIGNY, que sitúa el origen de la tutela posesoria en la necesidad de reprimir la violencia pública, evitando que el poseedor se defienda por su mano (29), ni la de BONFANTE, retocando y corrigiendo la

(27) Cfr. PACCHIONI: Ob. cit. ibi. «*Se l'origine della tutela possessoria veramente ricercata come a noi e sembrato, nella necessità di difendere i «possessori» dell'ager publicus, d'uopo e rinunciare ad attribuire ad essa uno speciale suo fondamento, diverso di quello che é in sostanza il fondamento razionale della tutela della proprietà*». Vid. supra, nota 23.

(28) Cfr. IHERING: *Der Besitzwille*, Jena, 1889, pág. 364. Este trabajo de IHERING está dedicado a atacar la teoría de SAVIGNY. Puede verse también sobre estas teorías: ASCOLTI: En el «*Bolletino dell' Instituto di Diritto romano*», año 1889, pág. 295 y la crítica de WINSCHIED y de KIPP en «*Lehrbuch der Pandektenrechts*». I. pág. 736. FERRINI: *Pandette*, pág. 302.

(29) Cfr. SAVIGNY. *Das Recht des Besitzes*, pág. 120. Puede verse también DERNBURG: *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes*, 1883; KARLOWA: *Römischen Rechtsgeschichte* II. En contra. Vid. BONFANTE y el estudio de éste en: *Studi in onore di Moriani*, vol. I. pág. 169. Sena 1906, titulado «*Il punto di partenza nella teoria romana del possesso*». Ahora en sus *Scritti giuridici*, III, 516 y. ss.

teoría savigniana, de forma que se sustraiga a las mayores críticas, ni otros autores que tratando de salvar estas opuestas doctrinas, han recurrido a hipótesis más o menos verosímiles, dan una explicación satisfactoria de aquella extensión de los interdictos a la «*possessio ad usucapionem*».

Si queremos hallar esa razón, creemos hay que volver al momento histórico en que se realiza.

Las teorías expuestas, si no esclarifican el hecho, no cabe duda que proyectan mucha luz sobre el problema: En primer lugar notemos que es un movimiento político-social el que consigue transformar, dando un salto gigante, la «*possessio*», temporal, revocable, en «*dominium optimo iure*», permanente, absoluto. Los antiguos poseedores, encuentran de pronto y por una «razón de Estado», que pueden utilizar al lado de los interdictos —que continúan a su disposición— las acciones reales de defensa de la propiedad, «*negatoria*», «*reivindicatoria*», etc.

¿Parecería, por la misma razón, mucho, conceder la defensa interdictal a los poseedores, que, teniendo la cosa «*ad usucapionem*» por no ser aún propietarios, fueran perturbados ilegítimamente en su posesión?

Un movimiento social trae aires de revolución, y si en ellos se buscaba una mayor seguridad a los «*possessores*», y se logró esa seguridad de manera tan rotunda para los más, ¿qué mucho que al mismo tiempo sirviera a idéntico fin para los menos? Las fuentes no permiten más positivos resultados: Ahora bien, sabemos que el término «*possessio*» conviene igualmente a la de quienes poseían el «*ager publicus*» que a la de los que poseían «*ad usucapionem*». La conquista jurídico-social alcanzó a las dos. Y aquí está la clave del segundo problema. ¿Por qué en la época clásica toda «*possessio*» conduce a la usucapión?

La «*possessio ad usucapionem*» de la República pasa defendida a la nueva época, pero si recordamos que en la edad preclásica la «*possessio*» corriente, era la del «*ager publicus*» y ésta deviene en propiedad de pleno derecho, en virtud de una agitación o conmoción política, lógicamente hemos de deducir que en términos generales queda una sola clase de «*possessio*», en esta época, cuyas características son

en principio las que retrataron a la figura de la que desciende: ser irrevocable, conducir a la usucapión, y en tercer lugar, por aquel aditamento, hallarse protegida interdictalmente. Reconocemos que esta exposición no deja de ser hipotética, pero con grandes posibilidades de exactitud, pues si aceptamos las últimas conclusiones de BISCARDI en torno a la extensión de la tutela interdictal al *dominium*, último punto en este paréntesis de exposición, implícitamente hacemos aquella extensión a una situación que es antesala o *avanzadilla* de la propiedad. Según BISCARDI la propiedad no fué protegida por los interdictos posesorios en principio (30), sino que exclusivamente lo estuvo por las acciones reales (*legis actio sacramento in rem, actio reivindicatoria, agere per sponsonem*), porque la posesión estaba *separata a proprietate*; mas cuando se llegó a reconocer en el *dominus* también una *possessio* sobre la cosa, cuyo dominio le pertenecía, se sintió el deseo y la necesidad de protegerle de manera más ágil en el mantenimiento y reintegración de aquél estado de hecho.

Esto sucede porque de la esfera de situaciones de Derecho público se pasa casi insensiblemente a una zona gris, intermedia, donde en el nombre y en la tutela de la *possessio* se apunta ya un atisbo de interés privado. Se ha dicho que la evolución sucesiva de la institución, dentro de los límites cronológicos del régimen republicano, sigue una línea decisiva y orgánica. Si aceptamos la prioridad de la protección para instituciones públicas y nos fijamos en el hecho histórico que nos la muestra extendida a relaciones privadas (31) y buscamos una explicación lógica y orgánica, al mismo tiempo, de esta extensión, aun prescindiendo de las consecuencias que motivaron la *lex Baebia agraria* del III

(30) BISCARDI. A.: *La protezione interdittale nel processo romano*. Padua, 1938; 91 y ss.; 98 y ss.; 118 y ss.

(31) Sobre la «situación» y la «relación» como objeto específico del Derecho público y privado respectivamente, ORS PEREZ: *De la «privata lex» al Derecho privado y al Derecho civil*, en el B. da Fac. de Direito de Coimbra, Vol. 15, fas. 1. y mi referencia en *Información Jurídica*, 80, (1960).

a. de C., advertimos que la primitiva sociedad romana es esencialmente agrícola, y las relaciones privadas, mayormente necesitadas de una tutela rápida, efectiva, expedita, confiada a los poderes públicos, al mismo tiempo que conforme con las costumbres y formalidades del procedimiento privado ordinario, no pudo ser otra que la adoptada para asegurar el goce de la tierra, a semejanza con el *ager publicus* y el *ager vectigalis*, extendida al goce del propio fundo, e incluso al disfrute de determinadas utilidades económicas del fundo ajeno. Por eso, al lado de las primeras medidas protectoras de la posesión sobre tierras rústicas (*interdictum uti possidetis, unde vi*) se crearon otras (*interdictum utrubi*) para defensa de aquellos elementos más indispensables en la producción agrícola, esclavos, animales, etc. (32). De aquí se extendieron a las relaciones de vecindad.

Así, por esta explicación, completamente verosímil, hemos llegado a sorprender el concepto unívoco, homogéneo, de la *possessio* clásica. También vemos con precisión y claridad las modalidades posesorias del precarista, secuestratario y acreedor pignoraticio.

Bueno será que determinemos ahora el concepto clásico de posesión. Ya anotamos que Bozza configuró la *possessio* como una señoría de hecho sobre una cosa, señoría de hecho que no deriva de una relación contractual y no es tampoco puramente un típico *ius in re*. Queda así definida en sentido negativo; pero anotemos que la doctrina posterior la concibe como señorío de hecho sobre una cosa, añadiendo: *cum animo domini*, o mejor *cum animo possidendi*.

Con exactitud pudo decir COVARRUBIAS (33) que presenta la posesión el doble aspecto de *hecho* y de *derecho*, según el

(32) LENEL: *Das Edictum perpetuum*, 3 ed. párrafo 264.

(33) *Possessor*, cit. par. sec. 2.ª núms. 2 y 3. Nótese la similitud del pasaje con aquel de SAVIGNY que dice: «...La posesión es, pues, al mismo tiempo hecho y derecho, y este doble carácter es de gran importancia para el desenvolvimiento de la teoría». Cfr. *Tratado de la posesión*, trad. española, pág. 17 y nuestro trabajo «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión», en la *Revista de Derecho Privado*, 388-389 (1949), página 631 y ss.

ángulo desde donde se contemple: «*Possessio, dum capitur pro acquisitione, est factum non ius... Possessio autem, postquam iam est adquisita, et perfecta, ius esse*».

Comparemos ahora este concepto y su nuevo aditamento con el concepto preclásico de la *possessio* y saltará a nuestra vista la diferencia notable que los separa: precisamente los casos más numerosos, más importantes y socialmente relevantes, eran casos de *possessio* revocable; en los que no se tenía el *animus rem sibi habendi* o al menos no se perseguía la propiedad de manera inmediata. Se poseía mientras el *pater* toleraba el uso, o «*dum populus senatusque vellet*» (34).

Y entrando de lleno en la época clásica, en la de Quinto Mucio Scaevola a Paulo, la *possessio* aparece como una relación de hecho, como la que nos presentan COVARRUBIAS, SAVIGNY o BONFANTE, a quienes aludimos al iniciar estas páginas, concepto que indica una dominación de hecho en la cual se tiene una cosa con la intención de poseerla uno por sí y disponer de ella sin límite alguno en el tiempo, al modo de dueño: señorío de hecho, con defensa interdictal, apto para transformarse, cuando se den ciertos requisitos, en señorío jurídico, mediante la usucapión (35).

Expuesto el concepto, fijémonos en la nueva terminología: Al *habere, possidere, uti, frui*, de la época anterior (36), sustituyen ahora las voces *tenere, detinere, morari in fundo, esse in proedio, esse in possessione, possidere corpore, possessio naturalis*, etc.

Una nota esencial del concepto de posesión de ésta época clásica debe llamar poderosamente nuestra atención: la *possessio* es un supuesto fáctico, un concepto de hecho, un hecho. Mediante el *ius postliminii*, el ciudadano romano que hubiera caído prisionero del enemigo en una guerra, si lograba evadirse y tornar a Roma, recobraba sus antiguos

(34) BURDESE: *Studi sull'ager publicus*, Turin 1952, 111 y ss.

(35) Cfr. ALBERTARIO: *Studi.*, loc. cit.

(36) Es fácil inferir que el nuevo concepto de *possessio* no compagina con el simple *usus fructus* preclásico,

derechos, pero no la *possessio*, porque ésta era un hecho. Por la adición de la herencia *omnia iura ad heredem transeunt*, todos los derechos pasan al heredero, pero no adquiere la posesión simplemente por aquel acto. El *dominus* en Roma, en cambio, no podía adquirir derechos por medio de otra persona —la representación en principio no fué admitida— y sin embargo, podía adquirir mediante *procurator* la *possessio*, porque, en definitiva no es un derecho. (37)

EPOCA POSTCLASICA, ROMA- NO-HELENA Y JUSTINIANEA

Al finalizar la época clásica y en los albores del siglo III después de C., nuevos sucesos políticos van a cambiar la faz jurídica de Roma. Con la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (*Constitutio Antoniniana* del año 212) desaparecen las distinciones personales de latinos y ciudadanos: todos los hombres que no sean dediticios o esclavos adquieren personalidad jurídica, y para todos vale el *ius civile*, que antes había sido monopolio *civium romanorum*. Parece natural que al allanarse aquellas diferencias entre las personas, desaparecieran, al ser reguladas por un mismo Derecho, las distinciones entre fundos itálicos y fundos provinciales, y así como al final de la época preclásica los *possessores* del *ager publicus* devienen en propietarios de aquellos campos, al terminar la época clásica la «*possessio*» de los fundos tributarios o estipendiarios se transforma

(37) Sobre estos puntos, muy interesantes, ALBERTARIO: *Postliminio e possesso*, en *Studia et documenta*, VI (1940) 384 y ss. BUCKLAND, W: *The main institutions of roman private law*. Cambridge, (1931), 104 y ss. Vid. *Un nuevo estudio sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, en la *Revista de Derecho privado*, 388-389 (1949) 631 y ss., donde nos ocupamos con mayor detalle de este aspecto en el Derecho romano y español vigente. KASER, *Eigentum*, cit. pág. 361, en confirmación de cuanto dejamos expuesto, nos dice: «...Als ein selbständiges Recht haben noch die Klassiker die *possessio* in keiner ihrer Erscheinungsformen anerkannt», y en la pág. 362 insiste diciendo: «Von einem *ius possessionis* in rechtlicher Bedeutung haben die Klassiker offenbar noch nicht gesprochen».

en «*proprietas*», concepto económico social en que desemboca el viejo y caduco de *dominum ex iure quiritium*.

Por virtud de este desplazamiento, el terreno afectado de *possessio* se reduce muy considerablemente. Entonces comienza a surgir una nueva modalidad posesoria, a la que aludimos anteriormente: al lado de los poseedores que tienen la cosa de *buena fe*, de los titulares de la *possessio* que sobrevive de la época antecedente, que se convertirán en dueños por su buena fe y que hallan defensa en los interdictos, al lado, decimos, de esta posesión, aparece el hecho consistente en la mera tenencia de una cosa sin justo título, ni buena fe: la *detentación*.

La posesión es un señorío de hecho llamado a convertirse, mediante la usucapión, en señorío jurídico. La detentación no puede llegar a propiedad, hasta que por obra de Justiniano y a través de la *praescriptio longissimi temporis* se halló el expediente capaz, en determinados casos, de transformar en derecho de propiedad aquel simple hecho consistente en la mera tenencia material de un objeto, sin más, que no podía ser considerada como posesión: *non posse eum intelligi possessorem, qui, licet corpore teneat, super iure possessionis vacilet an dubitet* (38).

Con esto, junto a la *possessio iure* aparece una *possessio corpore*, pero en las Pandectas la diferenciación parte de un criterio de buena fe, que tanto estudia Covarrubias: *potest dividi possessionum genus in duas species, ut possideatur aut bona fide, aut non bona fide*. Esta última posesión de *malta fe*, equivale, en muchos casos, a la detentación.

Al advenimiento del Cristianismo, como religión de Estado, un hálito espiritual comenzó a informar la vida en todas sus múltiples manifestaciones. Una Moral nueva se extiende por Roma y por su imperio: la doctrina patrística deja sentir su influjo en las letras y aquel sentido espiritual

(38) C. 7, 32, 10. Estudia COVARRUBIAS, la distinción posesión civil-posesión natural y los problemas de la buena fe en su obra, *Possessor*, cit. pars. sec. 6: *Explicit bonae fidei significationem, tam in tractatu de praescriptionibus, quam in materia de contractibus bonae fidei*. Vid. 7, 8 y 9.

de la vida cristiana tiene sus manifestaciones en las leyes: Constantino y Teodosio legislan en favor de la Iglesia naciente y ésta en sus Concilios y enseñanzas difunde las esencias de Cristianismo impregnando de buena fe y fraternal armonía las relaciones entre los hombres. Así se comprende que cobre tanta importancia en la *possessio* este elemento espiritual que se traduce por COVARRUBIAS mediante la expresión «*animus dominantis*», que más tarde dirá SAVIGNY con aire de originalidad *animus domini* y BONFANTE *animus possidendi* (39)

De aquí se deriva también aquella animadversión de los glosadores, postglosadores y pandectistas a admitir la prescripción basada en una posesión de mala fe, prescripción que COVARRUBIAS denomina odiosa, pues νομής γάρ μή ὑποκειμενης, οὐ προσάγεται usucapion. νομή δέ ἐστὶ φυγή δεσπόζοντος νέμεσθαι (40): Sin verdadera posesión no procede la usucapición y se entiende que posee, aquél que tiene la cosa con ánimo de dueño, y añaden estas palabras que glosará COVARRUBIAS: Διαφορὰ δέ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὐτῇ, ὅτι κρατεῖν ἐστὶ φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ φυγῆ δεσπόζοντος κατέχειν.

(39) ALBERTARIO dice: «L'animus domini, l'espressione adoperata dal SAVIGNY per indicare l'elemento spirituale del possesso, é di marca giustinianica; l'animus possidendi l'espressione adoperata dal BONFANTE, é di marca clásica». Ob. cit. Vol. II, 130. La expresión de COVARRUBIAS *animus dominantis* traduce perfectamente la griega φυγή δεσπόζοντος.

(40) *Paraphrasis*, 2, 9, 4. A este respecto explica COVARRUBIAS (obra cit. 2, 2, 4) siguiendo a TEOFILO, por qué no puede usucapir el usufructuario: «Cur usufructuarius usucapere non potest. Primum, quia non possidet: *Est enim possessio, animo dominantis possidere*», expresión que, como luego veremos, traduce exactamente la definición contenida en las Basilicas, 50, 2, 61. Cfr. infra n. 42. Y leemos también en COVARRUBIAS: *Possessor*, cit. pars. sec. 12: De interpretatione praescriptionis agit, praescriptum de ea, quae ob malam fidem procedit: «...Non procedit nec currit praescriptio, quoties ob malam fidem similcmve causam non incipit nec incipere potest...» 4.—«Nunc de civili interruptione agendum est... Praescriptionem quandam esse in odium tamen negligentis inductam: ut est ea, quae mala fide in iure Caesariano admittitur ex triginta annorum... Praescriptio mere odiosa, quae mala fide procedit ob segnitatem, ac negligentiam alterius sola citatione interruptitur».

«Si diligentemente examinamos las palabras de Teófilo, nos dice COVARRUBIAS, observaremos que «*possessionem in hoc a detentatione differre: Tenere sit naturaliter detinere, possidere sit animo domini detinere*»:

La diferencia entre tener (detentación) y poseer (posesión), es ésta: que detentar es tener físicamente una cosa, poseer es tenerla con ánimo de dueño, siendo por consiguiente la nota que diferencia la posesión de la detentación la *ψυχὴ δεσπόζοντος*, frase equivalente al *animus dominantis*. Por eso, si existen dos géneros de posesión, la de *buena fe* (*possessio* en sentido estricto), y la de *mala fe*, equivalente a la detentación o tenencia simple desprovista de la *ψυχὴ δεσπόζοντος* y sólo aquella es base a la usucapión, parece que no es muy consecuente el legislador al instituir la *praescriptio longissimi temporis*. Y en torno a este tema se producen acañoradas discusiones. (41)

Conviene, como hemos procedido en épocas anteriores, determinar el concepto de posesión con la mayor precisión posible, para que resalte más su evolución histórica y la definición que leemos en las Basílicas nos dice que «*νομή ἐστὶ ψυχὴ δεσπόζοντος κατοχῆ*» (42): «Posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de dueño».

Esta definición ya nos coloca en trance de excluir de la categoría de poseedores al precarista, al secuestratario,

(41) ALBERTARIO: Ob. cit. ROTONDI: Ob. cit. RUFFINI: *Actio spolia*, Turin, 1889, 81, que hace notar que no debe confundirse la *ψυχὴ δεσπόζοντος* con el *animus possidendi* clásico, porque los Bizantinos lo aplican solamente a aquellos poseedores de buena fe, que precisamente por ser poseedores de buena fe, pueden usucapir. TEOFILO identifica en *Paraphrasis* 2, 9, 4, la *possessio* sin la *ψυχὴ δεσπόζοντος*, con la *possessio male fidei*. Vid. BONFANTE: *Note a Windscheid*, V, 345.

COVARRUBIAS en su citada obra, (sec. 11), después de valorar las razones en pro y en contra de la prescripción de treinta años, o *longissimi temporis*, se muestra contrario a su admisión en Castilla, así en el Derecho Real, como en el Canónico, con estas categóricas palabras: «...*Quamobrem illud opinor certissimum esse, et ita quidem in praxi servandum fore in utroque foro, nulla praescriptio, nec in rebus, nec in personis (actionibus), cum mala fide admittatur*».

(42) Bas. 50, 2, 61.

y al acreedor pignoraticio, cuyas situaciones sobre la cosa habíamos calificado de posesiones residuales de la época preclásica en la clásica, y así leemos en el Digesto (43): «*Is qui pignore accepit vel qui precario rogavit non fentur noxali actione, licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident*». Y esta «opinión domini», decimos, es la nota diferencial entre posesión y detentación, razón por la cual son detentadores en lo sucesivo y no poseedores, el precarista, secuestratario y todo el que tenga materialmente una cosa sin la *ψυχὴ δεσπόζοντος*, creencia fundada de que se tiene a manera de dueño. (44)

Tomando por base esa definición tan vaga como imprecisa y teniendo en cuenta la enorme importancia de la posesión, no extrañará que a partir de esta época la cálida poiesis de los comentaristas, glosadores y postglosadores elaboraran en un continuo tejer y destejer sobre el concepto, la más intrincada doctrina, plagada de controversias, vanas unas veces, improcedentes otras, que, a fuer de sinceros, reconocemos han tenido su repercusión, como es innegable que la tuvo el Derecho romano, en las legislaciones vigentes y sobre todo en la práctica torense, pues sabido es que la labor pandectística consistió preponderantemente en adaptar las viejas disposiciones romanas al momento vivido en los últimos siglos bajo la vigencia de aquel Derecho de Pandectas, remanente glorioso de un conjunto de normas que aún en nuestros días no se resigna a pasar a la Historia. (45)

(43) D. 9, 4, 22, 1. PAULO. Sin duda interpolado desde *licet*.

(44) Sobre la terminología posesoria puede verse: ALBERTARIO: *Appunti per una critica sulla terminologia del possesso*. Pavía, 1915: G. Roton-di: *Possessio quae animo retinetur*. En el BIDR. 30 (1921) 131, Seritti, 3, 233 y ss. y sobre la evolución del concepto de la posesión en esta época, puede verse también ARANGIO RUIZ: *Instituciones*, 4.ª edición, 206. BONFANTE: *Instituciones*, pág. 466.

Hemos de advertir que Covarrubias posee el griego, pues cita frecuentemente pasajes de las *Novelas* en este idioma, e interpreta filológicamente determinadas voces latinas de procedencia griega. Cfr.: Ob. cit. pars. prima, initium.

(45) La importancia actual del Derecho romano es innegable, pues si

En consecuencia podemos resaltar los siguientes puntos:

1.º El *usus*, que precede cronológicamente a la *possessio*, según revela la terminología de las fuentes más antiguas, significa una situación respecto a una cosa, susceptible de utilización singular, que permite a una persona utilizarla públicamente y en concurrencia con otros. No es originariamente privativo, sino que puede coexistir con un uso igual de otra persona, según la naturaleza del objeto.

2.º El hecho de excluir a las demás personas del uso común y público de una cosa, durante un determinado tiempo, adquiere tal relevancia jurídica, que permite al que ejerce tal «*usus*» privativo, —*reliquis ab earum usu exclusis*— fundamentar en dicha situación una pretensión frente a la comunidad, situación que ya las XII Tablas invistieron de autoridad suficiente, para que pueda devenir aquel *usus* —de hecho— en una situación de derecho: *auctoritas*, poder pleno sobre una cosa.

3.º La *possessio* como situación de poder de hecho de una persona respecto a una cosa —según lo confirma la misma etimología bonfantiana de la palabra, y aún otras etimologías menos aceptadas— surge como una modalidad situacional emanante del *usus*, y diferenciándose de éste, por su contenido *económico privado*. El *possessor* subtrae, de traer del uso de la comunidad la cosa que le rinde un inmediato beneficio económico, no siendo compatible este uso privativo, con el de otras personas simultáneamente, pues como situación de hecho, tiene en su esencia una nota de exclusividad, que permite explicar por qué el Derecho romano no admitió jamás la coposesión, como la reguló y confirmó, por ejemplo, el Derecho germánico.

4.º La posesión clásica romana tiene, además de un marcado carácter de hecho, la característica de ser una si-

bien como Derecho positivo vigente sólo tiene en nuestra Patria categoría de supletorio en Cataluña, sus principios informan las más modernas legislaciones y son imprescindibles gran parte de los conceptos elaborados por aquella jurisprudencia clásica y aún los de las demás épocas. Puede verse en este sentido URSICINO ALVAREZ: *Horizonte actual del Derecho romano*: Madrid, 1944, parte primera.

tuación que se da exclusivamente sobre cosas, y de modo *'transitorio*. La *transitoriedad* es nota de extraordinaria relevancia en el concepto clásico de posesión, pues, o cesa, como situación más débil frente a otra de derecho real, o se consolida a través de la usucapión, que exige períodos de tiempo breves. No es, por tanto, la posesión clásica un derecho real sobre una cosa, y como situación de hecho ha de concurrir en ella la circunstancia de *no lesividad* de derechos ajenos, aspecto éste que va a ser desdoblado en época posterior, en los requisitos de *animus, bona fides* y *titulus*, y por virtud de tales «condicionalidades», se va a otorgar una consideración jurídica superior a la *situación de hecho*, en tal manera que vendrá a ser equiparada a un *derecho*. Es el juego de palabras *factum-ius*, que aparece en la compilación justiniana, que enturbia la visión clara del concepto clásico, más técnico y simple a la vez.

5.º Pensando sobre aquella definición en que tanta importancia se concede al *animus*, pareció lógico anotar que tanto en la adquisición como en la pérdida de la posesión jugará éste la carta principal: De aquí se derivó la doctrina sobre el *animus possidendi* y el *corpus possessionis* y las teorías sobre la conservación de la posesión con el sólo *ánimo*, basada en aquella nueva regla que dice: *Possessio animo retinetur ex omnibus prediis ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus*; (46) la de la posesión del ausente, la del esclavo, la de representación en la adquisición de la posesión, la que versa sobre la expoliación, etc. y otras que estudia con la debida detención y claridad COVARRUBIAS.

6.º Importa resaltar que de esta época y como secuela del Derecho romano-heleno o bizantino, son la distinción entre posesión natural, *σωματική νομή*, *ψυσική νομή* y posesión civil, con las consecuencias derivadas de esta distinción.

7.º Que son fruto de la obra interpoladora llevada a cabo en estos siglos, raras caricaturas deformadoras de

(46) Dig 43, 16, 1, 25. Contra la teoría que admite el *animus*, defendida por ROTONDI, RATTE, etc. se alza ahora AMIRANTE, *Captivitas et postliminium*, Nápoles, 1950, pág. 180 y ss.

las figuras de contornos claros y elegantes y contenido preciso de la época clásica, como aquella que admite la posibilidad de una *possessio duorum vel plurium in solidum*, cuando la posesión del uno fuese justa y la del otro injusta, (47) planteando problemas nuevos sobre la posesión del *captivus*, del *dominus* ausente, etc.

8.º La mayor deformación del concepto de posesión, al aplicar el nombre de esta figura jurídica al ejercicio de hecho de cualquier derecho real.

9.º Llega a indicar la permanencia de hecho en un determinado estado, de libertad, de esclavitud; etc., posesión de estado civil (de hijo legítimo, etc.).

10. Al lado de la *possessio* se yergue la figura de la *quasipossessio*, para salvar con un aditamento fonético la prohibición que decía: «*Possideri possunt quae sunt corporalia* (48), *non intelligitur possideri ius incorporale* (49). Y esta *quasi-possessio* ha de ser fecunda en consecuencias y, sobre todo en controversias. Se aplica preponderantemente a las servidumbres, a los llamados derechos incorporales y por virtud de este *quasi*, aparece también al lado de la prescripción de cosas materiales, la *quasi praescriptio* de derechos, de acciones, etc.

11. Abundando en esta espiritualización de los conceptos, comienzan a surgir *actiones* útiles, al lado de las reales o directas, y se habla de un *interdictum utile* e *interdictum directum*.

(47) Así por ejemplo en el Dig. 43, 26, 15, 4 se lee: «*Placet autem penes utrumque esse cum hominem, qui precario datus esset penes cum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit anima possessione*». Aparece aquí una gran diferencia entre el Derecho justinianeo y el clásico. Un estudio completo sobre este punto nos ofrece hoy LEVY: *West Roman Law. The law of property*, Filadelfia, 1951, pág. 23 y ss. 70 y ss., donde nos viene a decir que el concepto de posesión en el Derecho romano vulgar llega a asumir un significado de tal amplitud que comprende la propiedad, los derechos reales análogos y el usufructo, hasta tal punto de llegar a ser considerada la *possessio* como una forma externa, de comprobación y de uso.

(48) Dig. 41, 2, 3, pr.

(49) Dig. 41, 3, 4, 27.

12. Muy pronto el dominio, que había sido concebido como prototipo de derecho real, absoluto, unitario, se divide también y surgen las distinciones de *dominium utile* y *dominium directum*; y he aquí otra abundante fuente de teorías, interpolaciones, y controversias: ¿La posesión que sirve de base a la usucapión, conduce al dominio útil? ¿Al directo? ¿A un dominio pleno? ¿No se puede prescribir el dominio escindido? (50).

Y así, en la manera que el Derecho romano extendía su campo de acción por el mundo medieval, las interpolaciones, las glosas y los comentarios se sucedían ininterrumpidamente, convirtiendo en intrincada manigua, aquel transparente Derecho clásico, con adiciones que sólo investigaciones profundas logran aclarar, produciendo fecundas obras, que aportan soluciones meditadas con esmero y elaboradas bajo el influjo de una savia eminentemente vivificante y justa.

MANUEL IGLESIAS CUBRÍA,

CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

(50) COVARRUBIAS; en la última parte de su citada obra plantea y da solución, adecuada a sus tiempos, entre otros a los siguientes problemas: «An ex praescriptione acquiritur dominium utile, vel directum. Usucapionem triennalem a longi temporis praescriptione perperam distingui quoad dominii directi, vel utilis acquisitionem. Praescriptio, an det ius proprietatis praescribenti, et an ipse habeat rei proprietatem. Dominus directus, an possit impedire confiscationem rei praescriptae ob delictum praescribentis?...», etc., etc.

“LA DESHEREDACION EN EL DERECHO ESPAÑOL: SU DESENVOLVIMIENTO HISTORICO”

- I. Algunas consideraciones en torno al Derecho sucesorio en la antigüedad.
- II. Antecedentes históricos de esta institución. ¿Puede fijarse el concepto de la desheredación en el Derecho antiguo?
- III. La Desheredación en el Derecho Romano.
 - A) Formación de su concepto.
 - B) ¿Es una institución del “ius civile” o del “ius honorarium”? Obligación de instituir o desheredar. Referencia a la doctrina de los principales juristas romanos.
 - C) Reformas introducidas por Justiniano. Las Novelas 115 y 22.
- IV. La desheredación en el Derecho germano.

I.—ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO SUCESORIO EN LA ANTIGUEDAD

Modernamente por la doctrina, ha sido combatida la institución de que vamos a ocuparnos hasta el extremo de que, en el siglo XIX, época de las Codificaciones, prevaleciendo este criterio fue desterrada del Código francés, que serviría de modelo a los posteriores; la indignidad para suceder —afirmaba Pothier— hacía innecesaria la existencia de la desheredación. Justificación suficiente, en su criterio, para fundamentar tal aserto. Nos proponemos estudiar la génesis de la desheredación, es decir, la evolución que en Derecho patrio ha tenido nuestra institución, partiendo desde los principios en que se manifiesta en la historia del Derecho Civil.

Antes de entrar en el estudio de la desheredación como institución, es preciso que veamos el desenvolvimiento del

derecho sucesorio, y para ello, tendremos que remontarnos a la antigüedad. El Derecho sucesorio, afirma Cimbali (1), presenta íntimas relaciones con el derecho de familia y de propiedad, por lo que necesariamente viene a ser una justificación del mismo y una organización de bienes en torno a las personas ligadas por vínculo de sangre; el derecho de propiedad, es la principal base de una sociedad organizada (2) y así veremos a través de nuestro estudio la íntima relación que guarda con el desenvolvimiento de la sucesión.

Como afirma Azcárate (3), en los tiempos primitivos y tradicionales la propiedad era inalienable, tenía un carácter social, es el nexo entre el hogar y el culto a los antepasados (4) y por este matiz eminentemente colectivista, era de todos los que pertenecían a la familia, y ésta, como entidad, no desaparece, y por consiguiente, el sistema de sucesión será legítimo dentro de la misma. Cavagnari (5) y Cimbali (6) sustentan análogo criterio; al existir la propiedad colectiva, el individuo no representa más que un poseedor temporal a nombre de la familia que es la única propietaria y por consiguiente mal se puede hablar de una sucesión testamentaria.

Algunos autores han venido a afirmar (7) que, la suce-

(1) «La nueva fase del Derecho Civil». Vol. I & 159, pág. 163.

(2) Cicerón en su «Tratado de los deberes» afirma «Spe custodia rerum suarum urbium praesidia querebant».

(3) Historia del Derecho de Propiedad. T. I cap. II, pág. 12.

(4) Dice Cicerón en su oración «Pro domo» 41. «No hay nada más sagrado que la vivienda de cada familia, allí existe el altar, brilla el fuego, allí existen las cosas santas y la religión». El mismo Cicerón «De legibus» II. 22. dice que los Manes los constituían los abuelos y antepasados, quienes quieren que al abandonar esta vida sean mirados como dioses por sus descendientes.

(5) «Nuovi orizzonti del diritto civile» Milán 1894. Vol. I & III «Della fase dello svolgimento del diritto civile», señala los tres períodos del desenvolvimiento del Derecho civil, 1.º absorción del elemento individual en el social, 2.º confusión y homogeneidad en los actos y relaciones jurídicas y 3.º el ser la propiedad no privada, sino común y colectiva.

(6) Ob. cit. t. I parte I cap. I pág. 10.

(7) Baroli. Diritto naturale privato e pubblico. Diritto privato & 1.205.

sión hereditaria fué anterior a la intestada y por ende los testamentos han precedido al derecho sucesorio. Esta opinión ha sido combatida ya que, el derecho sucesorio, va formándose dentro de la familia, y así, voces tan autorizadas como las de Sumner Maine (8), Ihering (9), Ahrens (10), Prisco (11), Ramos (12), De Diego (13), Castan (14), sostienen que, en una primera fase la sucesión tiene un carácter necesario y familiar y por consiguiente es anterior a la testamentaria (15).

Indiscutible es el criterio sustentado por la mayoría de los civilistas de que, en una primera fase el derecho sucesorio, se nos presenta como un fundamento natural (16) que deriva de la generación, y los bienes, al morir el jefe de la familia, pasan a la misma, que representa una continuidad del lazo biológico (17) entre los componentes de ella, principio que viene a presidir el pensamiento de todos los legisladores de la antigüedad. En la primera fase del derecho sucesorio, no aparece el testamento, hasta una época muy avanzada en que la propiedad colectiva se va a individualizar y se admite la posibilidad de que el padre pueda disponer de sus bienes por medio del mismo.

En el pueblo hebreo al repartirse la tierra de Canaán (18), la propiedad se distribuyó entre las tribus y familias para dedicarse a la agricultura, sin que ésta permaneciese permanentemente en una misma familia, sino tan

(8) El Derecho Antiguo. Madrid 1894 (trad. española) pág. 17.

(9) «Histoire du développement du droit romain». Traducción francesa de O. de Melencour. París 1900 vol. I, pág. 45.

(10) Curso de Derecho Natural, pág. 504.

(11) Filosofía del Derecho, pág. 374.

(12) De las Sucesiones T. I, pág. 9.

(13) Instituciones del Derecho Civil español. T. III, pág. 23.

(14) Derecho civil español, común y foral (Notarías). T. IV, pág. 141.

(15) La opinión de Baroli, es duramente combatida por Rosmini-Serbati. Filosofía del Derecho. T. I & 1935.

(16) Prisco Ob. cit. & 498, pág. 379.

(17) *D'Aguiamo*. La génesis y la evolución del Derecho civil. (trad. espa. de P. Dorado), vol. I & 210 a 212.

(18) Números II, 56.

sólo durante el año *sabático* (19) y principalmente del *jubileo* (20) en cuyo tiempo se procedía a hacer un nuevo reparto impidiéndose que los trasposos fuesen perpetuados (21), evitando así se dispersasen las tribus, prohibiendo contraer matrimonio fuera de las mismas, para que los bienes no pasaren de unas a otras, disgregándose la propiedad, y, a fin de evitarlo, fué creado el retracto gentilicio dentro de la familia que, tenía su continuación asegurada por medio de la institución del *levirato* (22). El principio de unidad familiar, está presidido por un fundamento religioso que hace a la familia más fecunda; la Sagrada Biblia dice que, «todos los hombres tomarán mujer de su tribu y familia», a fin de que la herencia quede dentro de ésta y las tribus no se confundan entre sí (23), precisamente por lo que se instituyó el *levirato*, para que el lazo biológico continuase entre las familias, llegándose a considerar la esterilidad, como un oprobio (24), hasta tal extremo que, dentro de la misma, es-

(19) Deuteronomio XV 1. 2. El año sabático duraba siete años durante el cual se dejaba el campo a barbecho para que se pudieran aprovechar sus productos naturales.

(20) Levítico XXV vers. 8 y ss. Después de pasadas siete semanas de años cumplidos, es decir 49 años el que seguía era el del jubileo, por él se lograba más privilegios que en el sabático (así las cosas enajenadas volvían a su antiguo dueño, los esclavos recobraban su libertad, etc.), con la vuelta de las cosas a su estado anterior, se quería hacer ver a los judíos que la propiedad era de Dios y que ellos solo eran usufructuarios.

(21) «La tierra asimismo no se venderá para siempre, por cuanto es mía y vosotros sois advenedizos y colonos míos». Vers. 23. Levítico XXV. El vers 24 dice que, «todo terreno de vuestra posesión que se venda, será con la condición de redimible» sin embargo a este principio hay una excepción en el vers. 20 del cap. XXVII del Levítico.

(22) La mujer de aquel que no había podido tener un hijo, era entregada después de la muerte del marido, al hermano de éste, quien tenía el deber de dar una posteridad al difunto para que continuara su nombre entre los hijos de Israel, si no lo hacía, quedaba privado de la herencia que se entregaba a otro pariente que al recibirla, admitiera la mano de la viuda. Deuteronomio XXV 7.10. Ruth III 9.12.

(23) Números XXXVI, 7. a 9.

(24) Génesis XXX vers. 31 dice refiriéndose a Raquel «... concibió y parió un hijo, y dijo: quitó Dios mi oprobio» cuando nació José.

taban igualados en derechos los hijos legítimos, como los que nacían de mujeres secundarias (25).

El testamento, no fue conocido en el pueblo hebreo sin que pueda considerarse como tal el legado que hizo Jacob a José, el cual, independientemente de los bienes que le correspondieron recibió las tierras que Jacob conquistó a los amorreos; bienes que no formaban parte de la familia y de los que podía disponer libremente, llamando a heredar a Efraim y a Manases (26) a pesar de que su padre había heredado, y fue mejorado (27) respecto a sus hermanos.

A partir de Moisés, la libertad de disposición desaparece y en sus leyes se limitó la facultad de distribuir los bienes entre sus descendientes (28); principio en que se basa la sucesión, es en el que se ha de continuar por medio de la primogenitura la tradición familiar y así vemos, como la herencia se divide entre los hijos varones, correspondiéndole al mayor el doble (29) que pasa a ser el padre de la misma, recibiendo su autoridad y convirtiéndose en sacerdote y juez doméstico a quien los hermanos deben reverencia y respeto, después de que han recibido la bendición paterna (30), de modo que,

(25) Aser, Gad, Dan y Neftali, hijos de las siervas de Raquel y Lia, fueron como los demás hijos de Jacob jefes de una de las doce tribus de Israel.

(26) Génesis XLVIII vers. 5 «por tanto, los dos hijos que te han nacido en la tierra de Egipto antes de que yo viniese acá, quiero que sean míos, Efraim y Manases serán reputados tan míos como Rubén y Simeón».

(27) Génesis XLVIII vers. 22.

(28) Caso de que los hubiera, pues Abraham dijo a Dios «...yo me voy de este mundo sin hijos así habrá de heredarme Elizier» Génesis XV vers. 2. Esa libertad existía, y así vemos, como Abraham teniendo a su sobrino Lot y a otros parientes, pensó dejar los bienes al hijo de su mayordomo. Génesis XV vers. 3.

(29) La primogenitura correspondía al que hubiese nacido primero y si un hombre tiene hijos de dos mujeres, una aborrecida y otra preferida, el hijo de la primera será el primogénito sin que pueda hacerse el nombramiento a favor del hijo de la mujer amada en perjuicio de aquel a quien corresponde por derecho de nacimiento la primogenitura y por tanto la doble porción de la herencia. Deuteronomio XXI vers. 15 a 17.

(30) Génesis XLVIII vers. 20.

la primogenitura tenía más importancia moral que legal (31). Moisés dispuso que, el hijo mayor, no podía ser privado de su derecho y si éste fallecía, la primogenitura no pasaba al que le siguiese en el orden familiar, sino que la viuda tenía que casarse con el hermano mayor a fin de continuar la familia, que se extinguía si esto no se llevaba a efecto (32). Hasta tal extremo tenía la primogenitura un carácter restrictivo que el hijo que tuviese este derecho, percibía solamente el doble de la herencia de los bienes que poseía el padre en el momento de su fallecimiento (33), de manera que, si moría el padre viviendo el abuelo y éste conservaba sus bienes del patrimonio familiar, al llegar la muerte del abuelo, el primogénito del padre premuerto, no tenía ninguna ventaja sobre la herencia de su abuelo.

En la institución del *levirato*, el hijo que nacía de esta unión, excluía a su padre natural en la herencia, del primogénito, se consideraba como hijo legal de éste y por consiguiente su continuador (34). Las hermanas y las hijas quedaban excluidas de la herencia, recibiendo sólo alimentos y cuando se casaban, una décima parte de la misma, siempre y cuando no existiesen descendientes varones que pudiesen acudir a la herencia (35) y en caso de que el testador no tuviera hijas, la herencia, recaía en los parientes más próximos (36).

Los hijos sucedían a la madre por partes iguales, mientras que la madre y los parientes de ésta no heredaban nunca, tan sólo podían, utilizando el retracto gentilicio, recobrar los bienes que el marido heredaba de su esposa, ya que el ma-

(31) Isaac dió la primogenitura a Jacob, a pesar de corresponderle a Esau.

(32) En esto consiste el *levirato*. Cofr. nota 22.

(33) Deuteronomio XXI vers. 15 y ss.

(34) Deuteronomio XXVII vers. 5 y ss.

(35) Números XXVII vers. 8 disponía que cuando un hombre muriese sin hijos pasase la herencia a las hijas.

(36) Números XXVII vers. 9.10. y 11 establecen el orden de suceder «a falta de hijas heredarán sus hermanas; a falta de éstas, los hermanos de su padre y en defecto de los mismos, los parientes más cercanos».

rido heredero de ésta, podía transmitir a sus propios parientes los bienes que había recibido de la misma, mientras que la mujer no heredaba a su marido, salvo raras excepciones (37), aun en el caso de que no hubiese tenido hijos (38) de su matrimonio.

Cuando una persona hubiere sido condenada por algunos delitos, los bienes de la misma pasaban al Fisco, así como los que pertenecían al extranjero que se acogía a la ley de Moisés y moría sin descendencia (39).

Tras este sucinto estudio del sistema sucesorio en el pueblo hebreo, de los más completos de la antigüedad por sus rasgos característicos y bien definidos, que si no se nos presenta con un perfecto desarrollo, no por ello dejemos de anotar lo interesante de los principios que del mismo se deducen, su gran originalidad y el dictado de la sabia razón de su autor nos lleva a la conclusión, de que si bien no está regulado con una configuración jurídica, no deja de tener una gran trascendencia en el mundo antiguo.

El derecho sucesorio en la India, se halla presidido por un principio característico de toda la antigüedad y con algunas relaciones con el del pueblo hebreo.

La familia y la propiedad permanecen unidas y ambas van transmitiéndose de generación en generación, a fin de evitar la disgregación de estas dos instituciones que tanta trascendencia tienen en el mundo antiguo. En la India predomina un régimen de castas, y la legitimidad proviene de la unión de clases sociales dentro de un mismo rango (40). El legislador dispone que todos los bienes se repartan entre los herederos de manera que concurren por igual a la he-

(37) Libro de Judit cap. VIII vers. 7 nos dice: «era Judit hermosa en extremo y habíale dejado su marido muchas riquezas y numerosa familia y posesiones llenas de vacadas y pebaños de ovejas».

(38) Judit, casada con Manases no dejó descendencia.

(39) Los extranjeros que se acogían a la ley mosaica, disfrutaban de los mismos derechos que los hebreos, salvo algunos de carácter público, y recibían el nombre de *prosélitos*.

(40) Código Manú. Libro IX. versls. 156 y 157.

rencia, si bien admite dos salvedades (41) una, que el hermano mayor renuncie a su derecho (42), y otra, cuando el padre haya hecho por sí mismo la partición.

¿Puede hablarse de un sistema de legítimas en el Código de Manú? Analizando el contenido del citado texto, nos plantea esta interrogante, que sin duda, a nosotros mismos, nos origina dificultad el contestarnos; sin embargo, sin temor a equivocarnos nos atrevemos a sostener que, a través de este cuerpo legal, la India mantuvo, un principio de legítima en las sucesiones. Este aserto, encuentra una contradicción a la pregunta formulada, que no negamos; como hemos señalado, el versículo 105, admite la primogenitura y por consiguiente, al heredar el primogénito, adquiriendo todos los bienes del padre, priva a los demás herederos de dichos bienes, con lo que viene a negarse este principio al pasar a vivir y depender del primogénito los demás coherederos. La forma de repartirse la herencia (43) se halla establecida en el mismo Código, teniendo un carácter imperativo, lo que nos ha movido a presuponer la existencia de este sistema (44) que la misma ley establece (45) y por consiguiente, los derechos a concurrir a la herencia vienen predeterminadas rigiendo un principio de comunidad de bienes que posteriormente se transforma en una posibilidad de que algunos de ellos, se puedan distribuir entre los familiares (46), y afirma Pépère (47), que la propiedad india pertene-

(41) Vers. 104 libro IX.

(42) Se refiere a la primogenitura, pues en el vers. 105 se dispone que el hermano mayor, pueda tomar la totalidad del patrimonio y los demás han de vivir con él como si fuera su padre. La primogenitura no se reconoce a las mujeres vers. 134.

(43) Vers. 103 libro IX.

(44) El vers. 117 dice: «que el mayor tenga una parte doble, el segundo hijo una parte y media, si estos sobrepasan a los otros en virtud y en saber, y que los hermanos menores tengan cada cual una parte simple; *taí es la ley establecida*». Cofr. versls. 152, 153 y ss. del libro IX.

(45) Confirma nuestra afirmación el vers. 121 del libro IX.

(46) Código de Manú, libro IX vers. 122 y ss.

(47) Storia del Diritto. Vol. I cap. III pag. 131.

cía a los *Brahmanes* quienes se la transmitieron a los *ksatryas* y *vaysias*, excluyendo a los *sudras*; aunque en realidad nunca trascendió a la práctica, por cuanto la tierra, sigue poseída por la comunidad de familia troncal (48). En el derecho sucesorio indio, a consecuencia del régimen de castas, y la notable influencia de la religión, se introduce un sistema desigual respecto a la partición de herencia (49), teniendo suma importancia el cumplimiento de los deberes funerarios, y el culto a los antepasados, que precisamente es donde se origina la primogenitura, que va evolucionando en relación con el reparto entre hijos legítimos y descendientes y a falta de éstos, entre los demás hijos (50) que deben heredar a su padre, (51) pero dando preferencia al hijo legítimo (52) con la obligación de asegurar a todos los demás, los medios necesarios de subsistencia.

En primer lugar, heredan los hijos, entendiéndose por estos a los descendientes de varones, entre los que va transmitiéndose la obligación de rendir culto a sus antepasados y a falta de varones son llamados a cumplir este precepto sagrado y doméstico, (53) quienes hicieran los sacrificios mortuorios, que finalmente, eran los demás herederos.

El pueblo indio dividido por un régimen de castas, y con una notable influencia religiosa en todas sus instituciones, no podía pasar esta materia sucesoria, sin acrecentar más esta influencia que en ninguna otra institución y así vemos, cómo los principales rasgos que le caracterizan, están inspirados en la familia y en el culto que se le dedica; las hijas, raramente eran llamadas a la herencia (54) puesto que sólo tenían derecho a los regalos de boda. También

(48) *Sumner Maine*. ob. cit. pag. 112 y Azcárate ob. cit. & 26 sostiene que aun hoy se conserva este sistema.

(49) Cofr. Código de Manú vers. 157 y ss. del lib. IX.

(50) Los indios admitían doce clases de hijos. D'Aguanno ob. cit. página 484.

(51) Vers. 185 lib. IX del Código de Manú.

(52) Vers. 163 lib. IX. Código de Manú.

(53) Versls. 186, 187 y ss. del lib. IX.

(54) Tan sólo en los bienes de la madre o de la abuela vers. 192 y ss.

encontramos en esta legislación, causas por las que los herederos son privados de la herencia, de las que nos ocuparemos más adelante. Lo mismo que el pueblo hebreo, la legislación india, trata con extensión el derecho sucesorio, pudiendo afirmar que, en la antigüedad, son las que con más detalle se han ocupado de esta materia.

En Persia, la propiedad, según un texto de Zoroastro, perteneció a una clase superior guerrera para quien únicamente existía el derecho de tener bienes, aunque ésta afirmación no está muy probada por cuanto entre los autores existe gran discordancia, no solo en lo referente a las costumbres, sino también respecto a la manera de regularse la propiedad; por ello, los tratadistas sostienen que la ausencia del testamento en una primera época, da lugar a entender que la propiedad perteneció a la comunidad, (55) quien a su vez se hallaba separada por las razas que integraban ésta (56), siendo poco conocido su sistema sucesorio (57) en el que regía la organización patriarcal de la familia, observando con preferencia el régimen de masculinidad y primogenitura, existiendo unos derechos muy restringidos para los hijos naturales con respecto a los que tenían los legítimos. El padre no podía disponer de sus bienes y sí privar al hijo, de la parte que le correspondía en la herencia (58) al contraer matrimonio sin su consentimiento.

En Egipto, parece ser que hubo en un principio una propiedad común, que posteriormente se convirtió en familiar. Herodoto nos habla de un reparto de tierras que hizo el Rey Sesostris de su parte, en favor de los guerreros. Las

(55) *D'Aguanno* ob. cit. pag. 400 y ss.

(56) *Azcórate*. Historia del derecho de propiedad. T. I pag. 41, nos dice que estaba compuesta la comunidad persa por pueblos zendos, asirios y babilonios.

(57) *Pastoret*. Histoire de la législation. Vol. XI pag. 402.

(58) Por el hecho de que el hijo contrajese matrimonio sin consentimiento del padre, quedaba expulsado del seno de la familia perdiendo lo que dentro de ella pudiera corresponderle. He aquí, una causa de desheredación puesto que era el padre el que potestativamente podía privar al hijo de la herencia.

clases sociales, estaban divididas en castas y la propiedad permanecía indivisa como patrimonio familiar para atender al culto de la misma. Las castas guerreras y sacerdotal, según afirma Diódoro Sículo, adquirieron del Rey la propiedad de la tierra, pero como éstas no la cultivaban por sí, recaía la explotación en la clase servil, quien pagaba una renta por ella sin que, hasta tiempos de Darío, se permitiese su enajenación por pertenecer a la comunidad y solamente podía transmitirse a título gratuito, si a esta transmisión acompañaba la adopción del adquirente (59) que entraba a formar parte de la familia, para lo cual tenía que pertenecer a una misma casta (60) formando así una copropiedad familiar o asociación de bienes, (61) yendo a parar a los componentes de la misma y tan sólo a los extraños, cuando fuesen adoptados. Ofrece el derecho sucesorio en Egipto, casi las mismas características que el pueblo hebreo, salvo el que, las hijas, no quedaban excluidas de la herencia del padre en razón a que los hijos del matrimonio heredaban por partes iguales sin distinción de sexo, concurriendo a veces con los hijos naturales, (62) desconociéndose el sistema de primogenitura (63). Los bienes muebles que hubiesen sido durante la vida del jefe de familia de su uso particular, no podían ser distribuidos entre los herederos, enterrándose con el difunto para que siguiese disfrutando de ellos en la otra vida. El derecho sucesorio en Egipto, presenta algunas peculiaridades con respecto a los demás pueblos de la antigüedad, lla-

(59) *D'Aguaño*. La génesis y evolución del Derecho civil. Página 400 y siguientes.

(60) *Azcárate*. Ob. cit. pag. 33 y ss.

(61) *D'Aguaño*. Ob. cit. pag. 280 dice, que hay que abandonar la teoría sustentada por algunos autores de que en Egipto hubo en un principio una época en que la familia se fundaba en el parentesco materno ya que del análisis de los papiros demóticos, queda descartada la opinión falsamente sustentada de un régimen de matriarcado.

(62) Los hijos de padre desconocido (*seha*) heredaban todo de la madre, puesto que eran considerados hijos de la culpa, pero el padre podía reconocerlos, en cuyo caso se igualaban a los legítimos.

(63) *D'Aguaño*. Ob. cit. pag. 232.

mándose a la herencia, en concurrencia con los varones a las hijas en partes iguales. No se conoció el testamento y lo que en un principio fue propiedad de la comunidad, se disgregó posteriormente tomando individualidad, lo que permitió al padre tener una facultad más amplia para disponer.

En China, como en la generalidad de las legislaciones orientales, el Emperador repartía la tierra entre los nobles, mandarines y letrados, tomando un carácter hereditario, al ir transmitiéndose a sus descendientes, con lo que la sucesión presenta una fase de legítima, fundándose en el principio de la masculinidad, puesto que, las mujeres quedaban excluidas, salvo contados casos, rigiendo la primogenitura, que al igual que en los demás pueblos, el hermano mayor, venía a sustituir al jefe de la familia. Posteriormente, se hace una distribución por partes iguales entre los hijos, y a falta de éstos, el padre podía adoptar a un extraño que venía a sustituirlos (64). El culto a los Manes se conserva tradicionalmente, y sólo cuando un hijo era indigno, se constituía un tribunal compuesto por los jefes de las ramas familiares, expulsándolo del seno de la familia (65). Las hijas eran excluidas y el más próximo pariente heredaba a condición de que se encargase de rendir culto a sus antepasados.

Nos cuentan los historiadores (66) que, en la legislación antiquísima de Creta se procuraba tener la propiedad dentro de la familia conforme dispuso el Rey Minos, aunque esto no se llevó a cabo totalmente, ya que en la antigua Grecia regía un sistema de comunidad (67). La legislación de Oxiyo, Rey de Elidia, mantiene la herencia dentro de la

(64) Si en la familia sólo existían hijas o hija, era costumbre en China que, se casase para procrear un varón al que se le consideraba, como hijo del abuelo.

(65) Esta exclusión del seno familiar y por consiguiente la pérdida de los derechos hereditarios, se hacía a instancia del padre y por tanto es causa de desheredación. *Azcárate*, ob. cit. pag. 39 y ss.

(66) *Dury*. Historia de los griegos. Barcelona 1890, t. I pág. 32. *Curtius*. Historia de Grecia. Lib. II cap. 3.º & 10 t. II.

(67) *Aristóteles*. Política lib. II cap. 8.º.

familia (68). Taleas de Calcedonia, sienta el principio de que, la igualdad de fortuna era indispensable entre todos los ciudadanos, (69) y una ley de Tebas, prescribe de un modo absoluto el número de lotes de tierra con caracter inmutable, con el fin de evitar la disgregación de la familia, principio que inspira la legislación de la antigua Grecia (70) encaminada a mantener dentro de la misma la propiedad, quedando sólo de esa comunidad, el reparto de frutas, la prohibición de enajenar el patrimonio y las comidas en común; dando lugar a una sucesión familiar, que impide salir de ésta los patrimonios, con una ausencia completa de la sucesión testamentaria (71). Sin embargo Aristóteles (72) cuenta que, en la antigüedad existió el testamento en Grecia.

La sucesión en Esparta se caracteriza por la masculinidad y primogenitura. Debido a la constitución política de este país, la propiedad y la sucesión presenta algunas peculiaridades con respecto al resto de las demás ciudades griegas. Licurgo, estableció en sus leyes un reparto de tierras, prohibiendo que se dividieran entre los hijos (73) que, para evitar tal división debían de pasar al hijo mayor que sustituía al padre (74). Estaba prohibida la sucesión femenina, aunque posteriormente se admitieron a las hijas a la he-

(68) *Pastoret*. Ob. cit. vol. V. pág. 225 y ss.

(69) *Aristóteles*. Política lib. II cap. 4.º.

(70) *Aristóteles*. Ob. cit. II. 8. Filolao de Corinto, legislador de Tebas ordenó que el número de pertenencias fuera siempre inmutable.

(71) *Azórate*. Ob. cit. pag. 44 y ss. Grecia. Tiempos primitivos.

(72) Política lib. II cap. 8. Nos habla del testamento de Diocles y Filolao, éste fue legislador de Tebas que perteneció a la antigua Grecia.

(73) *Dury*. Ob. cit. t. I pag. 162.

(74) Las leyes de Licurgo están inspiradas en las legislaciones orientales que estudiamos anteriormente, la causa de ello estriba en que este Rey antes de dictarlas, estuvo desterrado de Esparta, y viajó por todo el Oriente, estudiando sus costumbres que le sirvieron después para adaptarlas al espíritu espartano.

rencia del padre en defecto de varones, pero obligándose a contraer matrimonio con el pariente más cercano (75).

La sucesión era necesaria, sin que el padre pudiera disponer libremente de sus bienes, hasta que por una ley de éforo Epitadeo (76) se le permitió que pudiera hacerlo en testamento o por donación inter vivos. Esta reforma de Epitadeo rompe con el principio que venía rigiendo en Esparta de la primogenitura en la sucesión, al mismo tiempo que, admite el que las hijas acudan a la herencia aún concurriendo hermanos, motivando grandes luchas entre los ricos aristócratas y los desheredados que apoyándose en el Rey pretendieron hacer revivir el sistema tradicional sin lograrlo Agis, a quien se condenó a muerte, antes de llevar a cabo la reforma, lo mismo que a Cleómenes, ambos sus principales defensores; y fué Natis el que pudo lograr en parte esa unidad familiar que había desaparecido después de la conquista de Argos y ordenar repartir la tierra que había expropiado a los ricos (77).

En Atenas, en principio rígió un sistema de masculinidad y primogenitura en derecho sucesorio, (78) que dio lugar a una desigualdad de fortunas que produjo las consiguientes luchas para lograr una reforma legislativa, a fin de terminar con la rivalidad entre arcontes y magistrados, siendo Dracon el encargado de realizarlo, pero éstas fueron tan duras que el pueblo de Atenas se levantó contra ellas, desterrando al legislador, y treinta años después al elegir arconte a Solón, realizó éste una reforma de suma im-

(75) Esta exclusión de las hijas a la herencia que caracteriza a la Grecia antigua, tiene algunas salvedades. Nos dice Aristóteles (Política II. 8) que Andródamas de Regio, legislador de Calcis en Tracia, dictó leyes por las que disponía, que las hijas eran las únicas herederas.

(76) *Aristóteles*. Política lib. II cap. 6.º sostiene que esta ley la dictó Epitadeo. Algunos afirman que fue Licurgo, pero claramente se deduce que el legislador fue Epitadeo porque en la época de Licurgo, no se podía disponer libremente de los bienes, ni en Esparta se conoció el testamento.

(77) *Azcárate*. Ob. cit. pag. 52 y ss. *Pastoret*. Ob. cit. vol. V pag. 432.

(78) *Fustel de Coulanges* «La Cité antique» l. II cap. 6.º pag. 91 y ss.

portancia. Antes de Solón, (79) los atenienses no habían tenido libertad para testar, todos los bienes del ciudadano que moría sin hijos volvían a los *genetas*, pero a partir de entonces, se permitió a quienes no tenían hijos, disponer de sus bienes como quisieran, y los *genetas* no heredaban más que, en el caso de que no hubiese testamento. En Atenas, el testamento sólo se podía hacer cuando no hubiere hijos, pudiendo por medio de él, disponer el padre, de todos sus bienes a favor de un extraño, siguiéndose un orden de sucesión legal (80) en caso de que no lo hiciere. La ley que establecía éste orden, fué aclarada por el arconte Euclides (81) que, reconoció el derecho de representación cuando hubiese muerto un pariente llamado a la herencia que tuviese hijos. El hijo ilegítimo no podía suceder aun en el caso de que no existiesen hijos legítimos y los bienes pasaban a los parientes más próximos según el orden establecido, por tanto la herencia del padre pasaba a los hijos, los que la repartían proporcionalmente, no pudiendo el padre hacer uso del testamento para favorecer a cualquiera, pues aun los simples legados, si por su cuantía, podían originar desigualdades, estaban prohibidos (82).

El testamento se consideraba como un acto público (83) y más que una institución de herederos, entrañaba una adopción, por la que el designado se obligaba al culto familiar,

(79) *Plutarco*. Vida de Solón. 37.

(80) «Si moría un ciudadano dejando hijos, sea para ellos la herencia, si no los hay hereden los hermanos y los hijos de hermanos consanguíneos por la parte correspondiente a su padre respectivo, si no los hay suceden los nietos de hermanos». Esta ley, conservada por Demóstenes, regulaba la sucesión intestada (*Plutarco*) V. not. ant.

(81) Estableció cuatro órdenes de suceder: 1.º hermanos consanguíneos o de padre y sus hijos, 2.º hermanas consanguíneas y sus hijos, 3.º primos paternos y sus hijos, y 4.º parientes por parte de madre, por el siguiente orden, hermanos uterinos, hermanas uterinas y primos maternos y sus hijos.

(82) *Azcárate*. Ob. cit. pag. 58.

(83) Callias nombró en presencia del pueblo, heredero de su casa a Alcibiades para el caso de morir sin hijos. *Azcárate*. Historia del Derecho de Propiedad. Pag. 60.

si bien posteriormente se convirtió en un acto privado y sólo se podía otorgar a falta de hijos, razón por la que en Atenas prevaleció en un principio, la sucesión intestada.

Por lo que respecta a España, no está el derecho sucesorio tan desenvuelto como en los demás pueblos. La organización de la familia y de la propiedad son poco conocidas y sólo a través de escritores griegos y latinos (84). La organización fundada en el principio familiar, común a todos los pueblos de la antigüedad por tribus, tenían un culto dentro de cada *gens* y al no existir dentro de la familia estricta parientes, se llamaba al gentil más próximo a recibir la herencia (85). En estos tiempos, el testamento era desconocido, rigiendo el principio de la sucesión intestada, ya que en un sistema de comunidad y primogenitura, no puede existir (86). Sabemos que, entre los Vaccéos, rige un comunismo agrario (87) repartiéndose el producto de la recolección entre los miembros de la tribu anualmente e imponiendo graves penas al que ocultase los productos. Entre los Cántabros, las hijas, sucedían con exclusión de sus hermanos varones en todos los bienes (88)

(84) *Moneva y Pujol*. Introducción al Derecho Hispánico, pág. 15 y 16. *Eduardo de Hinojosa*. Historia General del Derecho Español. T. I. pág. 59.

(85) *Chapado*. Historia General del Derecho Español. Valladolid, 1900, pag. 26 y ss. *Minguijón*. Historia del Derecho Español. T. I pag. 10. *Abril y Ochoa*. Tiempos Primitivos del Derecho Español. Valladolid 1893, páginas 120 y siguientes.

(86) *Pérez Pujol*. Historia de las Instituciones Sociales en la España goda. Valencia 1896, t. I pag. 19 y ss. *Joaquín Costa*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T. LIV - IV. Derecho Consuetudinario del alto Aragón. Pág. 520 y ss. Madrid 1879.

(87) *Joaquín Costa*. (Ref. ob. nota anterior). *Eduardo de Hinojosa*. Ob. cit. pag. 78. *Ribera*. Historia del Derecho Español & 63 pag. 42. *Minguijón*. Historia del Derecho Español. T. I pag. 9 y ss. *Antonio de Ballesteros*. Síntesis de Historia de España. Pag. 20. *Altamira*. Cuestiones de Historia del Derecho. Pag. 91 y 92. M. 1914.

(88) *Chapado*. Ob. cit. pag. 28 y 29. *Pérez Pujol*. Ob. cit pag. 19 y 20. *Hinojosa*. Ob. cit. pag. 75. *Abril y Ochoa*. Tiempos Primitivos del Derecho Español, pág. 125. Valladolid 1893. *Moret y Remisa*. Lecciones de Historia General del Derecho Español. Madrid 1893, pag. 82 y ss. *Ribera*. Historia del Derecho Español & 64 pag 43.

obligándose a dotar a los hermanos cuando se casaran. Nos dice el eminente historiador Joaquín Costa (89) que, en los tiempos prehistóricos, la propiedad pertenecía en común a la familia, desconociéndose el testamento entre los iberos donde regía un sistema de sucesión intestada, debido a la primogenitura, mientras que entre los celtas se conocía la sucesión testada. Pocas y confusas son las fuentes de conocimiento del Derecho primitivo en España, que como afirma el Profesor Galo, hasta la dominación romana, (90) no recibe la Península su primera organización normal y por tanto al no existir un pueblo, ni una cultura uniforme es inadmisibile considerar como propias de la Península instituciones peculiares de otros pueblos (91), y menos en materia de sucesiones donde rige un sistema de libertad de testar en contraposición a otros donde el sistema de sucesión necesaria nace dentro de la familia.

Una curiosa institución del derecho de familia, peculiar de los cordobeses, con repercusiones en el derecho sucesorio, priva de una parte de los bienes al novio que besase a la novia, sin que estuviesen presentes parientes o amigos (92) origen de la desheredación en el primitivo derecho Español, si bien con carácter parcial. El no considerarse perfecto, por esta causa, el matrimonio celebrado

(89) *Joaquín Costa*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T. 54. IV. Derecho Consuetudinario del Alto Aragón. pag. 521 y ss.

(90) Curso de Historia del Derecho, de *Galo Sánchez*. Madrid 1943, página 31.

(91) *Riaza*. Historia del Derecho Español. & 62 pag. 42.

(92) *Himijosa*. Ob. cit. pag. 74. *Pérez Pujol*. Historia de las Instituciones Sociales de la España Goda. T. I pag. 25. *Altamira*. Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación Comparada. Pag. 91. Madrid 1914. *Riaza*. Ob. cit. & 62 pag. 42.

Esta causa de desheredación, que como sanción se imponía a las hijas, no puede considerarse en toda su extensión y contenido, pero sí afirmar que es un antecedente de esta institución en el Derecho antiguo, si bien el carácter parcial y la falta de testamento, la privan de parte de su esencia. El ser potestativo del padre, aplicarla o no, en un régimen de sucesión intestada, parece antagónico con el concepto de la misma.

daba derecho al padre de la novia para privar a ésta, de una tercera parte de los bienes.

En el Derecho germánico mucho se ha discutido sobre la organización de la propiedad, que en un principio permaneció unida a la tribu, pero poco a poco se va individualizando, pasando a poder de la familia, que unida por vínculos de sangre (93), llevan a cabo entre ellas el reparto de las tierras conquistadas (94). Este vínculo podía romperse por voluntad de uno de sus miembros, y desde este momento se consideraba extraño a la familia, perdiendo el derecho a suceder (95). Sobre el reparto de tierras entre los germanos existen varias tendencias, pero como afirma Azcárate (96) hay que distinguir tres fases, (97) siendo la última, de carácter privado sin que pueda el padre enajenarlas sin el consentimiento de los hijos, puesto que la sucesión entre los germanos presenta unas características derivadas de la propiedad familiar (98). El testamento no podía existir entre los germanos, por cuanto el título traslativo del dominio era la *afatomia*, que sólo podía hacerse cuando no hubiese descendientes legítimos o bien que éstos la consintiesen (99) y por consiguiente la herencia pasaba al primogénito siempre y cuando los demás hermanos viviesen con él, teniendo este derecho un carácter restringido más accentuado que en otras legislaciones.

En Roma, el desenvolvimiento de su derecho va realizándose a medida que el pueblo romano avanza en su his-

(93) *Azcárate*. Ob. cit. t. I. cap. 8.º pag. 154 y ss.

(94) *Fustel de Coulanges*. «Rechercher sur quelques problemes d'histoire. Les Germains connaissent-ils la propriété des terres». T. I. pag. 7.

(95) *D'Aguaño*. Ob. cit. & 198 pag. 414. Lex Sálca 60.

(96) *Azcárate*. Ob. cit. pag. 158.

(97) *Tácito* en su *Germania*. 20, recoge estos tres caracteres «heredes succesoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. Si liberi non sunt proximus gradus in possessione, frates patrum avincoli».

(98) *Azcárate*. Ob. cit. pag. 158 y ss.

(99) Las leyes bárbaras, hablan de testamento, pero no en el sentido de disposición mortis causa, sino en el de testimonio escrito. *Lafarriere*. «Historie du droit civil». T. III pag. 201.

toria, presentándose a la Humanidad como símbolo de un país que supo buscar afanosamente la gloria imperecedera para los siglos venideros, sirviendo de ejemplo a la posteridad y de fuente adonde necesariamente hemos de acudir para satisfacer la sed que nos produce el ansia de conocer la verdad jurídica y en cuyas aguas vemos reflejadas la pureza de sus instituciones y el monumento más grandioso de tan noble ciencia; «el pueblo romano, afirma un maestro de imperecedera memoria (100), compendio y resumen de la Humanidad en el mundo antiguo, pertenece al grupo de aquellos pueblos privilegiados, en posesión de una personalidad vigorosa, conquistó al mundo con la fuerza de sus armas; dominóle después con el imperio de sus leyes, y supo imprimir a todas sus instituciones, con férrea expresión y huella indeleble, el sello de su carácter y grandeza». Hemos visto a través de la historia de la antigüedad, como nacen los pueblos y en torno a ellos desarrollan sus instituciones políticas y jurídicas, pero sin la grandeza y solidez que en el pueblo de Roma se lograra, y necesariamente no podíamos prescindir de su magnificencia, en el estudio del Derecho sucesorio, ya que enamorados de este Derecho, que encierra un contenido tan bello por la pureza y severidad de líneas que admiramos en todas sus construcciones, con ese dualismo que le caracteriza, de rigidez y flexibilidad al mismo tiempo, adaptándose a la evolución de los hombres y de su tiempo.

Las raíces del Derecho hereditario, afirma un eminente romanista, (101) no se deben buscar en los *sacra hereditaria* sino en los *sacra privata*, (102) presentándosenos como una continuidad de la familia (103) nacida de los re-

(100) *De Diego*. Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho Romano. Pag. 37. Madrid 1900.

(101) *Von Mayr*. Historia del Derecho Romano (trad. Roces. Editorial Labor) pág. 231.

(102) Cofr. nota 4. Refcia. a Cicerón.

(103) *Cogliolo*. Estudios acerca de la evolución del Derecho Privado. (Trad. Ureña. Madrid 1898 vol. I. pag. 177. *Sumner Maine*. Ob. cit. pag. 14)-

partos de tierras llevados a cabo por Rómulo y Numa (104) al comienzo de su reinado.

En el Derecho sucesorio romano hay que distinguir según Ramos (105) tres fases, una primera regida por el *ius civile*, siguiéndola el dualismo entre el *ius civile* y el *ius honorarium* en el que se contraponen el sistema rígido del primero, con la flexibilidad del segundo, y por último el Derecho Imperial debido a Justiniano. Pero no es misión de nuestro estudio el detenernos, ni profundizar en su contenido, sino tan solo referirnos a él, encuadrándole en la primera fase de las que distingue el citado Profesor.

En un principio la sucesión en Roma presenta un carácter universal, (106) considerándose que la muerte no afectaba a la persona del causante que continuaba en su heredero, (107) manifestándose así la perpetuidad de la familia (108) con el culto doméstico, aunque sin las características que éste tenía en la India (109). La sucesión hereditaria en la época prehistórica de Roma era política (110) por cuanto se hacía dentro de la familia y la gens (111)

(104) *Azcárate*. Historia del Derecho de Propiedad. Pag. 64. *Bonfante*. Historia del Derecho Romano. Vol. I. pag. 93. Trad. esp. Madrid 1944.

(105) Derecho Romano. Vol. II pag. 242. Madrid 1943 vol. II y III pag. 978 y ss. Edic. 1954.

(106) Biondi. Corso. Diritto ereditario - parte generale. Pag. 210. Milán 1934.

(107) *Sumner Maine*. Derecho Antiguo. Pag. 12 (trad. esp. A. Guerra). Madrid 1894.

(108) *Cicerón*. De legibus II. 19. 20 «la religión prescribe que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables y el cuidado de los sacrificios corra a cargo del que percibe la herencia». *Bonfante*. Ob. cit. vol. I pag. 207.

(109) Como hace notar *Sumner Maine*. Ob. cit. pag. 15, en la India predomina el elemento religioso en el Derecho, mientras que en Roma los deberes religiosos y legales no estaban mezclados.

(110) *Pacchiotti*. Manual de Derecho Romano. Vol. II pag. 222. Valladolid 1942.

(111) *Santa Cruz Teijeiro*. Instituciones de Derecho Romano. pag. 407 y ss. Madrid 1946.

fundándose en el reparto de tierras (112) entre las primeras, siendo por tanto, en un principio, la herencia intestada la única conocida (113) aunque a juicio de otros autores, la testamentaria coexiste con la intestada desde los orígenes de Roma (114). Lo cierto es, opinión comunmente admitida entre los autores, que desde su desenvolvimiento, el Derecho Romano presenta un sistema de libertad de testar por el que disponía el padre de los bienes que tenía; sistema recogido por las XII Tablas. Por ello, vemos coexistir la sucesión testamentaria junto a la intestada; por la primera, el testador podía disponer libremente de sus bienes, por la segunda, la ley llamaba a los herederos forzosos (115).

El patrimonio del difunto se transmite al heredero o herederos como unidad en bloque, sobre la que recaen los derechos a que estaba sujeta y cada heredero adquiere por cuotas o partes alícuotas respondiendo de todas las cargas que sobre la herencia existan (116).

El derecho de primogenitura, no se conoce en el Derecho Romano de una manera general, aunque parece desprenderse de la comunidad familiar primitiva (117) excluyéndose de la herencia a las hijas (118) si bien no de una manera absoluta como en las otras legislaciones, puesto que ya las XII Tablas llaman en la sucesión forzosa, a los ag-

(112) *Montesquieu*. *Esprit de lois*. «Lois romaines sur les successions» & 1 lib. XXVII vol. 3.º.

(113) *Sohm*. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Pag. 509. Madrid 1936.

(114) *Petit*. *Derecho Romano T. II*. pag. 82. Buenos Aires 1917.

(115) *Gayo*. *Instituta* II & 156 y ss.

(116) *Sohm*. *Ob. cit.* pág. 511.

(117) *Fustel de Coulanges*. *Ob. cit.* Lib. II cap. 2.º & 6.º

(118) *Gayo*. *Instituta* lib. I. & 156. Al contraer matrimonio las hijas pasaban a depender del pater familia del marido, perdiendo la porción hereditaria que le correspondía en la herencia del padre. Si permanecía bajo la patria potestad de su padre natural, por no haber contraído matrimonio, concurría con los hermanos a la herencia, aunque sólo en un tercio, que fue modificándose en distintas fases del Derecho Romano.

nados en defecto de los «sui» y a los gentiles en defecto de los agnados sin establecer distinción de sexos. El derecho sucesorio en Roma en su época primitiva se hace dentro del grupo, pasa posteriormente a individualizarse en la familia, y culmina en que el padre pueda disponer de sus bienes por medio del testamento; pero el principio que rigió en la Roma antigua, fué el de la sucesión intestada (120). Siendo la desheredación el tema objeto de nuestro trabajo, estimamos necesario señalar los caracteres del derecho sucesorio en general, aunque sucintamente en razón a que no se puede hablar de la recolección, sin tener en cuenta la siembra, nosotros tampoco hemos querido principiar directamente con el grano, sin antes sacar unas conclusiones, máxime cuando en el punto siguiente a tratar pretendemos fijar el concepto de la desheredación en el Derecho antiguo.

Los dos pilares en los que se sustenta el Derecho de sucesiones tanto en la antigüedad como en la época actual, están formados por la familia y la propiedad que en los tiempos primitivos se nos presentan a veces tan unidas que nos parecen indisolubles por cuanto una es sostén de la otra. La familia representa la primera célula del mundo organizado y a través de ella vemos como los pueblos van desarrollándose, y la sociedad, formada por la convivencia de familias en grupos de tribus, clans o gens, toma configuración propia. «Desde el momento que el hombre encendió el hogar para tributar el culto, hubo domicilio y con él la propiedad» (121) y por consiguiente en esta época vienen a formar un todo. El hombre, por su propio instinto, necesita de los demás, fundando la familia como asociación natural y permanente (122) ya que, por sí sólo, se convierte en un ser degradado que piensa nada más que en el mal

(119) *Von Mayr*. Historia del Derecho Romano. T. II. pág. 234.

(120) *Arias Ramos*. Ob. cit. vol. II pág. 248. 6.ª edic. vol. II-III pág. 983 y ss. Madrid 1954.

(121) *Azcárate*. Historia del Derecho de Propiedad. Pág. 15.

(122) *Aristóteles*. La Política. I. 1.

(123). Por ello busca el amparo en la mujer y juntos constituyen la familia en la que se van desenvolviendo los gérmenes de la sociedad, en cuya comunidad la propiedad queda en principio integrada para después individualizarse del grupo. Posteriormente esa propiedad de la familia, se integra dentro de la misma, que representa la continuidad biológica de sus antepasados. Infinidad de poetas y filósofos de la antigüedad han aseverado que el culto doméstico va unido al Derecho de sucesión, en un principio éste es fundamentado por un ideal religioso y se nos manifiesta como piedra angular de un sistema de transmisión de bienes «*mortis causa*». Todas las legislaciones vienen a coincidir en este sentido y sus disposiciones encaminadas al mismo fin; el ordenamiento jurídico las recogerá en su seno regulándolas muy similarmente. Mediante la sucesión, puede cumplirse con los deberes familiares, sociales y políticos nacidos de las relaciones en las que se desenvuelve la vida del difunto (124) y a los actos propios de la vida social, se les dota de una sanción eficaz de forma que los vínculos humanos, se transforman en vínculos jurídicos, (125) y observamos cómo el culto de los antepasados se hace imprescindible para poder disfrutar de los bienes del causante (126) considerándose esta transmisión como legítima y necesaria (127).

Por tanto, vemos como en el Derecho antiguo la sucesión hereditaria se nos presenta como necesaria, en cuanto se origina en las relaciones naturales de la familia; es el principio de unidad en ésta y del destino de los bienes para su existencia; la sucesión legítima y la familia son dos co-

(123) *Homero*. Iliada IX. 63 «...sin familia, sin leyes, sin hogar...».

(124) *F. Giner de los Ríos y A. Calderón*. Resumen de Filosofía Analítica del Derecho. Vol. I. «Transmisión de la propiedad» & 117 y 118 pág. 297 y ss. Madrid 1898.

(125) *Regelsberger*. Pandekten. & 13, 1.º T. 1.º pág. 71 y ss. Ihering. Der Zweck im Recht. T. 1.º pág. 89 y 309.

(126) Código de Manú. Lib. IX. versis. 136, 142, 186.

(127) *Cimbalì*. La nueva fase del Derecho Civil. (Trad. *Esteban García*) & 162 pág. 167. Torino 1899 en italiano. Trad. española. Madrid 1899.

sas indisolublemente unidas (128) hasta que, esa disgregación de que hablamos anteriormente, individualiza a la familia dentro de la comunidad y entonces el legislador permite con mayor o menor amplitud, que el jefe de familia pueda disponer de sus bienes, momento en que se puede afirmar, coincide con la aparición del testamento (129).

La sucesión legítima en la antigüedad, no tiene el mismo significado que en el Derecho moderno, entonces suponía una continuidad de los bienes dentro de la masculinidad y la primogenitura, salvo en algunas legislaciones de las que ya hicimos mención, donde los bienes del difunto recaían en el mayor, que pasaba a ocupar el lugar del padre y los demás hijos no recibían más que, en contados casos, participación en la herencia, amén de la exclusión unas veces total y otras parcial de las hijas, mientras que en el Derecho actual viene a representar esa misma continuidad, pero en la que entran los hijos con carácter forzoso sin establecer distinción de sexos.

A grandes rasgos hemos señalado los caracteres esenciales que en el Derecho antiguo se vislumbra en materia de sucesiones. No hemos profundizado en su estudio, por no ser objeto del mismo, así como tampoco abordamos problema tan esencial como el de su fundamento; bástenos tan sólo como orientación lo que nos ocupa, a fin de poder fijar el concepto de la desheredación.

II.—ANTECEDENTES HISTORICOS DE ESTA INSTITUCION. ¿PUEDE FIJARSE EL CONCEPTO LA DESHEREDACION EN EL DERECHO ANTIGUO?

¿Se conoció la desheredación en el Derecho Antiguo o su origen se encuentra en el Derecho Romano? He aquí una interrogante que dentro de la doctrina civilista se plantea

(128) *Prisco*. Filosofía del Derecho. & 496 y 498 pag. 377 y 378. Madrid 1891.

(129) *Sumner Maine*. El Derecho Antiguo. Cap. VI pág. 8.^a (trad. española A. Guerra) Madrid 1898.

al tratar del origen histórico de esta institución, la cual según unos, se remonta al Derecho antiguo, mientras que para el otro sector su origen y desenvolvimiento se manifiesta en el Derecho Romano.

Para determinar el origen histórico de la desheredación, es necesario tener en consideración el desenvolvimiento del Derecho sucesorio en la antigüedad, del que nos ocupamos, anteriormente, partiendo de la base de que, en aquellos tiempos, la sucesión hereditaria se nos presenta como intestada y por consiguiente sería un contrasentido sostener que en este sistema fué conocida la desheredación. La desheredación, tal y como la concebimos, no podemos encontrar su origen y significación jurídica, si no nos remontamos a la sucesión testamentaria con sus límites a la libertad de testar, por la que, los herederos que la ley considera como forzosos, son privados de la herencia, es decir, cuando se establecen limitaciones a la libertad de testar o de disponer libremente de los bienes para después de la muerte del causante, en cuanto a lo primero, porque el desenvolvimiento de esta institución se encuentra en el sistema testamentario y respecto a lo segundo, porque al existir esa libertad de disposición, es ilógica e innecesaria la existencia de la desheredación.

En el Derecho antiguo, la sucesión intestada suponía la continuidad del lazo biológico de la familia y del patrimonio de la misma, y por consiguiente mal se puede afirmar que la desheredación exista en aquellos casos, en que el hijo, no se hacía acreedor al disfrute de los bienes del difunto y se le consideraba como extraño a la familia, haciéndose indigno para suceder al padre en la jefatura de la misma, y rendirle el culto que debía tributarle.

En algunos textos antiguos, observamos como determinadas personas no pueden heredar por concurrir en ellas algunas causas que el legislador considera suficientes para privarlas de la herencia, bien porque hayan nacido de un amor ilegítimo, ya por pertenecer a distintas castas, o no considerarles capaces para heredar o haberse dado a una vida licenciosa, razones suficientes para no continuar ocupando el puesto del

jefe de la familia (130). Estas causas que señala la ley, no pueden sobreentenderse como de desheredación, sino de indignidad para suceder. No encontramos en todo el texto mencionado, el fundamento para su estimación como tales, puesto que, a través de sus disposiciones, el que ordena y prohíbe como debe hacerse y a quién ha de excluirse de la herencia, es el legislador; el jefe de familia, tan sólo puede hacer la partición de la misma, sin que tenga facultad para disponer de sus bienes, de aquí que no se pueda afirmar que en el Código de Manú se conoció ya la desheredación. La causa de ello estriba, como hemos visto al tratar del sistema sucesorio en la India, en el desconocimiento absoluto que hubo en esta legislación del testamento, mientras que por el contrario se atisba en el mencionado Cuerpo legal un rudimentario sistema de legítimas. Análogo criterio puede aplicarse a las demás legislaciones antiguas, en donde la propiedad se iba transmitiendo de generación en generación, en el ámbito de la familia; al no poder el padre disponer libremente de su patrimonio para después de su muerte, no podía existir en toda su plenitud y con todo su contenido esta institución, amén, de que la sociedad reducida a una convivencia de familias en tribus, gens, o grupos, cuyo círculo limitado impedía que, cualquier anomalía en la conducta observada por los miembros de la misma, pudiese ser una continuidad en sus bienes y culto; al existir estas causas de indignidad que eran por todos conocida, impedían que el heredero pudiese concurrir a la herencia excluyéndose a sí mismo.

En el Derecho antiguo español, hubo entre los cordobeses una costumbre (131) transmitida por Séneca, para

(130) Código de Manú. Libro IX «Leyes Civiles y Criminales» vers. 143, 144, 147, 155, 160, 201, 203 y 214.

(131) *E. de Hinojosa*. H. del Derecho español pág. 74 y 75. *Altamira*. Cuestiones de H. del D.º español y de legislación comparada, pág. 92. *Moret y Remisa*. Lecciones de H. y al del D.º español, pág. 82. *Manuel Torres*. Lecciones de H. del D.º español. Vol. 1.º pág. 190. *Rizzu y G. Gallo*. H. del D.º español. & 62 y 64 pág. 42 y 43.

quienes contraían matrimonio y no se besaban delante de los familiares, aun considerándose válido el matrimonio celebrado, el padre podía desheredar a la hija privándola de una tercera parte de los bienes y si se casaba en contra de la voluntad del padre o la unión era extramatrimonial, quedaba privada del total de la herencia, por consiguiente vemos como se admite la desheredación parcial y total (132). Desconocido el testamento en el primitivo Derecho español, la desheredación se hacía públicamente y tan sólo en algún caso aisladamente, como en este del que tenemos noticias, sin que fuera conocida en su contenido jurídico.

En el Derecho griego (133) se conoció la desheredación, se hacía convocando el padre al Consejo de familia, ante el que exponía la decisión que iba a tomar de desheredar a su hijo, decisión que una vez adoptada se comunicaba al Magistrado, al objeto de hacerlo público por medio de un heraldo, y desde este momento cesaba la autoridad paterna y el hijo perdía los derechos que tuviese a la herencia del padre (134). Esta decisión, podía ser impugnada por el hijo o hijos desheredados, solicitando ante el Magistrado que había llevado a cabo la desheredación, pidiéndole que se le entregase los bienes del padre viviente, alegando que concurrían en él causas de locura, imbecilidad o decrepitud (135) considerándose que al encontrarse en esta situación no podía tener validez el acto que realizaba.

El testamento fue conocido entre los griegos y sin embargo la desheredación no se hacía dentro del mismo, y es que como ya expusimos anteriormente, éste, sólo se otorgaba

(132) *Riaza y Garcia Gallo*. Ob. cit. & 64. pág. 43.

(133) *Caimiller*. El Derecho de Sucesión en Atenas. Pág. 25. París 1881.
Daresté. El testamento de Epicteta. Nouvelle Revue du Droit Français et Etranger, pág. 250. París 1882.

(134) Temístocles fue desheredado por sus costumbres disolutas.

(135) Los hijos de Sófocles quisieron utilizar este medio acusándole de hacer tragedias y descuidar por los versos las obligaciones paternas. Sófocles leyó a sus jueces «Edipo en Colona» y les preguntó si su obra era la de un alienado o la de un hombre debilitado por la vejez, a lo que los jueces le absolvieron de tal acusación. *Pastoret* ob. cit. T. VI pág. 412.

cuando no hubiera hijos y por tanto regía con preferencia el sistema de la sucesión intestada. Consecuente es que, si en Grecia se podía desheredar a los hijos, también podía hacerse extensiva a los demás descendientes con mayor razón; ahora bien, como a éstos se les designaba herederos por medio de testamento, y no tenían el carácter de herederos forzosos era innecesaria para ellos, la desheredación.

En Persia, el padre no disponía libremente de sus bienes, sin embargo podía desheredar al hijo que contrajese matrimonio sin su consentimiento, puesto que al ser expulsado del seno de la familia, perdía los derechos que dentro de ella pudieran corresponderles. El testamento no fué conocido y esta causa de desheredación se imponía como sanción a la desobediencia de la voluntad paterna.

Aisladamente en algunas legislaciones antiguas encontramos algunas causas de desheredación, pero ello, no nos permite aseverar que esta institución se desenvuelva en el Derecho sucesorio tal y como se nos manifiesta a partir del Derecho Romano. En la doctrina, algún autor (136) ha querido encontrar el precedente en el Código de Hammurabi, criterio rechazado por la mayoría de los tratadistas, que vinculan su origen al Derecho Romano (137).

No podemos negar que, esporádicamente y por algunas circunstancias, esta institución se manifiesta en el Derecho

(136) *Roguin*. Droit civil comparé. Les successions T. III. pág. 213. París 1912. *De Buen*. Anotaciones a Colia y Capitant. T. VIII. pág. 345. Madrid 1928.

(137) *Ramos*. De las sucesiones. T. II. pág. 232. Madrid 1898. *Falcón*. Código Civil español. T. III pág. 246. Madrid 1896. *Burón*. Derecho Civil T. II. pág. 816. *Mucius Scaevola*. Código Civil. T. XIV. pág. 981. Madrid 1944. *Mansera*. Comentarios al Código Civil. T. VI. pág. 556. Madrid 1932. *Bonet*. Derecho de familia y sucesiones. T. II. pág. 532. Madrid 1940. *Ignacio de Cusso*. Derecho Civil español. T. I. pág. 549. Madrid 1926. *Marañón y Manrique*. Recitaciones de Derecho Civil de España. pág. 511. Madrid 1916. *Plamas y Casal*. Derecho Civil español. pág. 41 y ss. *García Martínez*. Derecho Civil (Notarías) T. II. pág. 365. Valencia 1942. *Villar y Romero*. Derecho Civil (Abogados del Estado) pág. 368. Madrid 1943. *Castán*. Derecho Civil (Notarías) T. IV. pág. 543. Madrid 1942.

antiguo, pero donde se desenvuelve con todo su esplendor es en el Derecho Romano; si aisladamente se presentó algún caso, en las legislaciones antiguas, es incontrastable que él nos permita asegurar que la desheredación como institución del Derecho de sucesiones, tuvo su origen por entonces. Si partimos de que, en el Derecho sucesorio antiguo, la sucesión se exterioriza como necesaria, dentro de la familia que, suponía una continuidad de la misma entre sus miembros, sin que el testamento fuese conocido, no se puede afirmar que era tal desheredación, sino únicamente indignidad para suceder cuando algún heredero se veía privado de su derecho a la herencia y a ocupar el lugar que tenía el jefe de la familia; por otro lado, en esta época aun conociéndose el testamento, existiendo una libertad para testar, no podía desenvolverse con todas sus características esta institución, por ser antagónico, que al no existir herederos forzosos y poder el padre disponer libremente de sus bienes se diera en Derecho civil la desheredación, y no quiere esto decir que la desheredación no se hiciera, puesto que al fin y al cabo los que iban a recibir los bienes al fallecimiento del causante, no los recibían por decisión de su voluntad, es decir, que atendiendo al sentido gramatical de la palabra, la desheredación se daba en realidad, pero no en la acepción jurídica que de la misma tenemos, y en la generalidad de los casos que en el Derecho antiguo se conocían, tenían siempre un carácter público que a título de pena se le imponía al heredero cuando expulsado por su conducta desordenada, del seno de la familia, perdía no sólo los derechos sucesorios, sino todos los que podía haber adquirido en el caso de que continuase dentro de la misma.

La desheredación en el Derecho antiguo, no es más que una sanción que se impone al heredero, como consecuencia de una conducta observada por él, contraria a la común convivencia de la familia en la que desenvuelve sus actividades y que a juicio del padre, considera que tal descendiente no es digno de ocupar su lugar, para después de su muerte.

Todos los datos y antecedentes que conocemos del Derecho antiguo, nos impiden fijar el concepto de la desheredación tal y como la concebimos en el Derecho actual, su sig-

nificación es distinta y tan sólo puede admitirse el precedente de la misma, pero de una manera aislada y esporádica, sin llegar a constituir una institución jurídica dentro del Derecho de sucesiones, careciendo de matices que la configuren como tal.

III.—LA DESHEREDACION EN EL DERECHO ROMANO.

- A) Formación de su concepto
- B) ¿Es una institución del «*ius civile*» o del «*ius honorarium*»? Obligación de instituir o desheredar. Referencia a la doctrina de los principales juristas romanos.
- C) Principales reformas introducidas por Justiniano. Las Novelas 115 y 22.

A) FORMACION DE SU CONCEPTO

Es en el Derecho Romano, donde la desheredación se desenvuelve paralelamente al sistema de las legítimas y donde a juicio de la doctrina moderna se encuentra el precedente de esta institución (138) como fuente del Derecho vigente.

En un principio fue desconocida, afirman algunos autores, la desheredación en el Derecho antiguo, puesto que el ciudadano romano, gozaba de una libertad de testar ilimitada (139) reconocida por las XII Tablas que concedía al *pater familias* un poder omnímodo sobre los miembros componentes de la familia que se desenvolvía por sí misma «sin que el Derecho tuviese bajo ningún concepto acceso en la casa romana. La casa es la creación del jefe de familia, su espíritu, su voluntad, su autoridad la dirige soberanamente

(138) *Castán*. Ob. cit. T. IV. pág. 513. *García Martínez*. Ob. cit. T. II. pág. 365. *Bonet*. Derecho de Familia y Sucesiones. T. II. pág. 532. etc.

(139) *Jors-Kunkel*. Derecho Privado Romano (trad. Prieto Castro 1937) pág. 462. *Pastor y Alvirá*. Manual de Derecho Romano según el orden de las instituciones de Justiniano. vol. II pág. 65.

y obscurcen la influencia de la ley», (140) de tal manera que, el jefe tenía derecho de vida y muerte sobre los hijos, pudiendo con mayor razón privarles de sus bienes para después de su fallecimiento (141). En la familia no había más que un patrimonio, cuyo dominio correspondía al pater exclusivamente incluso de los bienes que aportaba el hijo; pero este sistema rígido va desapareciendo poco a poco y el patrimonio familiar pasa a ser copropiedad de los miembros componentes de la misma y frente a este principio ilimitado de testar, comienza a protegerse por el Derecho civil a los más próximos parientes del jefe de familia, pasando a los hijos a título de *heredes sui* (142) con carácter forzoso la sucesión en sus dos manifestaciones de formal y material (143) por lo que se impone un sistema de legítimas (144).

El patrimonio exclusivo del pater familia, va perdiendo poco a poco este carácter y a los hijos se les reconoce en Derecho, una capacidad activa para adquirir bienes y constituir un patrimonio que, si lo adscribían al familiar, entregándole la administración y el usufructo al padre, la propiedad se reservaban ellos, y así, el hijo, de un ser anodino, se convierte en miembro activo; lucha en la guerra y los bienes que adquiere en ella pasan a formar su peculio castrense; en la paz, el ejercicio de una profesión le proporciona unos beneficios económicos que pasarán a engrosar su peculio cuasi-castrense, y esta autonomía patrimonial se generaliza cuando se dispone que, los bienes que adquiera el hijo por donación o con otros recibidos de su madre o de un extraño, pasen a formar su peculio adventicio, que consolida más esta libertad patrimonial con los bienes que el padre le entrega para realizar algún negocio o para que los administre independientemente de su vigilancia; esto nos

(140) *Ihering*. El Espíritu del Derecho Romano. T. II pág. 215.

(141) *Digesto*. XXVIII. II. Fragmento 11. Paulo.

(142) *Santa Cruz Teijeiro*. Ob. cit. pág. 523.

(143) *Sohm*. Instituciones de Derecho Privado Romano. pág. 599.

(144) *Arias Ramos*. Derecho Romano. T. II. pág. 324. vol. II y III edic. 1954 pág. 1.060.

conduce a distinguir tres fases en la constitución del patrimonio del hijo y el por qué se va a convertir en *heres sui* de los bienes del padre.

1.º—En la época primitiva del Derecho Romano, el hijo, era uno más dentro de la organización de la familia sin que en ella tuviera ningún derecho y por tanto sólo recaía sobre él las obligaciones que el padre quisiera imponerle, pudiendo disponer libremente de sus bienes para después de su fallecimiento, sin que estuviera obligado a transmitirse los, ni que los hijos pudieran impugnar su decisión.

2.º—Dentro de la familia se constituye una copropiedad con el patrimonio del padre y los bienes que el hijo aporte por cualquier medio, consiguiendo aumentar el patrimonio familiar y entonces es cuando adquiere unos derechos sobre los mismos a la muerte del «pater», quien se los transmite para continuidad de dicho patrimonio como «heres sui».

3.º—El hijo logra una independencia económica por medio de los peculios. Se instituye la legítima y el derecho del hijo a heredar al padre y de aquí nace la potestad o facultad del testador, para privarle de la herencia por medio de la desheredación. El hijo sucede al padre en todos sus derechos y obligaciones, excepto los personalísimos, respondiendo de las deudas que tuviere el patrimonio familiar no sólo con los bienes transmitidos, sino con los que son de su exclusiva propiedad, hasta que más adelante, en la época imperial, Justiniano introduce el beneficio de inventario a partir del cual la responsabilidad se hará únicamente extensiva hasta donde alcance el caudal relicto.

Por consiguiente, aquel coto cerrado que era el patrimonio familiar y del que sólo tenía derecho a disponer el pater familia, ha sufrido una limitación como consecuencia de esa copropiedad existente entre los bienes del padre y de los hijos, aumentada con la institución de la legítima.

El testamento primitivo romano no significa más que un acto de declaración del jefe de familia para designar la

persona que a su muerte ha de continuar con la jefatura (145) con lo cual vemos como en un principio estaba ligado a los *sacra*, pero más tarde se convierte en instrumento de transmisión de la herencia, hasta tal punto que, si un ciudadano romano moría sin haber hecho testamento se le consideraba como indigno. Como decimos, el sentido del testamento primitivo romano no se hacía como un medio de desheredar a la familia o establecer una división desproporcionada entre los herederos, sino más bien para atender a las necesidades de la familia. Prevalciendo el sistema testamentario sobre el intestado, es cuando nos encontramos que el testador no puede hacer testamento, sin mencionar a los herederos sui para instituirlos o desheredarlos (146) ya que era obligatorio que así lo hiciera; no había término medio, pues la sucesión intestada se consideraba por los romanos como indicio de una mala sucesión, siendo deshonoroso no dejar herederos y por tanto la amenaza de la *bonorum venditio* y de la *infamia* hacía que en la generalidad de los casos existiese la sucesión testamentaria.

Por tanto, el concepto de la desheredación en el Derecho Romano, se une a la aparición de las legítimas y a la necesidad de que el padre de familia instituyese o desheredase en el testamento a los «heredes sui». Pero para el estudio de la desheredación en el Derecho Romano, debemos distinguir dos fases o momentos, a los que se añade un tercero; las dos primeras, corresponden a los dos derechos que caracterizan a la época antigua; el *ius civile* y el *ius honorarium*, el primero, se nos presenta con una rigidez propia del orgullo de los ciudadanos romanos, que sentían escrúpulo de aplicar sus normas a quienes no gozasen de su ciudadanía, y el segundo, más flexible

(145) *Sumner Maine*. El Derecho Antiguo. Pág. 14. *Bonfante*. Instituciones de Derecho Romano. (trad. esp. 8.ª edic.) pág. 594 y ss. *De Francisci*. Síntesis Histórica del Derecho Romano (trad. esp. R. D. Prd.) pág. 165. Madrid 1954.

(146) *Arias Ramos*. ob. cit. pág. 324 T. II. vol. II y III. pág. 1.056 edición 1954, R. A. P.

y más humano, atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo y por último esa tercera fase que más adelante, ya avanzada la época imperial recoge el Emperador Justiniano los dos sistemas antedichos, modificándolos en gran parte (147).

Sostiene Mayr (148) que, la finalidad primera del testamento romano no está en la institución de herederos, sino en la desheredación, criterio inadmisibles, por cuanto la institución de herederos era solemne y así Gayo (149) nos dice al tratar del testamento que la designación del *heres* es lo más importante de este acto jurídico, por tanto hay que desechar la idea expuesta por el jurista alemán, que al decir de Sumner Maine (150) los romanos no consideraron nunca el testamento como un medio para desheredar a la familia, sino que el fin primitivo del mismo estriba en dar un sucesor que continúe con los deberes divinos y humanos del difunto al que no tiene descendientes (151), porque necesariamente tenía que continuar existiendo el nombre del ciudadano romano.

No se conoce exactamente, el momento que aparece la desheredación en el Derecho romano, Cicerón (152) y Valerio Máximo (153), en sus obras nos hablan de esta institución y según algunos parece que ya fué conocida en las XII Tablas (154) pero ello significa una contradicción con

(147) *Ruben de Couder*. Derecho Romano. (trad. Orriols) T. II. página 244 y ss. *Wetter*. Derecho Romano (trad. *Micheleni*) T. II. página 446 y ss. *Bivier*. *Traité des successions en droit romain*. pág. 185 y ss. París 1878.

(148) *Historia del Derecho Romano*. T. I. pág. 238. *Bonfante*. *Historia del Derecho Romano*. vol. I. pág. 565. ed. Rev. D. Prdo. Madrid 1944.

(149) *Instituta*. II & 116 y 229.

(150) *Ob. cit.* pág. 28.

(151) *Sohm*. *Ob. cit.* pág. 558.

(152) *Cicerón*. *De Oratore*. I. 38.

(153) *Valerio Máximo*. Lib. VII. cap. 7. ex. I. C. Salustio, en la «Guerra de Jugurta» nos habla de la desheredación de Manastabal por Masinisa.

(154) *Cicerón*. *De Oratore* I. 38 mantiene que esta institución es tan antigua como la familia romana, puesto que antes de las XII Tablas ya existía la obligación de instituir o desheredar. *Sumner Maine*. *Ob. cit.* pág. 28.

el principio que inspiraba a este primer monumento jurídico, ya que del mismo se desprende un sistema de libertad de testar (155).

El concepto de la desheredación se forma en Roma, cuando es instituida la legítima, por existir unos herederos necesarios a los que el testador no puede privar de la herencia sin desheredarles expresamente. Hay quien sostiene que, la sucesión testamentaria, es tan antigua en Roma, como la intestada, (156) pero esta opinión es desechada por la mayoría de los romanistas; la coexistencia de ambas en principio no encajaba en el espíritu del pueblo romano, que se asocia a la testamentaria por considerarla como más trascendental y formal. Como los testamentos en Roma, tuvieron al principio un carácter público, observamos como, la desheredación se formó a través de las solemnidades requeridas para estos actos.

B) Es una institución del «ius civile» o del «ius honorarium». Obligación de instituir o desheredar. Referencia a la doctrina de los principales juristas romanos.

En una primera fase del Derecho romano, el sistema que prevalece es el del Derecho civil propio de Roma y de sus ciudadanos, que no admiten otro Derecho vigente que el emanado de sus propias fuentes; pero frente a este antiguo sistema, el poder discrecional del Pretor en el ejercicio de su *imperium* va lentamente creando el Derecho honorario. Afirma un eminente romanista español, del que tenemos el orgullo de haber sido discípulo, que antes de la ley *Aebutia* las disposiciones meramente programáticas del

M. Pascual Palomo. Redacción de las XII Tablas. Pág. 14. Sevilla 1902.
En contra, Díaz, Instituciones de Derecho Romano. T. II. Barcelona 1929
pág. 201 y ss.

(155) *Petit*. Derecho Romano. B. Aires 1924. T. II pág. 520. *Bonfante*.
Historia del Derecho Romano. Vol. I pág. 150. Madrid 1914.

(156) *Petit*. Ob. y loc. cit.

Edicto no constituían propiamente normas jurídicas capaces de dar vida a un sistema, pero a partir de esta ley el ejercicio de ese poder discrecional del Pretor va actuando con fuerza creadora y engendra verdaderas normas jurídicas; de este modo nace un sistema de Derecho pretorio que origina un dualismo jurídico frente al Derecho civil (157), dualismo irreconciliable, pues la esfera del Derecho pretorio va ampliándose enormemente y no sólo llega a suplir las lagunas del Derecho civil, sino que le ayuda en su misión, corrige sus disposiciones (158) y en aquellos conflictos que se plantean entre ambos llegan a prevalecer sus disposiciones sobre las de Derecho civil (159).

No es un problema que a nosotros atañe el establecer la dicotomía entre ambos, lo que interesa es la manera con que recogen la desheredación, a nuestro juicio, el Derecho pretorio, como afirmamos anteriormente no viene más que a suplir las lagunas que plantea el Derecho civil proporcionando una flexibilidad a su rígido sistema, el Pretor pone en posesión de los bienes al hijo desheredado conforme al viejo ritualismo del Derecho civil que raya en la injusticia y veremos brillar por encima de estos despojos arbitrarios, las decisiones del Magistrado en contra de lo dispuesto por el «*ius civile*» concediéndole una acción que puede entablar contra estos despojos legales. Esta contraposición, existente entre ambos derechos se orilla gracias a la inteligencia clara de los juristas romanos que limando asperezas consiguen aunar la tradición con el progreso y el contenido del Derecho civil es corregido o modificado por el Pretor atemperándole a las necesidades de los tiempos. Por ende, el Derecho pretorio no tiene más misión que la señalada y si subsiste la

(157) *Alvarez Suárez*. Explicaciones de Cátedra. (Edición S. E. U.) pág. 81 y 82. Madrid 1940. Curso elemental de Derecho Romano. Fas. I pág. 14. Madrid 1948.

(158) Ob. y aut. cit. pág. 85.

(159) *Pacchioni*. Breve Historia del Imperio Romano. Pág. 120 y ss. Madrid 1944. *Pietro de Francisci*. Síntesis Histórica del Derecho Romano. Página 518 (trad. esp.) R. D. Prdo. Madrid 1954.

contraposición entre los dos sistemas no es más que un apego a lo tradicional, que se mantiene entre los romanos, discrepancia que vemos reflejarse en las escuelas a través de los jurisconsultos.

En el sistema del Derecho civil, el padre estaba obligado a instituir o desheredar a los herederos suyos (160) conforme al viejo principio «sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi» (161), considerándose como nulo el testamento en el que se omitiese al «heres» (162), ya que, necesariamente el testador tenía que instituir o desheredar (163). ¿Qué se entiende por herederos suyos? A los hijos y descendientes y a todos aquellos que estando bajo la patria potestad del padre eran llamados por ley a heredarle, de aquí que, los hijos emancipados, las hijas que hubiesen contraído matrimonio, los dados en adopción, es decir, aquellos que no guardaban ninguna relación de dependencia con el padre, no se les podía considerar como tales herederos (164).

La desheredación tenía que hacerse en testamento (165), por el total de la herencia (166) y con ciertas formalidades según fuesen los herederos. Los herederos varones, tenían que serlo nominativamente, cuando fueran varios y si sólo se

(160) *Pastor y Alvirá*. Prolegómenos del Derecho, Historia y Elementos del Derecho Romano. T. II. pág. 68. Madrid 1881. *Iglesias*. Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado. vol. II, pág. 357 y ss. Barcelona 1953.

(161) *Arias Ramos*. Ob. cit. T. II, pág. 324. Derecho Romano. vol. II y III, pág. 1.056. Madrid 1954.

(162) *Perozzi*. Istituzioni di Diritto romano. Vol. II, pág. 610. Roma 1928.

(163) D. XXVIII. II. «De que los descendientes y los póstumos hayan de ser instituidos herederos o desheredados». *Bonfante*. Instituciones, 2.ª ed. esp. pág. 643 y ss. de *Francisci*. Síntesis, pág. 531 y ss. Madrid 1954 (tra. esp. Revista de Derecho Prdo.).

(164) *Pastor y Alvirá*. Ob. y loc. cit. *Gayo*. Instituta. II & 135, 136, 137 y 159. *Bonfante*. Corso de Diritto Romano. V., pág. 183.

(165) D. XXVIII. II frag. 30. *Gayo*.

(166) *Bonfante*. Instituciones de Derecho Romano. pág. 622. Madrid 1929. D. XXVIII. II. frag. I. & 1. Ulpiano recoge la doctrina de Juliano.

quisiera desheredar a uno tenía que ser designado por el nombre (167) a no ser que fuese único, en cuyo caso podía desheredar sin expresión de nombre (168); cuando hubiese muerto el hijo y el pater de familia tuviese al nieto bajo su potestad, tenía que instituirlo o desheredarlo de la misma forma que al hijo puesto que, el nieto, ocupaba el lugar del padre fallecido al pasar a depender directamente de la potestad del abuelo (169) conociéndose con el nombre de «nominatin exheredare». La preterición u omisión de un «heredes sui» llevaba consigo la nulidad del testamento (170) procediéndose a la apertura de la sucesión intestada; pero podía ocurrir que el testador tuviese dos hijos, desheredase a uno y omitiese a otro instituyendo a un extraño, como resultaba que el testamento era nulo *ab initio* (171) al acudir a la sucesión intestada, el hijo desheredado compartía los bienes con el hijo omitido y en caso de que muriese éste pasaban a poder del hijo desheredado, de aquí, el fundamento de la obligación que existía en Derecho civil de instituir o desheredar.

En cuanto a las hijas y demás descendientes, la desheredación se hacía colectivamente, con la fórmula «ceteri exheredes sunt» llamado por los romanos *interceteros* (172); como el vínculo de patria potestad que tenían con el padre no era tan fuerte como los del hijo, podían ser desheredadas *inter ceteros* o bien si eran omitidas, no se anulaba el testamento, sino que, se les concedía un derecho

(167) *Gayo. Instituta. II & 127. D. XXVIII. II. frag. 1. Ulpiano* «Titius filius meus exheres esto».

(168) «Filius meus exheres esto» *Ulpiano. Reglas VI. D. XXVII. II. frag. 17. Florentino* «Fili etiam hoc modo exheredantur, filius exheres erit».

(169) *Petit. Ob. cit. T. II. pág. 521.*

(170) *Gayo. Instituta. II. & 123.*

(171) Sobre la nulidad del testamento. *Gayo. Inst. II. & 123* recoge la discrepancia planteada entre las dos escuelas más importantes de Roma; la doctrina de los Sabianos fué recogida por Ulpiano, Gayo, Paulo y el Emperador Justiniano; en cambio, la de los Proculyanos fué seguida por el Pretor.

(172) *Gayo II. & 128. Ulpiano. Regl. 22. 22.*

para poder concurrir con los demás herederos a la parte que le correspondiese, en virtud del *ius adcreſcendi* (173). Así que en el caso de que la hija omitida acudiera con herederos directos del testador, no se anulaba el testamento, sino que pasaba a ocupar el lugar que tuviere en la herencia, por tanto percibe su parte en concurrencia con los demás herederos, pero si éstos son extraños, su derecho se extiende a la mitad de la herencia (174).

La desheredación podía considerarse viciosa, cuando al hijo se le desheredaba separándolo de todo grado, a no ser que el testador lo hubiese hecho respecto a persona de un solo grado; en este caso equivaldría a que se hubiere realizado en términos generales, «cualquier hijo que tenga sea desheredado» separándolo después de adida la herencia (175); ¿tenía valor la desheredación en los casos en que se estimare viciosa? (176). Como recogen la mayoría de los juristas, no podía considerarse como válida dicha desheredación, porque adolecía de los requisitos que para ella eran exigidos. Sin embargo, Gayo (177), admite que la desheredación general, si es hecha nominalmente, surtirá todos sus efectos. Dice Pomponio (178) que cuando se deshereda

(173) *Gayo* II. & 124. D. XXVIII. II. frag. 9 *Paulo*. *Pacchoni*. ob. cit. pág. 297.

(174) *Ulpiano*. Regl. 22. 17 «Scriptis heredibus adcreſcunt ſuis cuidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam».

(175) D. XXVIII. II. frag. 1. & 2. *Ulpiano* recoge la doctrina de *Juliano*.

(176) *Digesto*. XXVIII. II. frag. XIV & 2. *Africano* nos dice que si alguno hubiese escrito de este modo «quede desheredado aquel que sé que no nació de mí» no se considerará válida si se probase que erró el padre respecto a la causa de desheredación. También se considerará inválida si se hubiese dicho «quede desheredado el que es hijo de aquél» asignándole por error un padre adúltero. D. XXVIII. II. frag. 14. *Ulpiano*. Lo mismo *Juliano*. *Digesto* XXVIII. II. frag. 13 & 2.º *Scevola*. D. XXVIII. II. frag. 19.

(177) *Intituta*. II. & 132.

(178) D. XXVIII. II. frag. 21 «Si filiam nominatim exheredavero, et eum postea heredem instituxero heres erit». *Digesto* XXVII. IV. frag. 8. & 4.º *Ulpiano*, sigue el mismo criterio que *Pomponio*.

nominalmente a un hijo y después se le instituye heredero, será nula la desheredación y el instituido recibirá la herencia. A los hijos militares, no se les podía desheredar y si se hacía se consideraba nula, pero a partir de un edicto en la época de Augusto, los hijos que estaban en filas, para efectos de la sucesión serían equiparados a paisanos (179) y por ende el testador quedaba obligado a instituirle o desheredarle, y si se encontrase prisionero, a su regreso, por el «*ius postliminii*», sería eficaz la desheredación hecha contra él (180).

Respecto a los hijos emancipados, como el Derecho civil no los consideraba *heredes sui*, no existía obligación de instituirlos o desheredarlos (181), lo mismo que a los dados en adopción, pues según Cicerón llevaban consigo el derecho a suceder en su nombre, bienes y dioses domésticos (182), por haber salido de la familia natural; pero al ser emancipados por el padre adoptivo se encontraban en situación complicada puesto que no se les consideraba como hijos (183), y por consiguiente, no podían heredar por ningún concepto quedando desamparados por Derecho civil; para obviar esta dificultad, el Pretor acudió en su auxilio apoyándose en el Derecho natural, concede la posesión de los bienes «*unde liberi*» con relación al número de hijos, pero no en la sucesión del padre adoptivo, del cual ya no dependían, sino en la del padre natural si vivía en el mo-

Esta contradicción que se origina en el Derecho civil, lleva consigo la nulidad del testamento, ya que supone la existencia de dos negocios jurídicos unilaterales, por el primero se deshereda al hijo y el segundo viene a romper lo dispuesto en el primero, por el hecho de que el hijo anteriormente desheredado, va a recibir los bienes a la muerte del testador.

(179) *Paulo*. Sentencias, lib. III. D. XXVIII. II. frag. 26 del mismo. Si el hijo de familia fuese militar, deberá ser instituido o desheredado por el padre, nominalmente como si fuese paisano, habiendo ya sido derogado el edicto del Divino Augusto, en que se había dispuesto que el padre no desheredase a su hijo militar».

(180) D. XXVII. IV. frag. 8 & 9. Ulpiano.

(181) *Gayo*. Instituta & 135.

(182) *Hereditas nominis pecuniae sacrorum secutae sunt*. Pro domo. 13 & 35.

(183) *Gayo*. Instituta. II & 136 y 137.

mento de la emancipación y por tanto nacía una obligación de instituir o desheredar a este hijo y en caso de que lo omitiese en testamento, el Pretor le concedía la posesión de los bienes *contra tabulas*, lo mismo que a los demás hijos emancipados (184), de esta forma, observamos cómo los hijos no pierden su derecho a la herencia; era injusto que al habersele concedido esa independencia fuesen despojados de los bienes con los que, quizá, hubieran acrecentado el patrimonio de la familia natural en el tiempo que vivió con ellos, debido al producto de su trabajo (185). Si alguno hubiese desheredado a su hijo emancipado y después lo hubiese arrojado, prevalecerá la desheredación puesto que, ha vuelto a la familia natural (186), pero respecto a un extraño, no le perjudicará la desheredación al que fué arrojado (187).

Según Ulpiano (188) se consideran hijos póstumos los que han nacido después de la muerte del padre; en materia de testamento se consideraban póstumos también a los que habían nacido después de otorgado el testamento. En principio, la condición jurídica del póstumo en Derecho sucesorio era difícil de precisar, al considerarle como persona incierta (189) no tenía derecho y por tanto no podía ser instituido heredero ni desheredado; esta situación va desapareciendo y el póstumo es admitido en las relaciones jurídicas modificándose el sistema antiguo; si nace después

(184) *Gayo*. Instituta. II & 135.

(185) *Cornil*. Droit Romain. pág. 643. Bruselas 1921. *Rivier*. Traité des successions en droit romain. pág. 188. Paris 1878. *La Pira*. La successione ereditaria intestata e contro il testamento in Diritto romano. pág. 219. Florencia 1930.

(186) *Papiniano*. Cuestiones lib. XII. D. XXVII. IV. frag. 8 & 7 *Ulpiano*. *Francisci*. Síntesis histórica del Derecho Romano, pág. 532. Madrid. 1951. (trad. esp.)

(187) D. XXVII. IV. frag. 8 & 8 de Ulpiano.

(188) Póstumos autem dicimus eos dumtaxat qui post mortem parentis nasentur. D. XXVIII. III. frag. 3. & 1.º *Gayo* Instituta I. & 133.

(189) *Serafini*. Instituciones de Derecho Romano. T. II. pág. 400. Madrid 1927. (Trad. española).

de la muerte del padre, se considera que ha nacido en vida de éste (190) creándose la figura del *curator ventris* (191) que protege y representa su capacidad futura y hereditaria, cuidando de los bienes del que había de nacer.

El hijo póstumo al nacer rompía el testamento (192), se consideraba a éste inválido, aún en el caso de que hubiese otro testamento por el que, se hubiese desheredado al póstumo que nace después de muerto el testador o en vida de él; según Ulpiano (193) se romperán ambos, el anterior por el posterior debido al nacimiento del póstumo. De aquí que, desde el momento que al póstumo se le reconocen unos derechos, es necesario que el padre lo instituya o desherede (194), lo que puede hacer antes de la institución de herederos ora entre las instituciones de herederos intermedios, ora entre los grados (195), a fin de evitar la nulidad del testamento (196).

Para evitar todos los inconvenientes que planteaba el nacimiento del póstumo, Aquilo Galo, ideó una fórmula que pudiese instituir o desheredar a los descendientes de segundo grado; podía darse el caso de que, muerto el testador, al no ser instituido o desheredado el hijo, y falleciendo éste también quedando su mujer en cinta, el nieto se hallaba desamparado de todo derecho a la herencia, e incluso, aunque el nieto hubiese nacido en vida del testador sin ser instituido ni desheredado, se rompía el testamento por *cuasi-agnación* y quedaba despojado de la herencia paterna. La existencia de tres clases de póstumos (197), vino

(190) *Gayo. Instituta. I. & 147.*

(191) *Shom. Ob. cit. pág. 147.*

(192) *Gayo. Inst. II & 131.*

(193) *D. XXVII. III frag. III & 4.*

(194) *Gayo. Inst. II & 130.*

(195) *Ulpiano. Comentarios a Sabino. Lib. III. II.*

(196) *Ulpiano. D. XXVIII. III. frag. III. & 5. Paulo. D. XXVIII III. frag. 14.*

(197) *Postumos legitimi, postumos aquiliani, y postumos Velleiani. Serafini ob. y loc. cit. Ulpiano. Regl. 22. 19. Scaevola XXVIII. II. frag. 29 & 1 a 4. Gayo. Inst. II. & 134.*

á dificultar cada vez más la situación de éstos en el Derecho sucesorio, por lo que se impuso una reforma. La ley Julia Veleya (198) en uno de sus capítulos trata de los hijos que no habían nacido al hacer el testamento, y eran después herederos suyos aún en vida del testador, y en otro capítulo se ocupa de los nietos del testador que nacidos después de otorgarse el testamento no estaban entre los herederos suyos, porque el padre les precedía en la familia y por tanto en la herencia (199). Conforme esta ley, los hijos que no hubiesen nacido a tiempo de la formación del testamento, podían ser instituidos o desheredados anticipadamente, aunque esto era contrario al Derecho común dado que todavía eran personas inciertas (200) y por tanto carecían de derechos; pero con respecto a los nietos del testador que no estaban incluidos entre los herederos suyos podían ser instituidos pero no desheredados por no ser llamados a la sucesión legítima; pero como se podía dar el caso de que por muerte de su padre o emancipación, llegasen a ocupar un lugar más directo respecto a el testador, venían por *cuasi-agnación* a romper el testamento, si no habían sido instituidos o desheredados y la Ley Julia Veleya para salvar este inconveniente permitió desheredarlos, aunque habían de sujetarse a la condición de que cuando muriese el testador, los nietos se encontrasen bajo su potestad y ocupasen el primer lugar en la familia (201). Por consiguiente los póstumos varones tenían que ser desheredados nominalmente y las hembras nominal o colectivamente, con la obligación de dejarles algún legado, que no pareciese que se debiera a olvido la omisión (202), respecto a los descendientes que no se encontrasen en el mo-

(198) Dada en el año 773 de la fundación de Roma en la época del Emperador Augusto.

(199) *Mackelday*. Elementos de Derecho Romano. (Trad. *Ramírez*). Madrid 1921. pág. 423 y ss.

(200) *M. Ortolan*. Explicación histórica de las instituciones de Justiniano (trad. *Pérez Anaya*) T. I. pág. 547. Madrid 1877.

(201) *Scaevola*. frag. 29. & 13. D. XXVIII. II

(202) *Gayo*. Inst. II. & 132. *Ulpiano*. frag. 111 & 5. D. XXVIII. II

mento de la confección del testamento bajo la potestad directa del abuelo, pasando después a depender del testador se les designaba con el nombre de *quasi postumi Velliani* (203). El póstumo que, en un principio fué considerado por el viejo Derecho civil como persona incierta, sin ningún derecho, ha evolucionado en su condición jurídica, pasando por distintas fases hasta colocarse en situación de heredero del patrimonio del *decius*, rompiendo el testamento en que fuese preterido; finalmente se convierte en heredero lógicamente y no puede prescindirse de él, haciéndose necesario a su nacimiento, reformar las disposiciones otorgadas; el Derecho protege a la futura persona nombrándola un «curator ventris» y un tutor. Gayo (204) distingue dos clases de póstumos, los «suus» y los «extraños», los primeros nacían entre los herederos del testador mientras que los ajenos eran los que no nacían bajo su potestad, como ocurría con el póstumo de un hijo emancipado.

El sistema rígido e inflexible del Derecho civil, se ve limitado, corregido y ampliado por el Pretor que, con su Edicto, lentamente ha ido creando un Derecho «más humano, más conforme con los sentimientos de naturaleza y menos exclusivo» (205). El Pretor consigue el triunfo de la familia natural sobre la civil (206) concediendo la *honorum possessio contra tabulas* (207) a los *liberi* que no hubiesen sido instituidos herederos o desheredados por Derecho civil. Pero esta «*honorum possessio*» podía ser utilizada o no, por el hijo, puesto que, aun siendo perjudicado por el padre quedaba a su arbitrio el ejercicio de la acción que le concedía el Pretor por medio de la querrela de inoficioso testamen-

(203) *Ortolan*. Ob. cit. pág. 548. *Serafini*. Ob. cit. t. II. pág. 441.

(204) *Gayo*. *Instituta* II. & 133.

(205) *Gómez de la Serna*. Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano. T. I. pág. 406. Madrid 1869.

(206) *Pastor y Alvira*. Ob. cit. pág. 72.

(207) *Arias Ramos*. Ob. cit. pág. 327. T. II. Derecho Romano. vol. II y III. pág. 568. Madrid 1954. *Santa Cruz*. Ob. cit. pág. 527. *Sohm*. ob. cit. pág. 560. *Pacchioni*. ob. cit. t. II. pág. 296. *Bonfante*. *Instituciones*. página 644. Madrid. 8.ª ed. trad. esp.

to (208), subsistiendo la desheredación hecha, cuando no ejercitaba la acción y quedaba sometido a la voluntad de su padre aún en contra de sus intereses.

A partir de la *bonorum possessio* los hijos tenían que ser instituidos o desheredados, sin distinguir la condición, de que estuvieran emancipados o no, así como a los adoptivos cuando se emancipaban de la potestas del padre adoptante. El Pretor dispone que los varones sean desheredados nominalmente y las hembras colectivamente (209) sin establecer ninguna distinción de grados, esta reforma fué conocida en tiempos del jurista Labeón que vivió en la época de Augusto (210). El Derecho pretorio obliga a instituir o a desheredar a los descendientes, sin distinción de grados excluyendo sólo a los que pertenecían a otra familia; los emancipados o dados en adopción independizados de la familia adoptiva, podían heredar en la familia natural. La desheredación en el Derecho pretorio se funda en la familia natural, a diferencia del civil que se inspira en la agnaticia, estableciendo una distinción en cuanto al sexo, pero sin embargo la omisión de un heredero, no llevaba consigo la nulidad del testamento, cualquier hijo tiene un derecho sobre la parte de la herencia que le corresponde en el caso de que el testador los hubiese omitido; por Derecho civil esta omisión llevaba consigo la nulidad del testamento, mientras que, por Derecho pretorio podía acudirse a la herencia sin que se produjese tal nulidad (211). Para que el hijo sea excluído de la posesión de los bienes, necesita ser desheredado conforme a Derecho (212), en caso de que no se instituyese o desheredase a un padre y al hijo de éste, el Pretor concede al primero, el «*ius adscrescendi*», y al segundo, «*la bonorum possessio*» de los bienes del testador (213).

(208) D. XXVII. IV. frag. 28 *Ulpiano. Girad. Droit Romain.* página 905. Paris 1924.

(209) *Gayo. Instituta.* II. & 135.

(210) *Petit. ob. cit.* pág. 522.

(211) *Solm. ob. cit.* pág. 560.

(212) D. XXVII. IV. frag. 8. & 2 *Ulpiano.*

(213) D. XXVII. IV. frag. III & 3.

Como no se establecía por Derecho pretorio ninguna diferencia entre varones y hembras, heredaban por partes iguales y el Emperador Antonino dispuso que, las mujeres no podían adquirir la posesión de los bienes más que lo que les correspondía por el «*ius adscrescendi*» (214) y por consiguiente el testamento no se anulaba y la mujer omitida tenía más ventaja que en Derecho civil (215). El Pretor no tomaba en consideración las disposiciones contenidas en el testamento cuando eran contrarias a lo regulado por su Edicto, con lo cual queda bien patente la primacía del Derecho pretorio sobre el Derecho civil, en esta materia.

Cuando el hijo omitido no pedía la «*bonorum possessio*», entonces la voluntad del testador se cumplía y la desheredación surtía sus efectos sin que el desheredado se favoreciese de la omisión de un hermano, como por Derecho civil podía concurrir.

La forma de la desheredación en el Derecho pretorio quedaba determinada por la distinción de sexos, los varones tanto hijos como nietos tenían que ser desheredados nominalmente, sin que bastase que se les desheredase en una parte del testamento, sino en el grado contra el que se pide la posesión de los bienes, por tanto si el hijo hubiese sido desheredado del primer grado y preterido del segundo, y los instituidos en primer grado no hubieren pedido la posesión de los bienes, podrán hacerlo contra el testamento (216) en tanto que las hembras tenían que ser desheredadas *inter ceteros*. El Derecho pretorio recoge la doctrina de los Proculyanos, por la que omitido un hijo no se produce la nulidad del testamento *ab initio* (217) y le concede la *bonorum possessio* para que puedan concurrir a la herencia con los demás herederos.

Con respecto a los hijos emancipados si fuesen desheredados, así como los adoptivos, el Pretor les concede el

(214) *Gayo*. Instituta. II & 126.

(215) *Ortolán*. Ob. cit. pág. 550.

(216) D. XXVII. IV. frag. 8 & 1, *Ulpiano*.

(217) *Gayo*. Instituta. II. & 123.

derecho a concurrir a la herencia con los herederos, mientras que por Derecho civil al perder la agnación, perdían la porción de la herencia que les correspondiese, innovación hecha por el Pretor a fin de que no se encontrasen desamparados los que al independizarse, bien de la familia natural o de la adoptiva, no tuviesen patrimonio al que acudir.

Instituída en el Derecho romano, a fines de la época republicana, la necesidad de dejar algo a los herederos forzosos por medio de la legítima, nace la posibilidad de atacar el testamento que hasta entonces era impugnabile (218), considerándolo todo él como inoficioso, cuando no atribuyese la parte que correspondía por ley a los *heredes sui* (219), otorgándoles la querrela contra los herederos instituídos (220) por la que declaraba nulo y se procedía a la apertura de la sucesión intestada (221) por cuanto el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar el testamento (222). Sin embargo, algún autor (223) sostiene que, la querrela no llevaba siempre consigo la nulidad del testamento, como ocurría en el caso de que siendo varios los instituídos se dirigiere sólo contra uno produciéndose por lo tanto una nulidad parcial.

Decir que el testamento era inoficioso, era alegar la razón por la que no debió uno ser desheredado, pudiendo entablar la querrela demostrando que injustamente ha sido desheredado (224). La querrela, recurso que se concedió por Derecho civil en principio a los herederos, se hizo extensivo a los de Derecho pretorio, que podían ejercitarla ante el Tri-

(218) *Jörs-Kunkel*. ob. cit. pág. 465.

(219) *Pacchioni*. ob. cit. pág. 298.

(220) *Santa Cruz*. ob. cit. pág. 531. *Arias Ramos*. Derecho Romano, vol. II y III pág. 1.061. Madrid. 1954.

(221) *Petit*. ob. cit. pág. 538. *Shom*. ob. cit. pág. 561. Paulo. D. IV. V. frag. 7.

(222) «*Quasi non sanae mentis fuisse cum testamentum inique ordinaret, quasi furiose iudicium ultimum ejus damnetur*» D. II. V. & 1. 19.

(223) *Arias Ramos*. Derecho Romano. T. II, pág. 531. ed. 1954 vol. II y III. pág. 1.062.

(224) D. V. II. frag. 3. 5 *Marcelo*.

bunal centunviral demandado por el que había sido preterido o desheredado, la nulidad del testamento y la apertura de la sucesión intestada (225).

Podía ocurrir que el hijo desheredado estuviese en posesión de los bienes que componían la herencia, en cuyo caso dirigía la querrela contra el heredero escrito para que los entregase (226), y si era desheredado, negándosele la cualidad de hijo en el testamento podía también iniciarla (227). Cuando hubiese dos hijos desheredados y juntos entablasen la querrela iniciada, retirándose uno de ellos del juicio, la parte que continúa acrecerá en la parte del desistido (228).

La querrela, acción personalísima (229) sólo podía ejercitarla el que tenía derecho a ella, y al no hacerlo éste, podía entablarla quien le seguía en el orden sucesorio (230) contra el instituido heredero después de adida la herencia, ya que su derecho no se perjudicaba hasta ese momento (231).

Tanto en Derecho pretorio como en Derecho civil, las causas de desheredación no estaban determinadas, quedando al arbitrio del padre el expresar el por qué desheredaba al descendiente, quien por los medios que hemos visto podía impugnar el testamento, siendo el juez el que apreciaba los motivos de la desheredación fundándose en las reglas de la equidad, y estando conforme a las mismas, declaraba bien hecha y válida la desheredación; pero si estaba en contra de los principios en que se fundaba la declaraba nula. Dos medios otorgaba el Pretor para proteger a los hijos desheredados, la *bonorum possessio contra tabulas* y la *querrela de inofficioso testamento*. No podemos afirmar que la institución tratada pertenezca al Derecho civil o al Derecho pretorio; nacida de la necesidad de instituir o desheredar

(225) *Girad.* ob. cit. pág. 908.

(226) D. V. II. frag. 8 & 13 *Ulpiano*.

(227) D. V. II. frag. 27 *Ulpiano*.

(228) D. V. II. frag. 23. & 2 *Paulo*.

(229) D. V. II. frag. 8 *Ulpiano*.

(230) D. V. II. 22.

(231) D. V. II. 8 & 10.

en el viejo sistema del Derecho civil, es aquí donde tiene su origen y desenvolvimiento, perteneciendo a su ámbito y vemos que como en principio el único sistema de Derecho era el de la ciudad, necesariamente su pertenencia es al mismo, tan sólo el Derecho pretorio en todas sus manifestaciones, no viene más que a suplir las lagunas del Derecho civil por un lado, y a completar por otro, su sistema, corrigiéndolo en aquellos puntos en que a todas luces se hacía necesaria su modificación. El viejo sistema de Derecho civil, apegado a una tradición que incontrastaba con la evolución del pensamiento jurídico en Roma y las circunstancias con que va atravesando lo estático de su Derecho, se hace impotente ante los impulsos arrolladores del emanado en los edictos del Pretor. Su inflexibilidad y rigidez, rayando a veces con la injusticia, proclama una vez más su necesaria reforma, mientras que la ductibilidad del Derecho pretorio se ha circunscrito a recoger su contenido adaptándolo a la evolución de los tiempos y de los problemas jurídicos de gran trascendencia que se plantean.

El triunfo de la familia natural sobre la civil, es el fundamento de estas modificaciones realizadas por el Pretor en materia de sucesiones, y son llamados a la herencia los más próximos parientes atendiendo al vínculo de sangre. La agnación cede paso a la cognación y la familia romana sufre una crisis a consecuencia del tránsito que repercute notablemente en el Derecho de Roma, y en auxilio de este pie-lago, acude el Pretor con su Edicto, llenando las lagunas que se plantean en la realidad jurídica, solucionándolos con arreglo a su sana crítica inspirada en el Derecho natural. Es un hecho notorio, que los grandes juristas romanos aún apegados en su doctrina al Derecho civil, recogen con aplauso el sentir y coadyuban enormemente a la labor realizada por el Pretor en uso de su «imperium», que completa, modifica y corrige el Derecho civil antiguo, sintiendo una influencia de la vida práctica puesto que ante él se invocaban normas extranjeras que, daban ocasión al Magistrado, de tomar en consideración el lugar de donde provenía y si se adaptaban o no al Derecho civil. Prueba de ello es que, la desheredación no sufre por el Derecho del Pretor ninguna modificación en

cuanto a su contenido, se ha limitado solamente a dar una flexibilidad al viejo Derecho civil, y salvar por otro lado los vacíos que éste dejaba.

C) PRINCIPALES REFORMAS INTRODUCIDAS POR JUSTINIANO. LAS NOVELAS 215 Y 22.

Entre las modificaciones que el Derecho romano necesitaba, se encuentra la materia de que es objeto el presente estudio; quizá esta revisión se imponía con mayor urgencia que en ninguna otra institución jurídica, debido al dualismo existente entre el *ius civile* y el *ius honorarium*; el primero, revestido de su vetusto armazón se resistía a las modificaciones que las circunstancias de lugar y tiempo requerían y el «*ius honorarium*» nace para suplir las lagunas que el Derecho civil plantea al enfrentarse con la realidad, su rigidez y empaque, impedía toda innovación que alterara su contenido tradicional y viejo, mientras que, la flexibilidad del Pretor no tiene otro fin que el adaptar este Derecho civil a la vida real. De aquí que, Justiniano, se encontrase con que la desheredación se hallaba regulada de distinta manera en uno y otro Derecho, suscitando diversidad de opiniones entre los juristas, que ocasionaba una confusión de principios e ideas tanto en la doctrina como en la práctica, (232) por ello dispuso que, tanto los varones como las hembras, tenían que ser desheredados nominalmente (233), lo que se podía llevar a cabo en cualquier parte del testamento, sin tener en cuenta la distinción de grados y sexos (234), por consiguiente, refunde las doctrinas mantenidas por Derecho civil y preto-

(232) *Pasquier*. L'interprétation des Institutes de Justinian. cap. 99. pág. 399. Paris 1847.

(233) *Ismael Calvo*. Instituciones del Emperador Justiniano. pág. 98. Madrid 1895. *Pastor y Alvirá*. Manual de Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano. pág. 75. vol. II. 3.ª ed. Madrid 1903.

(234) *Rizzi*. Tratado de Derecho Privado Romano. Buenos Aires 1936.

rio, suprimiendo así las distinciones que se hacían entre ambos (235).

Justiniano recoge la doctrina de los Sabinianos, de forma que la preterición de cualquiera de los herederos llevaba consigo la nulidad del testamento *ab initio*, contrariamente a lo dispuesto por el Derecho del Pretor, que suprime el *ius adscrescendi* (236) modificando las divergencias entre el *ius civile* y el *ius honorarium* (237). Las reformas de Justiniano, señala Heinecio, (238) pueden reducirse a cuatro axiomas: 1.º Todas las personas a las que se les debe porción legítima han de ser instituidas o desheredadas por su nombre. 2.º Toda desheredación ha de hacerse puramente. 3.º La desheredación debe hacerse de toda la herencia y 4.º Toda desheredación ha de hacerse con justa causa expresada en testamento. Con ello, las restricciones a la libertad de testar en el Derecho Romano se acentúan desde que Justiniano establece que, para poder desheredar, es necesario que sea por una de las causas que taxativamente señala la ley, desapareciendo así esa arbitrariedad que caracterizaba a los dos sistemas sustituidos (239).

Como consecuencia de las modificaciones introducidas por el Emperador en materia de adopción, necesariamente habían de repercutir las distinciones que establecen la forma de hacerse, de un hijo a un ascendiente o en la de un extraño en el Derecho sucesorio (240). En el primer caso, generalmente se hacía por aquel ascendiente que no ejercía la patria potestad sobre sus descendientes, teniendo que valerse de

(235) Girad. Manuel élémentaire de Droit Romain. pág. 912. París 1924.

(236) Rizzí. ob. y loc. cit.

(237) C. Accarias. Précis de Droit Romain. T. 1.º & 329. pág. 868.

(238) Recitaciones de Derecho Civil. T. 1.º pág. 320, Valencia 1870.

(239) Racz. Les restrictions a la liberté de tester en Droit Romain. pág. 168 y ss. Neufchatel 1934.

(240) Ortolán. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. T. I. pág. 136. Madrid 1877. (trad. española). Pastor y Alvira. ob. cit. vol. II. pág. 74. Calvo y Madroño. ob. cit. pág. 26 y 98.

la adopción para adquirirla (241) y poder beneficiarlos así en la herencia, y en el segundo caso el adoptado sólo podía sucederle abintestato cuando no hubiese testamento, porque como el hijo adoptado no salía de su familia natural, ni perdía sus derechos, podía ocurrir que recibiese su legítima dentro de la misma y además sucediese abintestato en la herencia del padre adoptante. Nos dice Justiniano en la Constitución 22 que anteriormente el hijo al salir de la familia paterna y darse en adopción perdía los derechos sucesorios en la familia natural y al ser emancipado de la familia adoptiva los perdía también, encontrándose completamente despojado, hasta que el Pretor viene en su auxilio por medio de la *bonorum possessio*, salvando esta dificultad que logra sólo en parte, puesto que no vino a desligarse completamente de su familia agnítica, y, por tanto, fundando la desheredación en el vínculo natural y no en el vínculo de potestad (243). En cuanto a los póstumos, dispuso Justiniano que, cuando naciesen sin haber sido instituidos ni desheredados, rompían el testamento (244) al igual que el nieto que se encontrase bajo la potestad del abuelo, sin ser desheredado nominalmente (245).

Justiniano restringe el uso de la querrela, exigiendo para que ésta pueda ejercitarse que, los descendientes que la utilicen, han de probar que constantemente guardaron a sus ascendientes el respeto debido, (264) y prohibiendo atacar de inoficioso el testamento a los hijos del hermano o de la hermana, a los tíos y tías paternos y maternos puesto que,

(241) El abuelo materno sobre los hijos de su hija, el abuelo sobre los nietos cuyo padre hubiese sido emancipado e incluso el propio padre que habiendo sido emancipado y quedando sus hijos bajo la potestad del abuelo si quería recobrarla en vida de éste, tenía que valerse de la adopción.

(242) C. VIII. XLVIII. 10.

(243) *Stom. ob. cit.* pág. 189.

(244) C. VI. 22. 1. C. VI. XXVIII. 4.

(245) C. VI. XXVII. 2.

(246) C. III. XXVIII. 28. *Pastor y Alvira. Manual de Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano.* vol. II. pág. 161. Madrid. 1903. 3.^a edec.

ninguno de ellos, procede de la línea transversal, siendo tan sólo el hermano y hermanas los que podían impugnarlo en este caso (247). La hija que hubiese sido desheredada sin justa causa estando bajo su patria potestad, podrá que-rellarse contra el testamento inoficioso de su padre (248). Cuando instituido heredero un extraño, desheredando al hijo que muere habiéndole nacido su hijo o estando aún en el vientre de su madre, sin que hubiese preparado la querrela, resulta que el nieto no tiene ningún recurso, puesto que el padre al morir no le dejó ningún derecho contra el testamento del abuelo si fué adida la herencia por el extraño, de forma que ni por la ley Veleya podía suceder en lugar de su padre y rescindir el testamento; para evitar esto, Justiniano dispuso que se le concederían al nieto los derechos que tenía su padre, al objeto de poder entablar la querrela contra el testamento del abuelo (249). Por tanto, la querrela sigue siendo el instrumento por medio del cual se puede impugnar un testamento, declarándolo inoficioso, contextura nueva que le imprime Justiniano, limitando su empleo, a fin de evitar los abusos que en el ejercicio de la misma se habían llevado a cabo (250).

Las reformas realizadas por Justiniano en materia de sucesiones tiene una gran transcendencia y especialmente en lo que a esta institución se refiere, cuya modificación se hacía cada vez más necesaria a consecuencia de las divergencias que surgían entre el «ius civile» y el «ius honorarium». Justiniano confirma los principios jurídicos recogidos dentro de uno y otro derecho (251), y en sus Novelas 115 y 22

(247) C. III. XXVIII. 21.

(248) C. III. XXVIII. 22.

(249) C. III. XXVIII. 34.

(250) *Ugo Krüger*. Nachträge zur querrela inofficiosi testamenti BIDR., 2 (1940) 65 y ss.

Dernburg. Pandette. Diritto di famiglia e diritto dell' eredità. (trad. Bernardino Cicala. 6.ª edic.) pág. 553 y ss. Turin 1905.

(251) *Rizzi*. Tratado de Derecho Privado Romano. pág. 607 Buenos Aires. 1936. *Díaz*. Instituciones. vol. II. pág. 209 y ss. Barcelona 1929. *Arias Ramos*. Derecho Romano. vol. II.III. pág. 1.063. Madrid 1954.

señala las causas de desheredación que hasta entonces no estaban previamente establecidas, quedando las mismas al arbitrio del testador, lo que ocasionaba una serie de abusos y una antinomia entre el sistema de libertad de testar y la sucesión legítima; otras veces, cuando era impugnado el testamento, la determinación de las mismas quedaba al prudente arbitrio del juzgador. Por ello estas reformas son de suma importancia para el Derecho civil, puesto que señala el camino a la posteridad y al tratar de esta institución en las legislaciones actuales vemos cómo todas están inspiradas en el sistema justiniano (152). Como afirma Accarias (253), Justiniano ha recogido la esencia del Derecho sucesorio del mundo antiguo romano, dando a la desheredación un carácter más jurídico del que hasta entonces tenía, admitiendo la doctrina de los clásicos y adaptándola a la realidad jurídica, arrojando del contenido del Derecho civil el lastre que venía arrastrando el viejo sistema (254), manteniendo en sus Instituciones lo que se hace imprescindible en los tiempos y en las circunstancias históricas, encuadrándolo dentro del sentir de un pueblo que no permanece inactivo (255).

En las Novelas 115 y 22 señala Justiniano las causas para que se pueda desheredar a los descendientes y ascendientes, determinadas éstas en la primera Novela citada, y en la 22, señala las causas de desheredación para los hermanos.

El capítulo III de la Novela 115 señala 14 causas por las que se puede desheredar a los descendientes:

- 1.^a Si el hijo ha injuriado gravemente a su padre.
- 2.^a Propasarse en vías de hecho con los ascendientes dándoles golpes o malos tratos.
- 3.^a Acusarlos criminalmente, a no ser por delito cometido contra el Estado o el Príncipe.

(252) *Pasquier*. *L' interpretation des Institutes des Justinian*. cap. 99. pág. 399 y ss. Paris 1847.

(253) *Precis de Droit Romain*. & 329. pág. 878.

(254) *Pietro Cogliolo*. *Manuale delle Fonti del Diritto Romano*. pág. 398 y ss. Turin 1911 (2.^a edic.).

(255) *Raymond Monier*. *Droit Romain*. T. I. pág. 487. Montchrestin 1945.

4.^a Asociarse con envenenadores o participar en este delito.

5.^a Atentar de cualquier modo a la vida de sus ascendientes.

6.^a Tener comercio ilícito con la mujer o la concubina de su ascendiente.

7.^a Causarle por una declaración falsa una pérdida considerable en sus bienes.

8.^a Negarse a salir fiador por su ascendiente preso por deudas cuando es requerido para esto y tiene posibilidad de hacerlo.

9.^a Impedir testar o modificar el testamento otorgado.

10.^a Seguir contra la voluntad paterna a una compañía de gladiadores o de gentes que dan espectáculos y tomar parte en sus ejercicios, a no ser que sus padres sean de la misma profesión.

11.^a Entregarse la hija o la nieta a una vida licenciosa cuando sus padres o abuelos pretenden casarla y dotarla con arreglo a sus facultades.

12.^a Abandonar a su ascendiente cuando se halla en estado de demencia.

13.^a No rescatarlo del cautiverio.

14.^a Si hijo de padre ortodoxo se hace hereje, desechando la autoridad de los cuatro Concilios Ecueménicos.

El hijo que fuese desheredado sin estar comprendido en alguna de estas causas podía entablar la querrela de inoficioso testamento por ser contrario a la piedad entre parientes y considerarse que el testador no se hallaba en su cabal juicio al faltar a estos deberes (256) y por consiguiente al tratarse del loco, se anulaba el testamento. Esta facultad de impugnar el testamento, no solamente correspondía a los hijos respecto a sus ascendientes, sino que también éstos podían atacar el que hubiese hecho el hijo, cuando los desheredase sin justa causa. Mientras los herederos forzosos

podían impugnar el testamento por medio de la querrela (257), los demás herederos no podían hacerlo hasta que los anteriormente dichos no se hubieren dirigido contra él. Según el Derecho civil antiguo, sólo podían enervar esta acción los hermanos y hermanas agnadas, por ser miembros de la familia y herederos legítimos unos de otros, principio reconocido por Constantino, tal y como se halla en el Código Teodosiano, pero que Justiniano hizo extensivo a todos los hermanos de consanguinidad que podían acusar de inoficioso testamento modificando dicha constitución en este sentido; por tanto los únicos que quedaban excluidos de esta querrela son los hermanos uterinos (258) y por medio de la «bonorum possessio» que Justiniano ha recogido del Derecho pretorio (259), les pone en posesión de los bienes (260).

Ningún descendiente que no se hallare comprendido en estas causas podía ser privado de la herencia y si así fuese podía impugnar el testamento, puesto que no es lícito a un ascendiente desheredar o preterir a alguno de sus descendientes, si no se hallare comprendido dentro de las mismas, estableciéndose por el Emperador la salvedad de la causa once, cuando el padre dilatare el matrimonio de la hija mayor de 25 años y ésta hubiere pecado con su cuerpo o se haya casado con un hombre libre en contra de la voluntad paterna, no podrá ser desheredada por estas circunstancias (261).

A los ascendientes se les puede desheredar siempre que se hallen comprendidos en las causas establecidas en el capítulo IV de la Novela 115, que son:

(257) *Windscheid*. Pandektenrechts. vol. III. & 589. nota II. Francfort del Main 1906. 9.ª edición. *Iglesias*. Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado. vol. II. pág. 542 y ss. Barcelona. 1953.

(258) *Brugi*. Istituzioni di diritto Romano. & 139. La legittima e la diseredazione. pág. 607 y ss. 3.ª edición. Turin 1926. Rizzi. ob. cit. pág. 677.

(259) *Dernburg*. Pandette. pág. 545.

(260) *Scialoja*. Diritto ereditario romano. pág. 98 y s. s. Roma 1914.

(261) C. III. XXVIII. 19.

1.º Acusar los ascendientes a los descendientes de un delito al que la Ley impone la pena capital, a no ser contra el Estado o el Príncipe.

2.º Atentar de cualquier modo a la vida de sus descendientes.

3.º Tener comercio ilícito con la mujer o la concubina del descendiente.

4.º Impedir testar de los bienes de que la ley permite disponer a los hijos por última voluntad.

5.º Atentar uno de los cónyuges ascendientes a la vida del otro de cualquier modo o extraviar su razón por medio de medicamentos.

6.º Abandonar a sus descendientes que se hallen en estado de demencia.

7.º No procurar libertarles del cautiverio en que gimen.

8.º Incurrir en herejía los padres de un hijo ortodoxo.

Las causas de desheredación de las ascendientes, son las mismas que las de los descendientes, con la salvedad de la quinta, que se refiere a los atentados cometidos por un ascendiente contra el otro. Como a los ascendientes los consideró Justiniano herederos forzosos, de ahí que éstos pudieran impugnar como inoficioso el testamento hecho por el hijo, cuando los desheredase sin expresión de causa (262), entablando la querrela por los mismos medios y en la misma forma que los descendientes.

En cuanto a los hermanos, Justiniano reduce a tres las causas por las que éstos pueden ser desheredados, hallándose comprendidas en el capítulo 27 de la Novela 22: 1.º atentar un hermano a la vida del otro; 2.º acusarle de algún delito, y 3.º causarle gran perjuicio en su fortuna.

La desheredación ha de hacerse en testamento, expresándose la causa por la que se hace, y por el total de la herencia; de aquí, que nunca se admitiera en Derecho romano la desheredación parcial, como afirman algunos auto-

res. Las reformas llevadas a cabo por Justiniano en esta institución, tienen transcendental importancia, ya que los principios mantenidos en su doctrina servirán de norma al legislador que admite en la actualidad dentro de sus cuerpos legales esta institución. Justiniano fija el concepto de la desheredación, suprimiendo todos aquellos requisitos, nacidos de la rigidez de un sistema anticuado, que se consideraban como imprescindibles para que tuviese validez y adaptando la esencia de las doctrinas mantenidas por el Derecho civil y el Derecho honorario, refundiéndolas en aquello que las circunstancias y la evolución de las instituciones romanas necesitaban en el decurso de los tiempos.

Antes de terminar nuestro estudio de la desheredación en el Derecho romano, no debemos pasar por alto la manifestación y el desarrollo que de la misma se presenta en los testamentos militares, para los que hubo una época en que no rigieron las reglas del derecho común (263). El testamento militar fué creado por Julio César (264) como privilegio concedido a sus soldados para que pudiesen testar libremente, sin sujetarse a las formalidades que como simples ciudadanos tendrían que hacer y por consiguiente la desheredación en esta clase de testamentos revestía otras características, distintas a las conocidas hasta ahora.

Cuando un soldado instituyese heredero a uno y en el mismo testamento lo desheredase, valdrá la desheredación hecha, aunque esto no se permita a los ciudadanos (265) sin que sea necesario que ésta se haga expresamente (266) ya que la hecha tácitamente tendrá validez, puesto que si tiene hijos y nombra herederos a otros, se sobreentiende en este caso que la desheredación es tácita (267) o lo que es lo mismo, la omisión o preterición de un heredero en

(263) *Bizzi*. ob. y loc. cit. Pastor y Alvira. Manual de Derecho Romano. vol. II. pág. 44 y s. s.

(264) *Ortolán*. ob. cit. T. I. pág. 519. y s. s.

(265) *Gayo*. Comentarios al Edicto provincial lib. XV.

(266) *Hernández Gil*. El testamento militar. pág. 88. Madrid 1946.

(267) C. VI. XXI. 9. C. VI. XII 9.

el testamento militar no lleva consigo la ruptura del mismo (268) como tampoco cuando el testador ignorase el embarazo de su mujer o no estándolo tenía ánimo de desheredar a lo que naciese (269). Trifonino (270) afirma que el soldado que desheredase a su hijo o lo omitiese, podrá designarle un sustituto, pero éste no podrá dar ningún legado aunque le hubieren dejado varios. El militar que en el testamento nombra a su hija dejándole un legado, pero no la instituye heredera, se sobreentiende que la ha desheredado (271).

Los hijos de los militares, cuando eran desheredados no podían entablar la querrela de inoficioso testamento (272) quedando desamparados de la protección que por Derecho común se otorgaba a los herederos.

Respecto a las personas que seguían al ejército, sin ser militares gozaban de este privilegio, siempre y cuando falleciesen con ocasión de la campaña, al igual que los remeros y pilotos de las escuadras, para quienes se hacía extensivo el mismo (273).

Ahora bien, el que pudieran testar conforme a los militares, sobreentiende que la desheredación realizada por estos auxiliares del ejército surtía los mismos efectos que hemos señalado. A través de nuestro estudio sentamos al principio la tesis de que, si bien en el Derecho antiguo se encontraron algunos atisbos de causas que pudieran considerarse de desheredación, donde ésta aparece como institución jurídica es en Derecho romano; sus vicisitudes quedaron apuntadas y su desenvolvimiento en el mundo de Roma culmina con las reformas debidas al Emperador Justiniano al

(268) Cofr. la magnífica monografía del profesor *Hernández Gil*. El Testamento Militar. págs. 88 y s. s. Madrid 1946.

(269) D. XXIX. I. frag. 7. *Ulpiano*.

(270) D. XXIX. I. frag. 41. & 3 y 4.

(271) C. VI. XXI. 10. C. VI. XII. 10. *Hernández Gil*. ob. cit. pág. 89.

(272) *Hernández Gil*. ob. cit. pág. 94. *Biondo Biondi*. Successione testamentaria, donazioni. cap. III. pág. 76. En el Trattato di Diritto Romano de Emilio Albertario. Vol. X. Milano 1943.

(273) D. XXXVII. XIII. 1 frag. *Ulpiano*.

sistematizar la dispersa doctrina que existía como consecuencia del dualismo entre el Derecho civil y el Derecho pretorio.

Que las reformas de Justiniano se hacían necesarias, es un hecho incontrastable, a fin de evitar que esta institución jurídica quedase al arbitrio de una voluntad valiéndose del Derecho para cometer actos contrarios a la sucesión forzosa, atajados con las disposiciones del legislador, que señala las causas por las que necesariamente se habría de desheredar a los herederos, supliendo con ello la omisión del Derecho antiguo, por el que bastaba la expresa voluntad del padre para desheredar a tal o cual hijo de la herencia, que incluso había ayudado a engrandecer el patrimonio familiar con la prestación de su trabajo o con la aportación de los bienes adquiridos por su profesión.

IV.—LA DESHEREDACION EN EL DERECHO GERMANO.

Entre los germanos el espíritu familiar se manifiesta no sólo en la propiedad, sino también en el Derecho sucesorio que supone una trasmisión del patrimonio para continuidad de la misma. En una primera época, la tierra era común (274), ocupándose el terreno por un año y repartiéndose los productos del mismo entre sus miembros (275) agrupados en familias (276) que es la nota característica del Derecho germano antiguo (277) y por es-

(274) *César*. De bello gallico. IV. I. y VI. XXII refiriéndose a los suevos y germanos, dice que, entre éstos, no hay tierras en propiedad, ni nadie tiene límites que les sean propios.

(275) *Tácito*. Germania. XXII.

(276) La ley Alamannorum. LXXIV. Al tratar de un litigio sobre la propiedad, dice, que estas familias, no individuos, son los que han de distinguirlos. La ley Saxonum XVII establece que al abandonar el país, la propiedad ha de cederse a los miembros de la familia.

(277) *Fustel de Coulanges*. Recherches sur quelques problèmes d'histoire. Les Germains connaissent-ils la propriété des terres? pág. 313. vol. I. Paris 1885. Cfr. nota 91 y ss. de este trabajo.

tã organización, el Derecho de sucesiones presenta tres notas distintivas a las que anteriormente aludimos (278). El primer título traslativo de dominio que se conoció entre los germanos, era la *afatomia* o donación mortis causa con carácter irrevocable, y que, únicamente se podía utilizar cuando no hubiera descendientes legítimos, o bien éstos, consentían que se hiciera; con lo que se demuestra palpablemente la ausencia del testamento en la época antigua (279), siendo la sucesión necesaria, entre los parientes más próximos en grado, los que continuaban en comunidad con los bienes después de fallecido el causante «Ganerben».

Brunner (280) afirma que la idea de continuidad de la comunidad familiar subsiste aún después de la formación del Derecho hereditario, siendo en un principio un reducido círculo de parientes los llamados a heredar (hijos, padres, y hermanos del causante) sin que los nietos, viviendo el padre pudiesen heredar al abuelo.

La sucesión en el antiguo Derecho germano, presenta características singulares puesto que la falta de una unidad común en su Derecho, motiva el que no se pueda uniformar esta materia (281) aunque el principio que inspiraba el Derecho sucesorio estaba en la continuidad del patrimonio familiar por medio del primogénito, aunque éste, sin el carácter absoluto que se conoció en otros pueblos de la antigüedad.

El testamento desconocido en un principio se introdujo en la época de Clodoveo, (282) y Gondebundo, en la Ley

(278) Véase nota 94.

(279) *Glasson*. Le droit de succession dans les lois barbares. Nouvelle Revue Histoire du Droit. pág. 78 y ss. París 1885.

(280) Historia del Derecho germánico. pág. 238. 1936 (trad. esp.) Editorial Labor.

(281) *H. Meyer*. Das Handgemal als Gerichtswahrzeichen des freien Geschlechts bei den Germanen. pág. 68. Berlín 1934.

(282) Este Monarca reinó en 481 a 511, pero a pesar de introducirlo como consecuencia de influencias romanas impuso algunas restricciones a su uso. *Wasserschleben* Prinzip der Successionsordnung, nach deutschem insbesondere sächsischem Rechte. pág. 327. Berlín 1860.

Burgundionum, permite disponer por testamento de parte de los bienes, aun cuando existan hijos legítimos.

La ley Longoborda promulgada por Rotario (283), no permitía hacer testamento cuando existieran hijos teniendo que concurrir causas graves para que el padre los pudiese desheredar, criterio seguido por las leyes sálicas y ripuaría (284). La desheredación de los descendientes podía el padre hacerla libremente sin que se expresasen las causas, lo que dió lugar a una serie de abusos, que para evitarlos se reunía la familia a fin de graduar la falta cuando el desheredado impugnaba la decisión del causante.

El Edicto de Teodorico en su artículo 32 prohíbe que los hijos legítimos sean desheredados sin una causa grave, al igual que los naturales a los que tampoco se les podía desheredar arbitrariamente (285) y si bien no las señala, se refiere a los daños que se causaron a la persona de los ascendientes, así como las injurias que contra ellos se lanzasen. En el Edicto se conoce las dos clases de sucesiones, intestada y testamentaria, dándose preferencia a la primera por ser más natural y corriente, mientras que la segunda quedaba a la voluntad discrecional del padre para hacerla (286). La desheredación se aplicaba únicamente a los varones, ya que las hijas estaban excluidas de la herencia de una manera absoluta en lo que se refiere al dominio de la tierra (287) desapareciendo esta prohibición posteriormente como consecuencia del influjo de otras legislaciones. La desheredación entre los germanos no se des-

(283) Artículo 168.

(284) *Foustel de Coulanges*. ob. cit. pág. 239.

(285) Ugo Trombeti. L'Editto di Teodorico. Critica storico-legale. pág. 55. Verona 1895.

(286) *Trombeti*. ob. cit. pág. 47.

(287) Ley de los lombardos hasta el edicto del Rey Luitprando (siglo VIII) y la ley sálica LIX. En cambio la ley Ripuaría LVI. 4, la ley Alamannorum. LVII y la ley Burgundionum XIV, las admite aún en el caso de no existir hijos, ya que existiendo éstos, no podían heredar más que lo que en concepto de dote tenía que dárselos cuando contrajeran matrimonio.

arrolla con la plenitud que vimos anteriormente en Roma; la causa de ello estriba en que ambas legislaciones parten de dos sistemas sucesorios opuestos, los germanos siguen el sistema de la sucesión necesaria formal y consideran como excepcional la sucesión testamentaria, mientras que en los romanos que en principio siguieron un sistema de absoluta libertad de testar se va restringiendo, en el transcurso de su historia, hasta que impera el sistema forzoso en beneficio de los miembros componentes de la familia, prevaleciendo la sucesión por medio del testamento. Una y otra, parten de principios completamente opuestos y por ello es de notar las diferencias tan esenciales que entre ambas existe que se aprecian al estudiar el Derecho hereditario de éstos pueblos. Circunscribiéndonos a la institución objeto de nuestro estudio, adolece en la legislación germana de una falta de conocimiento completo de su contenido, así como de la importancia que tiene, razón por la que no podría alcanzar el desarrollo que tuvo en el Derecho romano.

GENESIS DE LA DESHEREDACION EN EL DERECHO ESPAÑOL

- I. Sus primeras manifestaciones.
- II. Derecho visigodo. La desheredación en el mismo.
- III. Fin del imperio visigodo y la invasión musulmana. La Reconquista.
 - A) El Derecho en esta época.
 - B) La desheredación de los fueros municipales.
 - C) Disgregación de fueros.
- IV. Las Partidas.
 - A) Estudio de la desheredación en las mismas.
 - B) Su concordancia con el Derecho romano.
 - C) Causas de desheredación nacidas de las costumbres españolas.
- V. Examen de la desheredación en los textos legales posteriores a las Partidas.
- VI. La desheredación en el fracasado Código civil de 1851.

I.—SUS PRIMERAS MANIFESTACIONES.

En nuestro anterior estudio respecto al Derecho sucesorio en la antigüedad, nos ocupamos de las primeras manifestaciones que en derecho español se conocieron de la desheredación, (288) que, a nuestro juicio, no supone, la existencia de esta institución a pesar de que, el heredero podía ser privado del todo o de parte de la herencia. El Derecho primitivo español, adolecía de esa unidad jurídica que es necesaria a toda manifestación exterior de un Derecho sistemático, debido a que los distintos pobladores de nuestra Península en el mundo antiguo no formaban un conjunto heterogéneo de razas, y, sus costumbres, aisladamente, se iban manifestando sin tener un valor positivo aún entre aquellas tribus que parecían más identificadas ya que todas ellas, carentes de un ideal político común, impedían constituir la unidad territorial y con igual razón la unidad jurídica.

(288) Confr. nota 92.

La propiedad, pertenecía a la colectividad y la sucesión estaba inspirada en el principio de continuidad familiar, común a todos los pueblos, por lo que es indudable que rigió un sistema de sucesión necesaria y aisladamente como costumbre seguida por alguna tribu, aparece la causa de desheredación fundada, afirma Moret, (289) en el principio de propiedad familiar a favor del jefe de la misma, sin aceptar la doctrina absoluta del condominio.

Anteriormente a la concesión de ciudadanía a todos los súbditos del imperio por Caracalla, España, provincia romana, se gobernaba por disposiciones que dictaban los representantes de Roma, aplicando un Derecho nacido de las necesidades e independiente de la ciudad, faltándole un contenido jurídico de tanta riqueza como éste, pero a partir de la disposición citada, el Derecho romano, regirá con todo su esplendor en el Imperio mayor del mundo antiguo, aunque de hecho, jamás llegó a aplicarse en toda su extensión, y no es una idea descabellada pensar que, en un tiempo nuestra Península conociera las instituciones jurídicas del pueblo enemigo de aplicar sus leyes, a los que no eran naturales de la ciudad. No está probado, en lo que a España se refiere, que rigiera durante algún tiempo el Derecho de Roma en todo su contenido y tan sólo los historiadores nos han transmitido algunas leyes dadas por los gobernantes romanos con carácter particular.

En la España anterior a la dominación romana, la propiedad, de ser común se va a individualizar dentro de la familia en algunos sectores de nuestra península, donde la transmisión de los bienes se realiza por actos intervivos, no reconociéndose la sucesión mortis causa más que por ministerio de la ley, que llamaba en primer lugar a los as-

(289) Historia del Derecho español. pág. 82. Madrid 1893. *Altamira*.
 Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación comparada. pág. 91,
 Madrid 1914. Confr. las notas 91 y ss. de este trabajo, en las que se trata
 de este punto y a las que nos remitimos.

vencientes, y a falta de éstos, a los demás parientes, (290) sistema seguido por los iberos prevaleciendo el derecho de primogenitura, mientras que el pueblo celta conoció el testamento fundado en el principio de libertad absoluta para disponer, después de la muerte del causante (291).

La legislación en la España primitiva, se presenta de una manera caótica, afirman los historiadores (292), y sería hipotético reconocer que existió una legislación propiamente nacional en aquella época donde sólo esporádicamente por medio de la costumbre se ocupan aisladamente de solucionar un problema jurídico, sin formar un conjunto de instituciones, y el hecho de que, esa costumbre cordobesa transmitida por Séneca suponga un conocimiento de la desheredación, no por ello es dable afirmar que fuera admitida como tal en nuestra arcaica legislación.

Nuestro suelo, convertido en campo de batalla durante la pugna de Roma y Cartago, para quedar después bajo la dominación de la primera, sufre una serie de episodios históricos, que impiden la construcción de unas instituciones jurídicas propias, en razón a que los habitantes de la Península, faltos de un ideal político común que aunase los sentimientos nacionales, su vida y sus costumbres, se trastocan puesto que, de ser aliados en algunas ocasiones, en otras se convierten en vencidos y esclavos, lo que motiva esa carencia de ideales por encontrarse sometidos a pueblos extranjeros, que a no ser por estas causas, es probable que se hubiesen desarrollado sus costumbres formando un Derecho genuinamente nacional. Convertida la Península en provincia romana, es a veces escenario de luchas entre los mismos gobernantes, luchas, nacidas de sus ambiciones políticas; sus costumbres y cultura no prosperarán y tan sólo van a cono-

(290) *Chapado*. Historia general del Derecho español. pág. 38 Valladolid 1900.

(291) *Joaquín Costa*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T. 54. IV. Costumbres del Alto Aragón. pág. 521 y ss. Madrid 1879.

(292) *Riaza y García Gallo*. Historia del Derecho español. & 43 páginas 32 y 33.

cer un Derecho impuesto por el vencedor que ni sombra es del de la ciudad dominante, nacido de la arbitrariedad y conveniencia del gobernante, que impide la mayoría de las veces el resurgir del sentimiento nacional para formar una unidad política que se transformase en unidad jurídica.

El concepto que en el Derecho primitivo español se tuvo del Derecho sucesorio es bastante rudimentario, a consecuencia de las causas anteriormente apuntadas; la falta de un Derecho sistemático, hacía imposible determinar los fundamentos racionales de una transmisión hereditaria, reducida al marco estrecho de la familia donde a falta de parientes dentro de la misma, eran llamados a suceder los gentiles más próximos (293). Al convertirse en provincia romana, se aplicó su Derecho, aunque deformado, por la necesidad de adaptarlo a las costumbres del país, con lo que consiguióse un Derecho romano vulgar que dejó subsistente al primitivo Derecho (294). Por un lado, el carácter parientes dentro de la misma, eran llamados a suceder fos del gobierno de las provincias y por otro la vulgarización del Derecho romano crea en la Península una amalgama de principios inconcusos, que unido a la falta de textos que nos hayan transmitido verazmente sus noticias, encontramos un piélagó del que sólo puede derivarse una disparidad de criterios. Sea cual fuere uno u otro, la misión de desentrañar estas incongruencias corresponde a los historiadores, haciendo notar por lo que a nosotros respecta las dificultades que supone afirmar en buena doctrina que la desheredación fué conocida por el Derecho primitivo y sólo a lo sumo es permitido aseverar que durante la dominación romana se aplicó al tratar de esta institución, el sistema sucesorio romano. El fondo primitivo de nuestro Derecho, está formado por elementos variadísimos, que motivan infinidad de conjeturas,

(293) *Minguijón*. Historia del Derecho Español. T. I. pág. 10. Madrid 1927.

(294) Gajo Sánchez. ob. cit. pág. 31 y 32.

pero lo cierto es, afirma un ilustre tratadista (295), que en un principio, coexistieron nuestras leyes junto a las romanas, hasta que la superioridad de éstas se impuso sobre las primeras, puesto que, Roma, se había ocupado tan sólo de consolidar su dominio, militar y político, respetando las costumbres del pueblo sometido.

II.—DERECHO VISIGODO. LA DESHEREDACION EN EL MISMO.

Roma sucumbe a consecuencia de las invasiones bárbaras, el Imperio forjado a través de los siglos en el mundo antiguo, se tambalea bajo los ejércitos de estas nuevas tribus, que se hallaban en «status nascendi» que al encontrarse con la magnificencia de su cultura y de sus instituciones, el máspreciado trofeo de un general victorioso consiste en cubrirse con los harapos de las túnicas de los magistrados romanos. Las derrotas militares del viejo Imperio, no hacen sino reforzar sus instituciones, que se conservan como un tesoro de inigualable riqueza y a las que de momento es imposible sustituir, por su contenido profundo, estudiado en el devenir de siglos que no pueden desaparecer en la noche de los tiempos, de aquí, que su Derecho se mantenga en todo su esplendor, admirado y respetado por el pueblo invasor, como la juventud respeta la experiencia de las canas, que no son sólo la muestra de una grandeza que empieza a decaer por el azote del tiempo, pero que llegado el momento debe resurgir sobre sus cenizas para triunfar o sucumbir definitivamente.

Que tuvo importancia este acontecimiento, bien lo reflejan los historiadores, por cuanto el problema presentado al mundo antiguo es pavoroso. Acostumbrado a unas normas, a una filosofía, a una cultura, que se pretende hacer cambiar, como si fuera factible en la conciencia de los ciuda-

(295) *Rafael Ereña*. Historia de la Literatura jurídica española. T. I. vol. I. pág. 288. Madrid 1906.

danos desarraigar aquellos principios en los que han visto la luz del entendimiento y los rayos de la razón, suponía una tarea dificultosa de vencer al pueblo invasor, que se encontraba la mayoría de las veces vencido ante tan gloriosa e imperecedera sociedad, que supo dar al traste con todos los embates que procedían de otros pueblos.

El Derecho de Roma no podía sucumbir, ni aunque fuese arrasada en su totalidad se hubiesen desarraigado las costumbres nacidas bajo sus auspicios, y la civilización impuesta por la fuerza de las armas no se podía imponer por la fuerza de la razón; les faltaba el germen por el que se hubiese desarrollado la belleza de un mundo de ideas, dado que la cultura visigoda era muy inferior a la romana (296). Grande fue el tacto político de los primeros jefes de aquella desorganización de tribus, organizada en un ejército invasor, al saber respetar una civilización que había dominado el mundo conocido, admirando sus instituciones en las que se reflejaban la belleza de una cultura tan sólida que no podía destruirse por el mero capricho de un conquistador que ardía en deseos de ello.

No es misión nuestra analizar la influencia que en el mundo antiguo iba a repercutir esta convulsión política, sólo nos permitimos estas ligeras manifestaciones que resaltan la importancia que este cambio había de tener en las instituciones políticas de la época y más aún en las jurídicas. El pueblo nuevo, que había invadido el viejo imperio, adueñándose de él, tenía un problema difícil de resolver ¿respetaría el Derecho de los vencidos? ¿Impondría ese Derecho por la fuerza de las armas como había impuesto su poder político? He aquí una disyuntiva que se planteó al vencedor, imponer su Derecho, equivalía a relegar a segundo término las costumbres y los usos que habían nacido de una identificación, consecuente de la convivencia en común entre Roma y sus provincias; el destierro de sus instituciones era

(296) *García Gallo*. Curso de Historia del Derecho español. T. I. página 74. Madrid 1948.

desmoronar todo un sistema jurídico construído en el decurso de los años, de aquí que podamos calificar de prudentes las medidas de los primeros monarcas, respetando el Derecho de los vencidos; sin embargo esta situación no podía ser perenne, haciéndose necesario que las costumbres y nuevos usos fuesen enaltecidos e impuestos al vencido, que había sido subyugado por su poder político y militar.

El nuevo ejército dominante se asentó y organizó bajo la soberanía de Teodoro, la tribu se convirtió en nación y el pueblo godo entró en vías de civilización (297), por lo que se imponían unas instituciones jurídicas propias que rigieran en lo que ya formaba su territorio, prescindiendo de influencias extrañas, pues si bien supo respetar la organización romana, debido principalmente a la política seguida por Teodorico, cuya máxima aspiración era estrechar en todo lo posible la unión de godos y romanos (298), dándoles unas normas que fuesen la expresión genuina de una civilización nacida de su dominio y de las costumbres de un pueblo dominado al que le fueron respetadas (299), lo que se consigue bajo el reinado de Eurico que fué el primero que entre los visigodos dictó leyes escritas (300), que aparecen en el Fuero Juzgo con la nota de antigua (301).

Sostiene Lacoste (302), que, en una primera época, lo mismo entre los hispano-romanos que entre los visigodos vencedores, cada cual podía disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, sin embargo no está muy claro

(297) *Francisco Pacheco*. De la monarquía visigoda y de su Código El libro de los Jueces o Fuero Juzgo. pág. 11. Premio de los Códigos españoles concordados y anotados. T. I. Madrid 1847.

(298) *Sempere*. Historia del Derecho español. T. I. pág. 44. Madrid 1841.

(299) *Pérez Pujol*. Historia de las Instituciones sociales de la España goda. T. II. pág. 195. Valencia 1896.

(300) *San Isidoro de Sevilla*. Historia de regibus gothorum. 19.

(301) *Requera Valdeclomar*. Guía para el estudio del Derecho patrio. página 6. Madrid 1807. *Fernández Prieto y Sotelo*. Historia del Derecho Real de España. pág. 63. Madrid 1821. *Rafael Ureña*. La Legislación Gótico-Hispana. pág. 294. Madrid 1905.

(302) La mejora. pág. 6. Madrid 1913.

este principio de libertad de testar que presidía el régimen sucesorio de los godos en España (303). Esta antinomia que plantea Lacoste, al sostener que rigió un sistema de libertad de testar, mientras que por otro lado afirma que era de sucesión forzosa, no nos conduce a una solución clara y terminante del que prevalecía entre ellos y como apuntamos anteriormente, al respetarse el Derecho de los vencidos, lo más concorde con la realidad de entonces es que los hispano-romanos siguieron gobernándose por sus leyes, hasta que se llevara a cabo esa unión tan deseada, por cuanto en un principio el sistema legislativo era de carácter personal, hasta que, sustituido por el territorial, las leyes dictadas por los monarcas godos van a ser obligatorias para todos los súbditos, debido a que esta situación anómala y transitoria tenía que presentarse al fin, haciéndose cada vez más necesaria esa unión que preconizaban los monarcas y con ello la sustitución de un sistema por otro (304), lográndose con el Liber Judiciorum que, como afirma el citado historiador, representa una nueva época en la historia del Derecho visigodo.

La ley Dum Inlicita de Chindasvinto, deroga el sistema de libertad de testar que hasta entonces rigiera según lo dispuesto en el Código de Eurico (305), que sólo tuvo aplicación para los godos, siendo por tanto de carácter personal, pues no fué idea del legislador aplicarlo a los hispano-romanos, para los que subsistió vigente su legislación tal y como se hallaba en la época de la invasión (306).

El Liber Judiciorum (307) trata de la desheredación en la ley 1.^a del título V, libro IV, al establecer que «...mandamos por esta ley que se deve guardar daqui adelante, que ni los padres, ni los avuelos, non puedan fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los fijos ni los nietos non sean deseredados de la buena de los padres e de los avuelos». De este

(303) Lacoste. ob. cit. pág. 8.

(304) Galo Sánchez. ob. cit. pág. 62.

(305) Lacoste. ob. cit. págs. 14 y 15.

(306) Francisco Pacheco. De la Monarquía visigoda... pág. 14. ob. cit.

(307) Los Códigos españoles concordados y anotados. T. I. Madrid 1847.

precepto se deduce que, a partir de dicha ley los ascendientes no pueden disponer libremente de sus bienes en perjuicio de sus herederos, limitándoles por medio de ésta, la posibilidad de privarles de todo o parte de la herencia y en el mismo texto de la ley se lee «...el padre non puede desérédar los fijos ni los nietos por lieve culpa, más puédelos ferir o castigar mientras que son en su poder. Más si el fijo o la fija o el nieto o la nieta fiziere grand tuerto o grand desonra al padre o a la madre o al avuelo o al avuela quel de conpalma o con punno o con coz o con piedra o con palo o con correa, o q tira por el pié o por la mano o por los cabellos desonrada mientras o si lo denostó en conceio, el padre o la madre y el avuelo o la avuela los pueden deseredar si quisieren». Sin tener esta institución la profundidad y desarrollo que lograra en el Derecho romano, es tratada rudimentariamente, siguiendo el sistema del Derecho germánico fundado principalmente en el respeto a la familia y al poder que el jefe ejerce sobre la misma, estableciendo un sistema de sucesión forzosa con las restricciones de poder mejorar en el tercio y disponer del quinto (308). La desheredación no se podía hacer arbitrariamente por el testador, tenía que estar de plena conformidad con las causas señaladas por la ley, sin que se exigiesen las formalidades que en Roma. ¿Es que el sistema sucesorio godo no alcanza el valor que el romano? Ciertamente que no y ya al tratar anteriormente este punto hicimos un parangón entre ambos, con la conclusión de ser muy inferior; todas sus instituciones adolecen en el fondo de la profundidad romana y cuya inferioridad es debida a la repulsión del pueblo germánico de sentir influencias extrañas, formando su derecho a través de unas costumbres rudimentarias.

El respeto a la potestad paterna, considerada como el vínculo más fuerte que ligaba a los miembros de la familia, es el fundamento de la desheredación, quedando al arbitrio del jefe de la misma, ponerlas o no en práctica,

(308) Ley XXI. tit. II. Lib. IV. *M. Alcubilla*. Edición romanceada del Fuero Juzgo. Códigos antiguos de España. Madrid 1885.

así como el perdonarlos haciendo borrar la causa por la que los deshereda, establecida por la misma ley citada «...estos que así erraron, pidieren merced a sus padres e los padres los recibieren en amor e los heredaren no deven perder la heredad por ende». La desheredación tenía que hacerse por el total de la herencia y los descendientes que incurrieren en ella, serán castigados con la pena de azotes. En la ley 7.^a título IV libro III, se prohíbe que herede la manceba que se entregue a un hombre, quedando a voluntad del padre estimar o no causa de desheredación, que como tal, debe considerarse.

Sostiene Lacoste (309), que, a pesar de que en nuestro país a finales del siglo V y principios del VI existió un régimen de libertad de testar, éste no era absoluto, debido a la influencia romana. Por ello, el objeto principal, en principio, de la Dum Inlicita, es atacar la desheredación romana, admitiéndola posteriormente con los mismos términos que en esta legislación se hallan (310). ¿Es por consiguiente la desheredación en el Derecho visigodo un trasplante del sistema romano? A nuestro juicio creemos que no, esta institución era ya sobradamente conocida por los pueblos germanos (311) y tal como se manifiesta en la legislación visigoda, no permite aseverar esta tesis, quizá algo errónea; prueba de ello es, la distinta manera con que en uno y otro Derecho, se inicia y desenvuelve; los romanos exigen unas formalidades, que los germanos desconocen; en los primeros la sucesión se caracteriza por un predominio de la testamentaria, mientras que en los segundos es difícil que las transmisiones de pleitos mortis causa se hagan por medio de testamento, debido precisamente a la aversión que siente de admitir de plano dentro de su sistema jurídico cualquier institución por perfecta que sea, cuando el

(309) ob. cit. pág. 34.

(310) Lacoste. ob. cit. pág. 49 y 50.

(311) En el derecho sajón-longobardo y suavo, que fueron autoperados del derecho godo, conocieron la desheredación tal y como se manifiesta en este Derecho.

origen de la misma procede de extraños (312); en Roma en cambio se nos presenta con un aparato jurídico de lo más perfecto; entre los germanos carece de una configuración jurídica, que al ser copia del concepto romano de esta institución, se mostraría con idénticos rasgos, máxime teniendo en cuenta el tiempo que tardó en elaborarse el *Liber Iudiciorum*. Extraña en algunos autores que este texto legal no recoja entre las causas de desheredación, el abandonar los sentimientos religiosos de los ascendientes, así como otras que parecen imprescindibles en un sistema sucesorio; la razón de ello estriba en las causas ya repetidas, y en la falta de un desenvolvimiento de esta institución con la amplitud que caracterizó a los romanos (313). El Derecho visigodo, afirma García Gallo, es sin duda de ningún género, el más importante de todos los pueblos germanos que invadieron la Península y a pesar de la romanización del pueblo conserva su carácter arcaico (314) y gran semejanza con los derechos nórdicos, siendo notable la sinonimia que existe en algunas instituciones (315).

III.—FIN DEL IMPERIO VISIGODO E INVASION MUSULMANA. LA RECONQUISTA.

A) EL DERECHO EN ESTA EPOCA.

La situación política de España en esta época, más que una comunidad íntima es una confusa mezcla de heterogéneos elementos, consecuencia de una lucha entre el es-

(312) Una edición inédita de las *leges Gothorum Regum* preparada por Diego y Antonio Covarrubias en la segunda mitad del siglo XVI. Discurso de recepción en la Academia de la Historia de *D. Rafael Ureña*, página 116 y ss. Madrid 1909.

(313) Sobre el Derecho visigodo y su desarrollo en España véase el magnífico estudio de *D. Rafael Ureña*. La Legislación Gótico-hispana. Madrid 1905.

(314) Ob. cit. pág. 83.

(315) *Julio Ficker*. Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho Godo-hispánico y el Noruego-islandico. pág. 12. (trad. Rovira) Barcelona 1928.

píritu cristiano, la civilización romana y los principios germánicos a pesar de que el Estado gótico-hispano consagra todo su esfuerzo en lograr esta unidad apetecida, que se hace imposible por la serie de banderas políticas que ponen en cada momento en peligro la vida del Estado. Desastrosa política, cuyos funestos resultados habían de ser la ruina del Imperio visigodo (316). El pueblo invasor adueñado de toda la Península, salvo un pequeño núcleo de resistencia, en Asturias, plantea una guerra constante con el invadido, que llevado por un deseo de libertad e independencia, olvida sus progresos y consagra todos sus esfuerzos a la magna empresa de la reconquista. Necesariamente esta coyuntura histórica ha de reflejarse en la vida jurídica de la nación; los mozárabes viven conforme al *Liber Judiciorum*, conservando las costumbres visigodas (317) mientras que un pequeño grupo, liberado del sometimiento al invasor inicia el movimiento de reconquista que supone la creación de una serie de derechos locales, en cada uno de los focos de resistencia, dando lugar al nacimiento de un derecho genuinamente nacional. El pueblo árabe, funda una serie de escuelas jurídicas de gran transcendencia para su mundo (318), especialmente en la época de mayor esplendor, donde Córdoba se convierte en el foco principal de su cultura (319). Si bien el Derecho visigodo legislado, no influye en el Derecho musulmán, no ocurre lo mismo con el derecho consuetudinario español el cual penetra a través de la convivencia de árabes y cristianos (320).

En esta situación de interna lucha, la legislación española se forma aisladamente, aunque sintiendo latir en su alma el sentimiento de la legislación visigoda, que unida

(316) *Rafael Ureña*. Nacimiento y muerte de los Estados Hispano-musulmanes. pág. 22. y ss. Oviedo 1880.

(317) *García Gayo*. ob. cit. T. I. pág. 119.

(318) *López Ortiz*. Derecho Musulmán, pág. 36 y ss. Edit. Labor. 1932. Vid. nuestro trabajo «Derecho Sucesorio Musulmán». Revista Facultad de Derecho de Madrid, año 1950-51. pág. 123 y ss.

(319) *Mingujón*. Ob. cit. T. I. pág. 69 y ss.

(320) *Riiza y García Gallo*. ob. cit. x 238. pág. 175.

a la recepción, si es que puede llamarse tal, del Derecho romano, cuya aclimatación en nuestra Península bullía en las costumbres del pueblo, construirá en su desenvolvimiento histórico, la institución objeto de nuestro estudio.

Rota la unidad legislativa, las concesiones que fueron otorgando los monarcas constituyen una etapa de cerca de siete siglos de trascendental importancia para la historia de la legislación española (321) con tendencia a conseguir dos fines primordiales; por un lado, el robustecimiento de la familia, por otro, el crecimiento de población, sin abandonar las necesidades que surgían, ya que la observancia consuetudinaria del Fuero Juzgo era insuficiente (322).

Durante esta época no hubo una villa, que no contara con su fuero propio o extendido a consecuencia de lo reducido que empezó el núcleo de resistencia y cuyo ámbito fué creciendo a medida que conquistaba nuevos territorios, a los que se imponía proveerles de legislación, ora creándola para ellos, ora aplicándoles los fueros existentes (323).

Uno de los objetos primordiales que hemos señalado, es el robustecimiento de la familia, cuyo fin se manifiesta en el derecho sucesorio, por medio de la sucesión forzosa en favor de los hijos que heredan todo el patrimonio por partes iguales, sin que el padre pueda disponer libremente de sus bienes, con lo que desaparece de muchísimos fueros la institución goda de la mejora (324).

Cuando no existían herederos forzosos, o sea descendientes, podía el padre disponer del quinto de los muebles en favor del alma (325) o bien de mayor porción cuando

(321) *Murachilar y Manrique*. Recitaciones de Derecho Civil de España. T. II, pág. 162 y ss. Madrid 1861.

(322) *Sánchez Román*. Estudios de Derecho Civil. T. I. cap. X. pág. 216 y ss. Madrid 1880.

(323) *Antequera*. Historia de la Legislación Española. vol. I. cap. VIII. pág. 124 y ss. Madrid 1884.

(324) *Lacoste*. ob. cit. pág. 96 y ss.

(325) *Maldonado*. Herencias en favor del alma en el Derecho Español. Esta cuota a favor del alma se hace obligatoria en algunos fueros. pág. 102 y ss. Madrid 1944.

concurría la autorización de los herederos naturales. Por consiguiente, la sucesión abintestato se defería a favor de los hijos y descendientes legítimos, tanto si el matrimonio de los padres era de *bendición*, como si era *a yuras*, a los que se consideraban herederos forzosos. Cuando no existían herederos forzosos eran llamados a la herencia en su defecto los hijos y descendientes habidos de concubina (326), después, los ascendientes con preferencia a los más próximos, y en línea colateral, los hermanos y demás parientes de grado cercano sin distinción de sexos. Una de las instituciones más originales y netamente española, creada por los Fueros, es la troncalidad o reserva de los bienes a la familia de donde proceden.

La desheredación, recogida por los Fueros municipales ha sentido la influencia del Derecho germánico (327), por considerar que la legislación visigoda es la expresión genuina del sentimiento nacional. Ya afirmamos anteriormente que nuestro Derecho en esta época de formación, acusa una doble corriente, por un lado el elemento germánico trasplantado a nuestra Península con la invasión de los visigodos, por otro el Derecho Romano germen de una convivencia en común bajo su dominación; ambas directrices van a adueñarse del fondo de nuestras instituciones, prevaleciendo la primera en esta etapa de legislación local cuya vida es bastante extensa, debido a que nuestra Península durante más de siete siglos se convierte en pequeños reinos que unidos con el fin político común de expulsar al sarraceno de nuestro suelo, olvidan la unidad jurídica, postulado esen-

(326) La barragania o concubinato permitido a todo hombre soltero, clérigo o seglar con tal de que la barragana no fuera parienta, casada o religiosa tenía como objeto desarrollar el crecimiento de la población produciendo un estado civil que daba lugar a una serie de derechos importantísimos a la barragana, reconociéndole los Fueros de Plasencia y Zamora derecho a la mitad de los gananciales y a los hijos habidos de esta unión se les consideraba como de la familia, heredando a falta de descendientes legítimos, sin que se les pudiese desheredar arbitrariamente.

(327) *Hinojosa*. El elemento germánico en el Derecho Español. página 13. Madrid 1915.

cial para la formación de un derecho eminentemente nacional, mientras que el derecho así formado, por estas manifestaciones parciales, siente hervir en su contenido la doble corriente señalada, y buena prueba de ello es que los españoles dominados por los árabes se rigen por las leyes godas, que son aplicadas al liberar el territorio dominado.

B) LA DESHEREDACION EN LOS FUEROS MUNICIPALES.

Afirmamos que los fueros municipales se han inspirado en el Derecho visigodo; unos, son fiel reflejo del mismo al que se une el sentimiento de las costumbres propias, otros son copia exacta de sus instituciones, pero ambos tienen de común el que se les deba considerar como expresión de un derecho genuinamente español.

Entre los fueros más antiguos que se ocupa de nuestra institución, se hallan los de Oviedo y Avilés, que, tienen entre sí una notable concordancia, (328) son iguales ya que ambos fueron dados por Alfonso VII que confirmó los que anteriormente otorgara Alfonso VI. En la rúbrica 63. (329) se ocupan de la desheredación, sólo cuando hubiese hijos, si no, el padre podía disponer libremente de sus bienes, (330) así se desprende de la disposición contenida en la rúbrica citada. De su contexto se vislumbra un sistema de libertad de testar en tanto y cuanto no existan herederos forzosos en razón a que los bienes que el padre tuviera a su fallecimiento, necesariamente habían de pasar a sus herederos. La desheredación en este fuero no tiene las mis-

(328) *Galo Sánchez*. ob. cit. pág. 97.

(329) «Todo home que poblador sea en la villa de re, de quanto haber podiere haber asi haber como herodat, de fer ende su placer de vender et de dar a quien lo el diere, que le sea estable, *si fillo non hobier et si fillo hobier*, del diale a mano aquello quel placier, quen non desherede de todo et si de todo lo desheredar, todo lo perdian aquellos a quica lo diere». *Fernández Guerra*. Fueros de Avilés y Oviedo. pág. 100. Madrid 1865.

(330) *Martínez Marina*. Ensayo Histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla. pág. 276.

más características que en la legislación visigoda; no expresa ninguna causa por la que los descendientes puedan ser privados de la herencia y de su disposición deducimos que el padre podía imponerla a su arbitrio, admitiendo además la desheredación parcial.

El fuero de Alcalá de Henares, que data del siglo XII, en su rúbrica 69 (331) dispone que «ninguna mulier manceba en cabelo que casare o se fore con otro a menos de grado de sos parientes, que sea desheredado». Fundada la desheredación en este fuero por el comportamiento que los hijos tuvieran para con sus padres, expresando textualmente que «filio o filia que malos fueren para el padre o para la madre... si el padre o madre non quieren que hereden de su haber, sean desheredados».

El fuero de Zamora (332) establece que serán desheredados los hijos cuando a «fo padre ofua madre ferir o fobre cruz iuramentar, fea deferedado». La barragania, que fué en un principio autorizada se restringe y los hijos habidos de esta unión perdían todo derecho a la herencia, siendo común en casi todos los fueros encontrar la prohibición a concurrir (333).

El fuero de Daroca, dado en 1142, prohíbe la libertad de testar, disponiendo que nadie puede dejar a un hijo más que a los otros.

El fuero de Cuenca (334) en distintas rúbricas que aparecen con el nombre de leyes, señala las causas por las que los padres pueden privarles de la herencia «...su fiijo es mal acordado... desherede en concejo» la ley CCXX dispone que será desheredado el hijo que a su padre o madre

(331) *Galo Sánchez*. Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares. pág. 289. Madrid 1919.

(332) *Castro y Onís*. Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. Rúbrica 5.ª, pág. 15. Madrid 1922.

(333) El fuero de Zamora en el parágrafo 38 dice que los hijos nacidos de esta unión no pueden heredar. *Castro y Onís*, ob. cit. pág. 33

(334) *Ureña*. Fuero de Cuenca. pág. 263.

hiriese (335) así como también si la mujer se casare en contra de la voluntad del padre.

El fuero de Zorita de los Canes, en varias rúbricas contiene las causas de desheredación «ca non derechurera cosa que ninguno desherede sus fijos dándolo a los frayles el mueble o la raíz. Ca fuero es que ninguno desherede sus fijos» (336).

El fuero de Usagre dado en el siglo XIII (337) contiene en las rúbricas 67 y 72 dos causas, la primera dispone que, «mujier que a solas sin sosparientes tomar marido, si fuer manceba sea desheredada» y la segunda «qui mulier casare sin velada sea desheredada».

El fuero de Ledesma sólo establece como causa de desheredación, a los hijos de barragana, a los que prohíbe concurrir a la herencia (338).

El Fuero de Alba de Tormes (339), dispone que «manceba con el mancebo fin amor de fus parientes, sea desheredada».

El Fuero de Salamanca, en la Rúbrica 214 (340) dice que «fio de la barragana non herede a su madre en la bona de su padre» y en la rúbrica 212 (341) castiga a la manceba que se entregase a un hombre con la pena de desheredación.

El Fuero de Teruel, (342) manda desheredar a la man

(335) *Ureña*. Fuero de Cuenca, pág. 299. «Mandamos desheredar a aquel que a su padre o madre firiere».

(336) *Ureña*. Fuero de Zorita de los Canes. Rúbrica 187. pág. 117. La rúbrica 191 «nil valeztra aquel que su fijo desafiare en conceio o desheredare». pág. 119. Las rúbricas 248 y 315 pág. 147 y 170.

(337) *Ureña* y *Bonilla*. Fuero de Usagre. págs. 25 y 27. Madrid 1907.

(338) *Castro* y *Onís*. Fuero de Ledesma. rúbrica 136. pág. 241.

(339) *Castro* y *Onís*. Fuero de Alba de Tormes. Rúbrica 18. pág. 300.

(340) *Sánchez Ruano*. Fuero de Salamanca., pág. 66. Salamanca 1870. En la obra de *Castro* y *Onís*. Fuero de Salamanca, pág. 153. Madrid 1916 esta rúbrica, aparece con el número de 208.

(341) *Castro* y *Onís*. pág. 154. ob. cit. «et si ella non fe quefier partir del, sea defendada e los parientes que más cerca ouier hereden fu buena».

(342) Francisco Aznar. Fuero de Teruel. rúbrica 347. pág. 196. Zaragoza 1905.

ceba en cabello que se casare sin consentimiento de sus parientes.

El Fuero de Brihuega, impone a título de pena tres causas de desheredación «todo fijo que firiere a su padre o a su madre a sabiendas... sea deseredado», «toda fija... manceba en cabellos si fuere o se casar sin uoluntad del padre o de la madre, sea desheredada» y «todo ome de Brihuega que ouvier mujier uelada el fijo ficiere en otra, aquel fijo non herede».

El Fuero de Bejar, dedica cuatro rúbricas que tratan de esta institución, en la 227 impone a los parientes más próximos que no saliesen fiadores por el testador «si no dier fiadores non herede», la rub. 283 prohíbe que los padres deshereden a sus hijos, pero si éstos hirieren a sus ascendientes podrán desheredarlos «...mandamos maguer que fea deferedado», en la 231 sanciona con la desheredación al hijo que se comportase mal con los padres «...deffiare fu fijo en conceio o lo deferedare» por último la Rúbrica 404 dice que «la mujer que fe cafare los parientes non queriendo fea deferedada». (343).

El Fuero de Molina de Aragón, dispone que, el hijo que no fuese de mujer legítima habrá de ser reconocido en consejo, sin cuyo reconocimiento no podrá heredar «et aquel que ouiere fijo que non fuese de mujier legítima, fágalo fijo en conceio et si non ficiere non herede» (344)

El Fuero de Soria, contiene dos partes, el Fuero breve que, fué dado para repoblar la ciudad por Alfonso I en el año 1109, y el fuero extenso, que nos interesa por tratar de la institución objeto de nuestro estudio data del año 1190 a 1214, correspondiendo al reinado de Alfonso VIII (345). El capítulo XXXVII incluye tres rúbricas sobre la

(343) *Martin Lázaro*. Fuero de Bejar. págs. 39, 48 y 61. Madrid 1926.

(344) *Sancho Izquierdo*. Fuero de Molina de Aragón. pág. 76. Madrid 1916.

(345) *Galo Sánchez*. Curso... pág. 99.

desheredación y sus causas; en la 364 dispone que, cuando el padre o la madre quisieren desheredar a alguno de sus hijos y descendientes de éstos, exprese el por qué, y que lo haga ante testigos, debiendo probar la razón de su derecho: «cuando el padre o la madre quisieren desheredar a alguno de sus hijos o dent ayuso, nombre fennalada mjentre por aquel deferada a fu manda o ante testigos, feyendo la razón prouada por verdadera del o fu heredero fi el fijo negare, fea deferedado». En la rúbrica 365, dice que, son causas de desheredación (346) los malos tratos de palabra u obra hacia los ascendientes, la acusación de un delito por el que se les impusiere de pena privarles de algún miembro del cuerpo, o ser desterrado, a no ser que la acusación se haga de un delito que vaya contra el Monarca o su reino, el sostener comercio carnal con la mujer o la barragana del ascendiente o bien porque preso el testador no quisiera salir el heredero fiador o le impidiere o alterare el testamento, así como también el cambio de religión o no sacarle del cautiverio en que gime cuando pudiere, son causas de desheredación que desaparecían cuando el ascendiente perdónase, volviendo entonces de nuevo a ser heredero. En la rúbrica 366, trata de otras causas de desheredación hacia los hijos que hicieren por fuerza cambiar a su padre la disposición testamentaria o que lo matase o indujese a otros a hacerlo, tomando parte por cualquier medio en su muerte, por el principio general común a todos los fueros de que

(346) «padre o madre non pueda deferedar sus hijos de bendicjon nj nietos nj nif-nietos nj dent ayuso, fuera fi alguno dellos le firiere por fanna o adelfondra o fil dixiere de-nuño uedado, o fil denegare por padre o por madre o dent arriba, o fil acufare por cosa porque deue perder el cuerpo o anembro o fuer echado de tierra fi non fuere él ocupación de cosa que non fea contra el Rey o contra fu femorio. Otroffi le pueda deferedar fil ficiere cosa por que deua morir o prendoe lifión o fi por prisión de fu cuerpo nol quisiere fiar o fil embargar o fil destornar de guisa que non pueda fazer manda. Otroffi fi ffe fiziera herege o se tornare moro o judio o fi yojuiere en catyon nol quisiere quitar en cuanto pudiere. Pero por fi por defauentura padre o madre deferedar por alguna destas cosas fijo o njeto o nifnjeto o dent ayuso, como dicho el despues lo perdonaré, lo heredare que fea heredero assi como era antes».

el matador no herede a la víctima y más tratándose de los ascendientes a los que se les debe cariño y respeto, disponiendo también que sea desheredado el hermano mayor o el pariente más cercano que teniendo conocimiento de la muerte violenta del testador no la denunciare (347).

Gran importancia tiene el Fuero de Soria para el tema objeto de nuestro estudio, por ser quizá el que con más atención trata de esta materia a la que dedica 3 rúbricas, más completas y sistemáticas que ninguno de los otros anteriores de su época, amén por la influencia que tienen y lo que en él se inspira el Fuero Real. Lacoste (348) y Galo Sánchez (349) sostienen que es un error general el que-ner entroncar el precedente del Fuero Real con el Fuero Juzgo, cuando en realidad muchas leyes del fuero de Soria han sido tomadas literalmente y otras con ligeras modificaciones, atendiendo a los fines legislativos que el Rey Sabio se propuso cumplir, siendo sólo a veces diferencias gramaticales y de estilo las que les separan y buena prueba de ello, afirma el ilustre historiador, no es sólo su contenido, sino también la semejanza en el orden de materias, encontrando la identidad en las mismas, cuando al tratar el Fuero Real de la desheredación, la coincidencia de las Rúbricas 364, 365 y 366 del capítulo 38 del Fuero de Soria con las leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a del Título IX del Libro III. Como afirma el citado Profesor, la influencia ejercida por el Fuero de Soria, en el Fuero Real, ha sido muy intensa y muy extensa, ya que juntamente con el Cuenca y el Fuero Real, representan tres momentos típicos de la evolución progresiva del derecho medieval castellano.

(347) *Otrofi fea deferedado quién por fuerça a padre o a avuelo ficer facer la manda en otra manera que la queria facer, o si fuere en matar le o en su muerte. Et aquello deuiere aver aquello que fuere deferedado por cualquier razón destas sobredichas que fea toda de los otros herederos. Otrofi fea deferedado el hermano mayor o el pariente más cercano que fuere de edad, en la tierra, non demandidere la muerte de su padre y de su pariente cuyo heredero él es».*

(348) La Mejora. pág. 109 y 126.

(349) Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares. Madrid 1929.

El Fuero dado por Alfonso II a Jaca en 1187, establece que los hombres de Jaca, tengan o no hijos, dispongan de sus bienes como les parezca sin que nadie pueda contradecirles; reconociéndose un sistema amplísimo de libertad de testar. Sin embargo, en la compilación de Huesca de 1247, los Fueros de Exheredatione filiorum derogan esta libertad de testar concedida por el Fuero de Jaca expresando las causas porque los padres pueden desheredar a sus hijos: 1.º Si hubieren maltratado a sus padres. 2.º Cuando los hacen jurar. 3.º Cuando los hacen que pierdan sus bienes. 4.º Cuando en público los tratasen de embusteros y 5.º Cuando les arrastrasen por los cabellos. Estas causas son completadas por el Fuero III de Exheredatione filiorum, desheredando al hijo que tuviere comercio carnal con la mujer legítima de su padre, a no ser que el padre o la madre lo instituyese heredero. El fuero único de Aragón admite el principio general de que, quien injustamente mate a una persona, pierda el derecho a heredarle por testamento o abintestato. En 1307 en las Cortes de Monzón los nobles pidieron a Jaime II el privilegio de libertad de testar entre los hijos, concediéndolo el Monarca para que mantuvieran los *casales* o casas aristocráticas solariegas.

El Fuero de Cáceres, concedido por Alfonso IX de León, (350) tan sólo establece que «mujer que a folas fin los parientes tomar marido, fi fuere manceba, fea desheredada».

El Fuero Viejo de Castilla en su título V, libro V, trata de los «Desheredamientos que se ficieren en Castiella», siendo la única causa de desheredación, la manceba que se casara en contra de la voluntad de sus parientes, perdiendo por ello su parte en la herencia, pero a veces ocurría que se negaba el consentimiento para contraer matrimonio con el fin de heredar los bienes que le correspondían a la hija; para evitarlo, el Fuero dispone que la hija probase que solicitó

(350) Fuero de las Leyes que el Rey D. Alfonso IX de León dió a la Villa de Cáceres. pág. 23. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. sig. 34 (46) (09).

el consejo, siéndole negado, y en cuyo caso no podía ser desheredada (351).

La Ley primera, Título IX, Libro III, del Fuero Real, coincide con la Rúbrica 364 del Fuero de Soria, estableciendo que, los padres que quieran desheredar a sus hijos señalen la razón de por qué lo hacen, no pudiendo privar de la herencia a sus descendientes si no es por justa causa (352). La Ley II coincide con la rúbrica 35 del Fuero de Soria, en la que se hallan contenidas las causas de desheredación de los descendientes (353), fundadas en el respeto y sumisión que éstos deben a los padres o ascendientes, considerando también como tal el hecho de que el descendiente cambiase de religión, desapareciendo éstas, cuando mediare perdón del ofendido.

La Ley III, coincide con la rúbrica 366 del mencionado Fuero, castigándose al heredero que por cualquier medio

(351) «...deve ella mostrarlo en tres viellas, o en más, como es en tiempo de casari e suos ermanos, e suos parientes non la quieren casar por amor de eredar lo suo, e de que le ouier quereitado e mostrado ansi como es derecho, e después casare, non deve ser deseredada por derecho». Ley II Tit. V. lib. V. Fuero Viejo de Castilla.

(252) Cuando el padre o la madre quisiere desheredar su fijo, nombre señaladamente la razón por que lo desereda. Ley I.^a tit. IX. Libro III. Fuero Real.

(353) «Padre o madre non puedan deseredar sus fijos de bendición, ni nietos ni visnietos ni de allí en ayuso ueras si alguno de ellos le ficiere por saño o a deshonra o si le dixere de nuestro deualdad o as le denegare por padre o por madre o de allá arriba o si le acusare por cosa que deba perder cuerpo o miembro o ser echado de la tierra si no fuere decosa la acusanta que ante el Rey o contra su Señorío, otrosi puedalo desheredar si yugiere con la mujer o con la barragana o si le firiere cosa con que pueda morir o prender lision o por si prisión de su cuerpo no lo quisiere fiar o si lo embarga o si lo destorba, de guisa que non puede facer manda, o si le ficiere Hereje o si se tornare Moro o Judío, o si yugiere en capivo e no le quisiere quitar en quanto pudiere; pero si por aventura padre o madre desheredare por alguno destas cosas su fijo o su nieto o visnieto o dende ayuso así como sobre dicho es e después le perdonare o heredare, que sea heredado así como era antes». Ley II. tit. IX. lib. III. Fuero Real.

impidiese hacer testamento o forzarse al testador o cambiarlo (354).

La Ley IV, Título IX, Libro III, del Fuero Real, recoge las causas de indignidad para suceder en los casos de ingratitud hacia los ascendientes o bien que fueran matados por los herederos, quienes perdían la herencia fundándose en el principio tradicional de que, el matador no herede a la víctima. A título de pena, la Ley II, Título X, Libro IV priva de la herencia a los hijos habidos entre hombres que se casan con mujeres de órdenes, por cuanto a los mismos se les considera que no son hijos de derecho, y, la Ley III, Título IX, Libro IV, castiga a la mujer libre que se casare con un siervo a sabiendas, con la pérdida de los bienes que en la herencia le corresponden. No es que concretamente se refieran estas leyes al tema objeto de nuestro estudio, pero implícitamente la sanción impuesta guarda la misma relación de causa a efecto.

El Fuero de Briviesca (355), tomado del Fuero Real, resume las causas de desheredación en cinco leyes que coinciden con el citado fuero (356), así como las Leyes II y III. La Infanta D.^a Blanca, Señora de la Villa, quiso dar a sus vasallos un fuero que recogiese la legislación positiva que con carácter general expresase el sentimiento jurídico nacional, para lo que tomó como modelo el Fuero Real, sin apartarse no sólo de su contenido, sino del orden de materias.

(354) «...Debe haber la pena que por fuerza embarga al padre o al abuelo que no haga la manda o que le tuelle que no pueda haber los testigos o Escribano con quien haga la manda. Otrosi haya la pena quien por fuerza ficiere a padre o a abuelo facer manda o en otra manera que la él queria facer».

(355) Dado a esta Ciudad en 1313 por la Infanta D.^a Blanca, nieta de Alfonso X e hija de Alfonso III de Portugal y D.^a Beatriz.

(356) *Sanz García*. El Fuero inédito de Briviesca y el Fuero Real. El Autor establece la identidad que las leyes de este Fuero tienen con el Fuero Real en el Libro III Título IX que trata de los desheredamientos. Pág. 229. Burgos 1927.

C) DISGREGACION DE FUEROS.

La situación anómala porque atraviesa la Península durante estos siglos de reconquista, motiva una disgregación de Fueros en los que es difícil aunar el sentimiento jurídico nacional. «El fuero no quiere decir otra cosa que la costumbre, disposición o precepto legal con fuerza obligatoria» (357). Los Fueros municipales, afirma Minguijón (358), representan un particularismo local y van poco a poco sustituyendo la unidad jurídica que se logrará en el Fuero Juzgo, España se inundará de ellos, consecuencia de la superabundancia que necesariamente han de repercutir en la unidad de su derecho; no es de dudar que, la formación del mismo en esta época, se encuentra en crisis por lo dificultoso que supone a un monarca coordinar esta disgregación que atenta a todo movimiento encaminado a tal fin, que son desconocidos por el legislador a causa de su carácter local. El Fuero, unas veces dador y otras dado, presenta una disparidad de criterios que se contraponen máxime cuantas veces se ha pretendido lograr ese fin ha originado luchas intestinas; los ciudadanos, beneficiados con los mismos, ven en ellos la expresión de sus costumbres y hasta la pequeña Villa se cree con derecho a levantarse en armas contra el Fuero otorgado que presupone una carga o un destierro de sus usos, ¿es posible pensar en un derecho de contenido general y uniforme? A todas luces es patente la imposibilidad de esta tarea, la etapa que atraviesan nuestras instituciones jurídicas en el medievo no puede ser más desastrosa. Todo ello hace difícil sostener una posición firme en buena doctrina, amén de la serie de fueros de carácter particular otorgados por la nobleza y el clero, que viene a complicar más esta inseguridad jurídica (359).

(357) *Marachilar y Manrique*. Recitaciones... T. II. pág. 175.

(358) *Historia del Derecho Español*. T. I. pág. 71.

(359) *Marachilar y Manrique*. Ob. cit. t. II. pág. 178, niegan que los Fueros dados por los señores tuviesen vigor, si no eran aprobados por los Monarcas.

El Derecho sucesorio se mantiene en casi todos los Fueros Municipales bajo el sistema de sucesión forzosa de los hijos por partes iguales, sin establecer ninguna distinción de sexo, ni edad, siendo el único atisbo de primogenitura el derecho que tiene el hijo mayor, siguiendo las tradiciones feudales, a las armas y al caballo del padre (360). El Fuero Viejo, robustece el derecho sucesorio familiar, prohibiendo que el enfermo en peligro de muerte, disponga de más allá del quinto de sus bienes (361), por más que no tenga hijos y se le prohíbe otorgar testamento, como normalmente podría hacerlo, pasando sus bienes a los ascendientes y colaterales, y admitiendo como todos los Fueros, la troncalidad; siguiendo el principio de *paterna, paternis, materna, maternis*, evitando de esta manera que, los bienes puedan salir de una a otra familia, mientras haya parientes de la línea de donde proceden. Con el fin de conservar los bienes dentro de la familia, se excluye de la herencia legítima de los más próximos parientes a los monjes y religiosos y sólo les es dable acudir a ella no en propiedad, sino en usufructo, y a su fallecimiento tenían que pasar a los parientes de donde los bienes proceden, pudiendo disponer del quinto en favor del alma (362).

Este ligero bosquejo del Derecho sucesorio en los Fueros Municipales permite analizar esta institución que nace como límite de libertad de testar, que recoge aisladamente alguno que otro, como el de Jaca, mientras que, la mayoría sostiene en el principio de la sucesión forzosa en favor de los descendientes por partes iguales.

(360) Fuero Viejo de Castilla. lib. V. Ley IV «esto es Fuero de Castilla quando fina algund fijo, algo, e a fijos o fijas e dejen lorigas e otras armas, e canallo e otras bestias, non pueden dejar a ningund de los fijos mejoría ninguna de lo que ouier, más el uno que al otro, salvo al fijo mayor, quel puede dar el cauallo e las armas de suo cuerpo para servir al Señor, como le seruie el padre a otro Señor qualquieras. Como podemos apreciar el Fuero Viejo destierra la mejora visigoda.

(361) Fuero Viejo de Castilla. Lib. V. tit. II. Ley VI.

(362) *Maldonado*. Herencias en favor del alma en el Derecho Español. pág. 99 y ss. Madrid 1944.

La desheredación aparece en casi todos los Fueros, aunque tratada de distinta manera, como anteriormente señalamos, algunos fueros recogen y desarrollan esta institución con más amplitud que otros, aumentando el número de causas por las que se puede desheredar a los descendientes. Las causas de desheredación fundadas en el respeto que a los ascendientes se les ha de tener, notándose una influencia del Derecho germánico en cuanto a la propiedad familiar como base y fundamento del Derecho sucesorio. No podemos pedir, ni pretender encontrar en esta época una unidad jurídica, al tratar de esta institución. Pero sí observamos que el fundamento de la desheredación concuerda con el sentir y expresión de las costumbres españolas, que no son sino la repetición de aquellas nacidas en la antinomia de las romanas arraigadas en nuestra tierra que sucumben bajo las góticas, al prevalecer sobre las primeras. El matrimonio, vínculo generativo de una familia, al contraerlo sin la aquiescencia de aquellos a que se está sometido, supone un acto de desobediencia y se considera como causa suficiente para desheredar a la hija que lo contrajese sin el consejo. Nos hemos permitido considerar como causa de desheredación, al hijo de la barragana que, sin expresamente afirmar la ley que sea desheredado, le prohíbe concurrir a la herencia, a nuestro juicio, no puede calificarse como de indignidad, la barragana se admitió en un principio por las causas anteriormente expuestas, haciendo extensivo a los hijos habidos de esta unión los derechos de los legítimos a falta de éstos, y la misma concubina, adquiere en los Fueros de Plasencia derecho a la mitad de la sociedad de ganancias.

La desheredación queda entroncada en la legislación española de esta época como se desprende del sistema germánico que predomina en los fueros. Hemos limitado en nuestro estudio el número de fueros; la abundancia de los mismos lo haría interminable, la mención de los más importantes y usualmente manejados por los historiadores, nos llevan a formar una idea de cómo esta institución jurídica se conoce en la época en que el Derecho español, se puede afirmar, comienza a ser propiamente nacional.

IV.—LAS PARTIDAS

- A) Estudio de la desheredación en las mismas.
- B) Su concordancia con el Derecho romano.
- C) Causas de desheredación nacidas en el Derecho patrio.

A) ESTUDIO DE LA DESHEREDACION
EN LAS MISMAS

Cos las Partidas, obra magna de Alfonso X, se inicia en España una nueva fase en la historia de su Derecho. Se ha querido ver en ellas una recepción del Derecho Romano, pero como afirma un eminente civilista, no existe tal cosa, hay sólo una españolización de disposiciones y doctrinas y un reconocimiento en parte excesivo de la superioridad de la técnica romanista. España crea su versión independiente del «ius comune», en la mente del Rey Sabio se unía de modo bien español su preocupación nacional con sus aspiraciones universales, el sentido católico y las alusiones imperiales están en estrecha conjunción con un hondo carácter hispánico (363), no cabe duda y nosotros compartimos la opinión de tan ilustre civilista maestro nuestro, que el Rey Sabio, llevado de su acrecentada fe y patriotismo haya pretendido recoger la doctrina romana y españolizarla, pero a pesar de tal pretensión, ésta no se llevó a cabo tal y como la extensión de su obra requiere. España, había sufrido durante siglos unas continuas convulsiones políticas que necesariamente habían de influir en la formación de su derecho, haciendo mezza en sus costumbres inspiradas en el sentimiento visigodo y en la época que aparecen las Partidas, el espíritu del pueblo se hallaba más identificado con el Derecho germánico, y al no encontrarse preparado para recibir un cambio tan brusco en sus costumbres y en sus leyes, origina un es-

(363) *Federico de Castro*. Derecho Civil de España. Parte General. T. I. pág. 108 y 109. Valladolid 1942. 2.ª edición, tomo I. libro preliminar. página 143. Madrid 1949.

tado de lucha y confusión entre los elementos gótico y romano que unido a la disgregación de fueros hace imposible una coordinación de nuestras leyes.

El llevar a cabo una unidad legislativa, era de todo punto imposible recopilando las leyes vigentes, por ello el Rey Sabio tuvo la idea de hacerla a base de los textos romanos, transcribiéndolos y traduciéndolos al idioma español, de suerte que, cuando las palabras contengan algún defecto se han de reducir las interpretaciones al Derecho pontificio y cesáreo (364).

Las Partidas, instrumento poderoso de unificación, «sui generis», representa unidad en el Derecho; para que tal se llevara a cabo, hubiera sido necesario que el Rey Sabio, recogiese las legislaciones de carácter local vigentes en la infinidad de territorios en que España está dividida por lo que al Derecho concierne, si bien no entran en vigor hasta que Alfonso XI las impone por el Ordenamiento de Alcalá y al lado de ellas, han subsistido los fueros y costumbres especiales que rigieron en España, durante la época de la Reconquista. Las Partidas, influyen notablemente en los juristas posteriores que ven en ella el primer Código que sienta doctrina y desenvuelve sistemáticamente los problemas jurídicos.

La desheredación se halla contenida en el título VII, de la Partida VI, en donde expone la doctrina de esta institución que pasa a desenvolverla en dicho título cuyo epígrafe lleva el encabezamiento «De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue hérédar sus bienes. E. otrosi, por que razones puede perder la herencia quel que fuesse establecido por heredero en él, maguér

(364) Ego tandem ejus opinionis sum, ut regias constitutiones, cuad septem partitum opus complectitur, quoties earum verba patiantur existimen ad jus pontificium, cesarumque reducendas fore, ut nihil utri usque juris Sanctionibus adversum in eis statui existimemus: quando que earum legum conditoris potissimus fuerit scopus, in quem tantum direxit in utriusque opus ad Hispaniae reipublicae utilitatem juris statuis constitutiones praedictas. Hispano sermone deducere. *Covarrubias*, Resolut. lib. I. cap. XIV. & 5.

non lo desheredasse». Seguidamente se ocupa de dar un fundamento (365) a esta institución, donde los hombres cometen errores con aquellas personas a las que han de heredar, concediendo un derecho justo y legítimo privar de sus bienes para después de su muerte a quienes en vida del «de cuius» observaron con él una conducta que no les hacía acreedores, ni dignos de sustituirle en la continuidad de su patrimonio. Magnífico preámbulo en el que marca la pauta a seguir ante los casos que puedan presentarse, así como la manera de solucionar, los conflictos de aquellos que aún llamados a su ceder por la ley, como herederos forzosos, no coarten la libertad del testador; no para que éste disponga a su arbitrio de lo que por la ley les corresponde, sino porque en estos casos, la ley ha de abstenerse de penetrar en el ámbito familiar, sin que por ello su inflexibilidad y rigidez sufra menoscabo.

La desheredación en las Partidas, se manifiesta en primer lugar doctrinalmente, pasando después a tratar del carácter positivo, que como conclusión a las premisas llega a una conjunción entre su naturaleza y fundamento. La Ley 1.ª, empieza definiendo nuestra institución, fijando un concepto hasta ahora desconocido en Derecho español, atemperándolo con la doctrina; «desheredar es cosa que tuelle a ome el derecho que auia de heredar los bienes de su padre o de su auuelo o dotro cualquier quel tenga por parentesco. E esto seria, como si el testador dixesse: Desheredo mio fijo, o mando que sea extraño de todos mis bienes porque tal yerro

(365) Granemente yerran los omes a las vegadas, contra aquellos en cuyos bienes deuen ser herederos; porque los han a su finamiento, a desheredar dellos. Onde pues que en los títulos ante desta mostramos de los establecimientos de los herederos, como pueden fer fechos e de todas las cosas que les pertenecen: queremos aquí decir de los Desheredamientos de los omes facer a las vegadas a su fin, compensar que reciban de aquéllos, de quien deuen recibir servicio e plazer. E mostraremos primero que cosa es desheredamiento. E quién lo puede fazer. E a quién. E como deue ser fecho. E por que razones. E que fuerza ha. E otrosí diremos, por enales yeros puede perder la herencia aquel que fué establecido por heredero en el testamento maguer non fuesse desheredado. Edcc. Códigos Españoles. glosa de Gregorio López. Madrid. 1848.

me hizo. E n eso mismo sería si tales palabras dicesse contra su nieto o contra otro cualquier, que le deuiesse heredar de derecho» (366). El concepto que nos lega las Partidas de esta institución, se desprende de su contenido, expresión genuina del mismo, que tuvieron los romanos dentro de la sucesión necesaria, criterio racional ya que cualquier persona ajena al ser instituída por el testador aún encontrándose dentro de estas causas que la ley señala y equiparándose en la misma situación que el heredero, pasa a ser considerado como extraño («mando que sea extraño de todos mis bienes»).

Lógico y consecuente es que, siguiendo el sistema y método romano, a cada paso que tratemos de esta institución, así como al analizar sus caracteres, formalidades y requisitos que se exigen para que tenga validez, nos encontremos con una identidad y analogía de conceptos; no en vano las Partidas son expresión genuina del Derecho romano.

«Todo ome que pueda fazer testamento, a poder de desheredar a otro de sus bienes» (367), por consiguiente la desheredación para que surta efectos conforme dispone este Cuerpo legal ha de hacerse por medio del citado instrumento, acto solemne de última voluntad por el que dispone de sus bienes el otorgante para después de su fallecimiento. A diferencia de la legislación conocida, cuyo límite se circunscribe a determinar la causa por la que se ha de privar al heredero de la herencia, Las Partidas, disponen cómo y de qué forma ha de hacerse; parece que este acto mortis causa, no era usual en las costumbres españolas de la Edad Media; ello no quiere significar que no fuere conocido, a pesar de la influencia del Derecho germánico, cuya forma más corriente de sucesión era la necesaria. La misma ley citada, prescribe que «si el testamento en fuesse alguno desheredado, se rompiese por alguna derecha razón o le reuocasse aquel que lo hizo o se desatase por razón que los herederos que eran estritos en el, no quissiesen entrar la heredad del testador:

(366) Ley 1.^a tit. VII. Part. VI.

(367) Ley 2.^a tit. VII. Part. VI.

entonces, el que fuese desheredado en tal testamento, non le empesería. Ca, pues el testamento no valiesse, non valdría el desheredamiento que fue fecho en el». Hemos de hacer resaltar, la importancia que en la doctrina tiene el mencionado precepto legal, si se rompiese o revocase el testamento o si el heredero repudiase la herencia, «en estos casos, los motivos de la desheredación no tienen razón de existencia, no es lo mismo, cuando el testamento desapareciese o se perdiese, entonces el desheredado al conocer la sanción impuesta contra él, procuraría por todos los medios hacerlo desaparecer, por cuanto la nulidad del testamento lleva implícita la de esta institución (368). El menor de diez años y medio quedaba excluido de la desheredación, puesto que, aún realizando un acto por el que se le pudiera imponer esta sanción, la ley declaraba que no tenía el suficiente discernimiento para alcanzar el valor del hecho realizado. La desheredación, se daba en línea directa o recta, tanto entre ascendientes, como entre descendientes considerados como herederos forzosos, y a falta de éstos concurrían a la herencia los colaterales, que podían ser desheredados con o sin expresión de causa, bastando sólo la voluntad del «de cuius» para considerarlo como extraño, quedando excluido de cualquier derecho que pudiera tener sobre el patrimonio del mismo.

Las causas de desheredación, expuestas en la Ley IV, son análogas a las que ya conocemos en Derecho romano,

(368) Otrosi decimos que todos aquellos que descienden por la línea derecha, pueden ser desheredados de aquel mismo del que descienden si ficieren porque e fueren de edad de diez años e más o a lo menos. E aun todos los otros que suben por línea derecha, pueden ser desheredados de los que descienden della, en los bienes que pertenaxen a los fijos e a los nietos tan solamente por esa misma razón. E todos los otros parientes que son en la línea de transexa maguer que los unos pueden desheredar a los otros seyendo los más propincuos, si non ouieren fijos e moriendo sin testamento, con todo esto, cualquier que faga testamento, puede desheredar en él a los otros si quisiere, también a sin razón como con razón: e puede a otro extraño establecer por su heredero o heredará todos sus bienes. maguer non quisieran estos parientes tales, e aunque el testador non fiziesse mención dellos en su testamento».

con la excepción de la hija que no saliera fiadora de su padre, por no estar las mujeres obligadas a ello (369).

La desheredación debe hacerse en testamento, designando por el nombre o sobrenombre al heredero contra el que se lanza esta sanción, a fin de distinguirles de los otros coherederos, haciéndolo por el total de la herencia, sin que se admita la desheredación condicional, considerándose inválida (370) la hecha de tal manera. «E cualquier a quien

(369) Ciertas razones son porque los padres pueden desheredar sus hijos; assi como quando el fijo a sabiendas e sanadamente, mete manos yradas en su padre para ferirle o para prenderle; o si le deshonrase de palabra gravemente maguer non lo firiere; o si le acusasse sobre tal cosa, de que el padre deve morir; o ser desterrado si gelo prouassan o enfamandolo en tal manera, porque valiesse menos. Pero si el yerro de que le acusa fuese atal, que tanguesse a la persona del Rey, o al procomañ de la tierra estonce, si lo pronasse el fijo, non lo puede el padre desheredar porende. Otrosi decimos, que el padre puede desheredar al fijo si fuese fechicero o encantador o ficiesse vida con los que fuessen o si se trabajasse de muerte de su padre con armas o con yeruas o de otra manera cualquier o si el fijo yoguyesse con su madrastra o con otra muger que touiesse su padre paladinamente por su amiga o si enfamasse el fijo a su padre o si le buscasse tal mal por quel padre ouiesse a perder gran partida de lo suyo; o a menoscabar. Ca por qualquier destas razones que sean puestas en el testamento del padre o del abuelo, si fuesse prouado, deve el fijo o el nielo, perder la herencia que pudiera auer de los bienes dellos, sinon ouiesse fecho porque. Otrosi dezimos que seyendo el padre preso por debda que deuiessse e de otra manera si el fijo non le quisiere dar en quanto hubiere, para sacarlo de la prisión que le puede desheredar el padre. Esto se entiende de los fijos varones e non de las mugeres. Ca a las mugeres defiendoles el derecho, que non puedan fiar a otro. E aun puede el padre desheredar el fijo, si le embargase que non faga testamento. Ca, si el padre fiziere después otro testamento, puelo desheredar en el por esta razón».

(370) Ley 3.^a tit. VII. prt. VI. «Como deve ser fecho el desheredamiento». Ciertamente nombrándolo por su nome o por sobre nome o por otra seña cierta, deve el padre desheredar a cualquier de los que descien den del por la liña derecha, quando lo quiere fazer quier sea varon o quier sea muger o sea en su poder o non de manera que ciertamente pueda saber, qual es aquel que deshereda. Pero manera ya, en que desheredaria el testador alguno de los que descendiesen del, non nombrandol por su nome. E esto seria, como si el testador ouiesse un fijo tan solamente e dixesse: Desheredo mio fijo. Ca assaz se entiende, que desheredado es, pnes que non ha más de aquel fijo. Mas si ouiere más fijos, non seria desheredado

deseredasse deue ser desheredado sin ningguna condición e de toda la herencia, lo deue desheredar, e non de una cosa tan solamente e si assi non lo fiziessen, non valdria», criterio que en esta materia sigue la ley. El fundamento del mismo está en la imposibilidad de establecer una escala gradual, en la que pueda casuísticamente determinar el alcance de la falta cometida por el heredero, conforme a unas reglas de antemano prefijadas por la ley. Es criterio general de toda legislación de la época antigua, no admitir la desheredación parcial, haciéndose por el total de la herencia.

En la Ley V se establecen otras causas de desheredación, fundándose en el respeto y obediencia que hacia los ascendientes debe tenerse, con dos salvedades; cuando el padre se dedicase a los juegos o luchas, si el hijo sigue su misma trayectoria no podría heredarlo, así como tampoco a la hija que contrajese matrimonio contra la voluntad de su padre, si éste hubiese sido culpable de retrasar su boda. El hecho de dedicarse el hijo a esta actividad, considerada en aquella época como ignominiosa, era suficiente, para privarle de la herencia, salvo que su padre se hubiere dedicado también a la misma. Nos parece que existe una discordancia entre el criterio sustentado por la doctrina romana, en lo que concierne a esta causa; si el hijo obra contra la voluntad de su padre sea desheredado puesto que, el fundamento principal de la desheredación radica en la desobediencia que a los padres tiene el presente heredero. En cuanto a la hija que se casase contra la voluntad del padre, si éste hubiese retrasado su boda, la ley le impone un límite a esta desheredación, criterio arraigado en nuestra legislación de fueros.

nonguno dello por tales palabras. Otrossi dezimos que quando el testador ha un fijo tan solamente a quien quiere desheredar e dizele mal que lo puede fazer diciendo assi: el mato. o el jadrón o el matador, que non merecen ser llamado mio fijo, desheredelo por tal yerro que me fizo; ca tal desheredación como esta tanto vale, como si lo nombrase señaladamente, quando le desheredasne. Sin embargo, *Aguire y Montalbán*, se muestran contrariamente a esta tendencia. Vid. Febrero. 2.^a edic. tomo II, pág 20. Madrid. 1884. Igualmente, *Gorostebes*. Examen de los principios del Derecho civil. tomo III, pág. 88. Tolosa. 1834.

Lo mismo cuando los hijos abandonan a sus padres que se hallan privados de razón, si no les mueve el respeto y cariño que se debe tener, haciéndose acreedores de ésta pena, dispone la ley, que el testamento se considerará nulo cuando aparezcan nombrados como herederos los hijos o hijo que tal comportamiento haya seguido con su ascendiente (371).

La Ley 6.^a (372), castiga a los hijos que conociendo la cautividad de sus ascendientes, no los liberara del cautiverio en que gimen pudiendo hacerlo, anulándose también el testamento en que se les designase herederos, si muriesen

(371) Juglar se faziendo alguno contra voluntad de su padre, es otra razón por quel padre puede desheredar a su fijo; pero si el padre fuesse juglar, non podría esto fazer. Eso mismo sería, si el fijo contra la voluntad de su padre lidiasse por dineros en campo contra otro omé o se aventurasse por precio a lidiar con alguna bestia brava. E otrosí, quando el padre quissesse casar su fija, e la dotasse segund la riqueza quel ouiesse, e segund que pertenesçosse a ella, e a aquel con quien la quería casar; si ella contra su voluntad del padre dixesse que non quería casar e después desto ficiera vida de mala muger en putería poderla el padre desheredar por tal razón. Pero si el padre alongasse el casamiento de su fija, de manera que ella pasasse de edad de veinte e cinco años, si después desto ficiese ella yerro o enemiga de su cuerpo o se casasse contra voluntad de su padre, non podría él desheredarla por tal razón; porque semeja, que el fué en culpa del yerro que ella fizo, porque tardó tanto que la non casó. E otrosí decimos, que seyendo algún omé furioso, o loco, de manera que anduiesse desmemoriado, e sin recabdo; si los fijos, o los otros que devoyenden del por liña derecha, non le guardassen o nun pensaren del en las cosas que fuera menester si otro extraño se moviesse por piedad, e que ouiesse dnelo del, dojiéndose de su locura e de su mala andança e lo llevase a su casa, e pensasse del; si este atal después desto rogasse e afrontasse a aquellos que descendiessen del furioso sobredicho, que pensassen de su pariente, si ellos non le quissessen fazer, e el furioso muriesse sin testamento, este sobredicho que lo lleve, a su casa e pensó del, deve aver todos sus bienes del furioso; e los parientes que lo desampararon non deuen aver ninguna cosa. E si por aventura, este atal tornasse en su memoria antes que muriesse podría desheredar por esta razón, a aquellos que lo devian heredar por derecho, si non errasen contra él.

(372) Captiuando algún omé o muger, que ouise fijo, si los fijos fuesen negligentes non auiedo cuydado de redimir su padre o su madre o le dexasen captiuo, pudiéndolo redimir, si después desto saliesse a tal de poder de los enemigos, puede por esta razón desheredar sus fijos.

en el cautiverio, pero quedando exentos de ella, los hijos que fuesen menores de 18 años.

La Ley 7.^a (373), manda desheredar al descendiente que cambiase de religión, pudiendo desaparecer esta causa si se convirtiese a la de sus padres pero sin reclamar los frutos o rentas que de su parte hubieren recibido los demás coherederos, siempre y cuando ésta renuncia la herejía la hiciese con anterioridad al fallecimiento del ascendiente. Cuando el que cambiase de religión era clérigo, los bienes del patrimonio que por herencia le correspondiesen, en vez de acrecer a los coherederos pasaban a la Iglesia dentro del año de conversión, transcurrido el cual sin que hubieran usado de su derecho, revertían estos bienes al patrimonio del Monarca.

La Ley 8.^a (374)) trata de la eficacia de la desheredación que el padre hiciese en testamento, bastando que concurran en el descendiente cualquiera de las causas expresadas, pero si no existiesen ninguna de ellas, no tendría validez, por no poder arbitrariamente desheredar a los descendientes.

La Ley 9.^a dice: «como, quando el fijo es desheredado en el comiençamiento del testamento, o en la fin, se entiende que es desheredado en todos los grados de la herencia». Viene esta ley a corroborar el principio fundamental de esta institución que tiene que hacerse por el total de la herencia

(373) Herege judío o moro, tornándose el fijo o el nieto, si el padre fuesse christiano, bien lo puede desheredar por esta razón.

(374) Si el padre deshereda a su fijo por alguna razón qualquier, de las que diximos en las leyes ante desta, si fuesse prouada dezimos que deue perder por-ende el fijo la heredad del padre. Otrsi dezimos, que comoquier que el padre pudiesse muchas razones destas sobredichas contra su fijo, quando lo desheredare: si non pudiere todo prouergelo él, o el heredero que fuesse escrito en el testamento, a bonda que sea prouada la una cosa tan solamente. Mas si por alguna otra razón qualquier que non fuesse de la sobredichas en estas leyes desheredasse el padre a su fijo, non le valdía tal desheredamiento.

y en el lugar que esté el desheredado, conforme lo dispuesto no será en todos los grados (375).

Y por último en la Ley X al tratar de la desheredación de los descendientes, establece que cuando el padre deshereda a un hijo ha de hacerlo en testamento expresando la causa por qué lo hace, considerándose nulo el que contenga esta institución si no cumple con las formalidades que la ley determina.

En las demás leyes de este título, se ocupa de las causas de desheredación de los ascendientes y de los hermanos, de los primeros trata la ley II (376), aplicándole las mismas reglas que para la desheredación de los descendientes, para que tenga validez, dispone la citada ley que dicha desheredación ha de hacerse en testamento expresando cualquiera de las ocho causas que determina la ley, declarándose nulo

(375) «...onde si el padre deshereda su fijo, es ante del primer grado o después de todos los grados de los herederos instituidos o sustitutos en su testamento, entiéndese que es desheredado de todos estos grados dichos».

(376) Ocho razones son ciertas, porque los hijos pueden por cualquier dellas, desheredar sus padres, e sus madres, o los parientes de quien descienden, de aquellos bienes que fueron suyos propiamente. E pues que en las leyes ante desta mostramos las razones por que los padres pueden desheredar los hijos, por ende conviene que mostremos quales son estas ocho razones. E dezimos, que la primera razón es, si el padre se trabaja de la muerte de su fijo, acusándole que auia fecho tal yerro, porque deue morir, o perder algún miembro; fueras ende, si la acusación fuesse fecha sobre cosa que tocasse a la persona del Rey. E la segunda razón es, si el padre se trabaja de muerte de su fijo queriéndolo matar con yeruas o con fierro o con algún maleficio o de otra manera cualquier que fuesse. La tercera es, quando el padre yoyuyera con la muger o con la amiga de su fijo. E la quarta razón es, quando el fijo quiere fazer testamento, de los bienes de que ha poder que lo non puede fazer. La quinta es, si el marido se trabaja de muerte de su muger o la muger de muerte de su marido, dándola yeruas, o de otra manera cualquier. Ca por tal razón puede el fijo destes desheredar cualquier de los que desto se trabajasse. E la sexta razón es quando el padre non quiere proueer al fijo desmemoriado o loco de las cosas que les son menester. La setena es cuando el fijo cayese en cativo; e el padre non le quisiere redimir. Ca desheredarle puede por tal razón el fijo. La octaua razón es, cuando el padre es Hereje o el fijo Cathólico, ca puédalo desheredar el fijo por esta razón.

aquel que no contuviese estas formalidades. De la desheredación de los hermanos, se ocupa la ley 12, estableciendo en su epígrafe que puede desheredarse a los hermanos con razón o sin ella. Es de tener en cuenta que al no ser herederos forzosos, la preterición o desheredación de los mismos tiene siempre validez, salvo cuando al que hubiese dejado la herencia el hermano premuerto fuera infame o criado, podrá entonces el desheredado quebrantar este testamento, probando ante el Juez los defectos que concurrían en el heredero (377). La Ley 12, señala tres causas por las que el hermano no puede quebrantar el testamento (378) en que hubiese sido desheredado o si éste muriese abintestato, no podrá acudir a la herencia del mismo si en él concurren cualquiera de estas circunstancias.

Los descendientes y ascendientes, a los que Las Partidas consideran como herederos forzosos podían impugnar el testamento en que se les hubiese desheredado injustamente entablando, como los romanos, la querrela de inofficiosi testamenti. (379).

En la Ley 1.^a del título 8.^o, se concede acción a los desheredados para impugnar el testamento como inoficioso,

(377) Juan de la Ripia. Práctica de los testamentos y modos de secoder pág. 83. Madrid. 1729. Juan Sala. Ilustración del Derecho Real de España. T. I. pág. 173. Madrid 1839.

(378) La primera es, si el testador ouiesse desheredado a aquel su hermano, por razón que se ouiesse trabajado de su muerte en alguna manera. La segunda es, si en algún lugar o tiempo, le ouiesse acusado criminalmente a muerte o perdimiento de miembro. La tercera es, si le ouiesse fecho perder la mayor partida de sus bienes, e aunque non los perdiessse, si non fincó por el degelos fazer perdón.

(379) Desheredar a tuerto a las vegadas, los que suben por la línea derecha a los que descenden dellos. Otrosi los que descenden por la línea derecha desheredan en essa manera mesma a los que suben por ella. E por ende después que en el título ante deste mostramos las razones porque ome puede desheredar a aquellos que auian derecho de heredar sus bienes, si le ouiessen eredado; queremos mostrara en estas razones por que el heredero puede quebrantar el testamento, en que fuese desheredado a tuerto.

(380) que pueden ejercitar tanto a los ascendientes como a los descendientes, excluyéndose a los hermanos por no ser herederos forzosos, con la salvedad que establece la ley 2.^a del mismo título, en que, los autoriza para querellarse cuando el premuerto hubiese designado herederos a una persona infame, formula para rescatar la herencia, excepto si hubiere sido desheredado por alguna de las causas que la ley expresa (381).

B) SU CONCORDANCIA CON EL DERECHO ROMANO.

El sistema sucesorio romano, se presenta tal y como lo interpretaron los juristas del Renacimiento a través de la reforma llevada por Justiniano, conforme a tres principios fundamentales en torno a los que gira. Necesidad de adir la herencia, obligación de instituir o desheredar e imposibilidad de coexistencia de la sucesión testada e intestada a un mismo tiempo. Admite la sucesión forzosa, estableciendo la legítima justiniana, sin tener en cuenta el sistema de mejora reconocido por el Fuero Real (382), considerando a los hijos y descendientes herederos suyos, como llama-

(380) El hijo o el nieto del testador o alguno de los otros que descienden del por línea derecha, que ouiessem derecho de heredarle, si lo ouiessem desheredado a tuerto e sin razón, puede facer querrela delante el Juez, para quebrantar el testamento en que lo ouiessem desheredado, e el Juez deve oyr su querrela e fazer en plazar al que es establecido por heredero en el testamento de su padre; e si fallare que fué desheredado a tuerto, o que en el testamento non fué fecha mención del, deve el juzgar que tal testamento non valá e mandar entregar la herencia al hijo o al nieto que se creyó... E lo que diximos en esta Ley de los descendientes, entiéndesse de los ascendientes que fuesen desheredados a tuerto y sin razón... Vid. Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos. II ed. Madrid. 1884, pág. 28 y 65. *Salv.* Ilustración del Derecho Real de España. t. I. pág. 175 y s. s. Madrid. 1839.

(381) «... si aquel establecido por heredero fuesse omo de mala fama... entonces bien podría el hermano querellarse ante el Juez, e quebrantar el testamento, en que fuesse establecido por heredero».

(382) Ley 17.^a Tit. I. Part. VI.

dos por derecho propio a recibir el patrimonio familiar (383), aceptando la teoría de nulidad del testamento por preterición del «suus», y admite la «actio ad supendam legitimam» cuando no sea la cuota que perciba, que establece la ley y hace extensión de la legítima a los ascendientes (384). Con relación a la sucesión abintestato, las Partidas establecen tres clases o grupos de parentesco, descendientes, ascendientes y colaterales, (385) prescindiendo de instituciones características de la legislación vigente en aquella época, abandonando el sistema troncal de tanto arraigo en nuestra legislación, al llamar conjuntamente a los ascendientes con los colaterales de segundo grado, es decir, hermanos germanos y sobrinos, reduciendo los derechos de la prole ilegítima en la herencia del padre.

Respecto a la sucesión intestada, aparecen en primer lugar los hijos y demás descendientes de hijos premuertos, estableciendo la sucesión por troncos, lo mismo cuando existe diversidad de grados entre los descendientes, que cuando se trate de nietos que concurren solos a la herencia, admitiéndose la representación de éstos en lugar del hijo premuerto (386) llamando después a los ascendientes más próximos en grado, excluyendo a los más remotos, y en caso de que fueran del mismo, se procederá a dividir la herencia por mitad correspondiendo a cada línea o rama, verificándose la división por cabezas, sin atender a la procedencia de los bienes. Cuando existan hermanos germanos, igual que en Derecho Romano, concurrirán con los ascendientes más próximos, dividiéndose por cabezas, sin atender a la línea, y acudiendo los sobrinos hijos de hermano germano premuerto, por derecho de representación, colocándose en lugar de su padre, imperando la sucesión por estirpes (387). Después, los hermanos y sobrinos germanos sucediendo por

(383) Ley 8.^a Tit. XVIII. Part. VI.

(384) Ley 8.^a Tit. XIII. Part. VI.

(385) Ley 2.^a Tit. XIII. Part. VI.

(386) Ley 3.^a Tit. XIII. Part. VI.

(387) Ley 4.^a Tit. XIII. Part. VI.

estirpes son llamados conjuntamente, pero por cabezas cuando suceden solos, tanto si son hermanos, como sobrinos; apartándose de esta manera de la teoría justiniana (388) que no reconocía el derecho de representación a los sobrinos de distintas ramas cuando no eran llamados conjuntamente con un hermano del difunto. En tercer lugar acudían los hermanos y sobrinos hijos de éstos, unilaterales consanguíneos o uterinos, respecto al hermano o tío de la línea respectiva en cuanto a los bienes que el difunto hubiere recibido, del padre o madre común, pero referente a los bienes que el difunto adquiriese personalmente suceden en su caso los hermanos y sobrinos unilaterales sin distinción de líneas y bajo las mismas reglas que los hermanos de doble vínculo (389) modificando en este sentido la doctrina de el Derecho romano que, en ningún caso, tiene en cuenta la procedencia de los bienes; en defecto de éstos sucedían los demás parientes colaterales por razón de proximidad de grados, fijando un límite no admitido por los romanos, al negar el derecho a suceder fuera del décimo grado (390) llamando la misma ley a falta de parientes al cónyuge superstite y en último término a la Cámara del Rey.

En cuanto a los hijos naturales, se ocupan de su sucesión extensamente (391) diferenciándose del Derecho romano ésta sucesión forzosa que las Partidas establecen, aunque el padre natural haya dejado mujer legítima, en cuyo caso no se permitió en Roma tal sucesión.

Del sistema sucesorio de las Partidas, se desprende una analogía con el Derecho romano, salvo los puntos que resaltamos que difieren del mismo, sin que tenga de extraño que las causas de desheredación y la doctrina sean idénticas en uno y otro sistema. La misma sistemática, el mismo método y número de causas que existieron en el Derecho

(388) Ley 5.^a Tit. XIII. Part. VI.

(389) Ley 5.^a ídem

(390) Ley 6.^a Tit. XIII. Part. VI.

(391) Leyes 11 y 12. Tit. XIII. Part. VI.

Romano, se transcriben en la obra de Alfonso X, sin establecer diferencias esenciales, debido a la escasa influencia que la legislación española de la época tienen Las Partidas. La desheredación de los descendientes, ascendientes y hermanos, la manera de hacerse y las acciones concedidas a los desheredados injustamente, son idénticas, a consecuencia, de la transcripción que de las instituciones del Emperador Justiniano concibieron los glosadores de su obra.

C) CAUSAS DE DESHEREDACION NACIDAS EN EL DERECHO PATRIO.

!Cuando Alfonso X llevó a cabo su obra legislativa, en España, existía multiplicidad de fueros, a través de los que fué recogiendo el sentimiento y espíritu nacional que no era otra cosa que la expresión genuina de nuestras instituciones influidas por el elemento germánico. Ya apuntamos que si bien la institución objeto de nuestro estudio no se manifestó con las características del Derecho romano, no por ello era desconocida y dejaba de aplicarse en aquellos casos en que se imponía para castigar la conducta observada por las personas llamadas a suceder. Ciertamente es que, las costumbres del pueblo se hallaban identificadas con el sentimiento visigodo cuyo arraigo habíase acentuado más que el Derecho romano, de aquí que, nos encontremos con la aversión a regirse por aquellas leyes extrañas a los usos y costumbres observados hasta entonces.

En la Ley V, título VII, Partida VI, entre otras causas de desheredación, similares a las romanas, encontramos una que hace eco a las que introdujeron los fueros; tal ocurre cuando el padre dilata la boda de la hija que contrae matrimonio sin su consentimiento, pasado el límite de edad fijado por ley, no puede éste, posteriormente, alegar dicha circunstancia para desheredarla (392). Tampoco podrá des-

(392) Pero si el padre prolongase el casamiento de su hija, de manera que ella pasase de edad de veinte e cinco años, si después de esto fiziесе

heredarse a los descendientes menores de diez años y medio y a los de dieciocho no se les impondrá esta sanción al no liberar del cautiverio a su ascendiente (393) en que se hallase sometido o no cuidase de él por encontrarse en estado de demencia, puesto que el descendiente no tiene a esa edad pleno discernimiento para alcanzar el valor de estos hechos. Observamos una gran diferencia, entre Fueros y Partidas, debido a la discrepancia planteada entre el elemento germánico y romano.

V.—EXAMEN DE LA DESHEREDACION EN LOS TEXTOS LEGALES POSTERIORES A LAS PARTIDAS.

- a) Ordenanzas reales de Castilla. b) Leyes de Toro.
c) Novísima recopilación.

a) Las Ordenanzas Reales de Castilla, conocidas con el nombre de Ordenamiento de Montalvo, se ocupan de la institución objeto de nuestro estudio, adaptándose en la legislación de fueros de la que recoge causas propias de éstos; y así, la hija que contrajere matrimonio sin consentimiento de su padre con cualquier hombre que se hallare al servicio de éste, será desheredada (394) lo mismo que la huérfana que quedando bajo la custodia de sus hermanos contrajese matrimonio sin consentimiento o licencia de ellos perderá lo que por herencia pudiera corresponderla (395) causa que se recoge en el título VI. del Libro V bajo el nombre

ella yerro, o enemiga de su cuerpo o se casasse contra voluntad de su padre, non podría él desheredarla por tal razón, por que semeja que el fué en culpa del yerro que ella fizo, porque tardó tanto que la non casó.

(393) Ley 6.^a Tit. VII. Part. VI.

(394) Ley 2.^a Tit. I. Lib. V. «Qualquier hombre que vive con algún señor y viviendo con él se desposara o casare con la hija o con la parienta, que tenga en su casa sin mandado del señor, sea echado del reino y ella sea desheredada».

(395) Ley 4.^a Tit. I. Lib. V. Ordenanzas Reales de Castilla.

de «Desheredamientos» (396) y cuyo fundamento es idéntico al que expusimos al tratar en la legislación anterior y coetánea a Las Partidas.

El Ordenamiento de Montalvo, reconoce la vigencia de Las Partidas, en materia de desheredación remitiéndose a ellas al imponer a los hijos que injuriaren o insultaren a sus ascendientes una sanción además de las ya establecidas por dicho cuerpo legal, desheredando a los hijos que tal cosa hicieren con los ascendientes (397).

En el título XV, del libro VIII, vuelve el ordenamiento de Montalvo a repetir la causa de desheredación —establecida por la ley 2.^a Título I del Libro V—, a la hija del señor que se casare sin su consentimiento. Como afirma el ilustre profesor Galo Sánchez, (398) el primer período de la Edad Moderna, se caracteriza por las recopilaciones generales que tiene con frecuencia carácter oficial, aunque algunas fueran de carácter privado, por el mero hecho de sancionarlas los monarcas, se convierten en obra legislativas. Tal ocurre con las O. O. R. R. que si bien no rigieron como cuerpo de leyes en nuestra península, fué la primera recopilación llevada a cabo por encargo de los monarcas después de Las Partidas.

b) Las Leyes de Toro, sólo se ocupan del tema objeto de nuestro estudio de la ley 49, (399) por virtud de de la cual se deshereda a los hijos sin distinción de sexos que

(396) La Ley 1.^a dispone que «la mujer que después del finamiento del padre o de la madre quedare en poder de sus hermanos, si se casare sin voluntad del padre o de sus hermanos en cuyo poder quedó; pierda la herencia del padre o de la madre».

(397) Ley 1.^a Tit. IX. Lib. VIII. O. O. R. R.

(398) Curso de Historia del Derecho, pág. 212.

(399) Mandamos que el contragere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho él y los que en ello intervinieren y los que de tal matrimonio fueren testigos incurran en perdimiento de todos los bienes, et sean aplicados a nuestra Cámara y sean desterrados destes nuestros Reynos en los cuales no entren so pena de muerte: y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar si quisieren a sus hijos o hijas que el tal matrimonio contraxeren.

contrajeron matrimonio clandestino. Esta causa tiene su arraigo en la legislación española, motivada en el predominio de la Iglesia, por la aversión de ésta a los matrimonios clandestinos, cuyo precedente se remonta ya al Fuero Juzgo (400) por la influencia que los Concilios, para su formación tuvieron, pasando al Fuero Real (401), a Las Partidas (402) y convirtiéndose en ley única de las O. O. R. R. (403). Por un lado, la sanción que impone al que contrajere matrimonio sin el consentimiento de los padres fúndanse en el respeto y obediencia que se les debe y por otro, a fin de evitar los matrimonios desiguales ya que, como afirma un comentarista de las Leyes de Toro, el objeto de la misma es una disposición aristocrática que tiende a evitar esta clase de uniones (404).

Como observa Llamas Molina, (405) la Ley 49 de Toro, contiene dos partes, la primera, impone la pérdida de todos sus bienes a los que contraen matrimonio clandestino y destierro perpetuo del reino, mientras que la segunda declara que este delito es causa justa para que los padres puedan desheredar a sus hijos, (406) y que sólo el padre,

(400) Ley 8.^a Tit. II. Lib. III. «Si la muger libre quiere casar con ome libre, el marido della deve hablar primeramente con su padre: e si ja pudiere aver por mugier, dé las arras al padre assi cuemo es derecho. E si ja nun pudiere aver, finque la mugier en poder del padre. E si ella casar sin voluntad del padre o de la madre y ellos non la quisieren recibir de gracia, ella ni sus fijos non deven heredar en la buena de los padres, porque se casó sin voluntad dellos».

(401) Ley 5.^a Tit. I. Lib. III. Fuero Real. «Si la mancoha en cabello casase sin consentimiento de su padre o de su madre, no parta con sus hermanos en la buena del padre ni de la madre...».

(402) Ley 1.^a Tit. III. part. IV.

(403) Vid. not. 393.

(404) *González y Serrano*. Comentario Histórico crítico y jurídico a las leyes de Toro. T. II. pág. 233. Madrid. 1876.

(405) Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro. T. II. pág., 233. & 49. Madrid 1875. (5.^a edición de Vicente y Caravantes).

(406) El comentarista citado, se refiere exclusivamente a las hijas mientras que la ley habla indistintamente de los hijos sin distinción de sexos, pena que Felipe II en el año 1563 hizo extensiva a los hijos. & 57. página 235. ob. cit.

puede acusar de dicho delito, o la madre, muerto éste. La ley citada no recoge en toda su extensión la doctrina mantenida en la que se inspiró y a pesar de esta sanción, si el padre o la madre les dejase bienes podían disponer libremente de ellos, concediendo así un perdón tácito, perdón que acompaña a toda causa de desheredación cuando el ofendido quiere otorgarle.

Llamas Molina, siguiendo la glosa de Gregorio López, sostiene que, para poder imponer esta sanción legal, no basta con que el matrimonio se haga contra la voluntad de los padres, sino que además ha de ser clandestino (407).

b) La Novísima Recopilación de cuyo contenido tanto se ha discutido por los historiadores, se ocupa de la desheredación, siguiendo la doctrina expuesta en Las Partidas, Leyes de Toro, etc., a las que se remite, incluyendo algunas modificaciones. Hemos de tener en cuenta la falta de una sistemática perfecta, lo que lleva a encontrar dichas causas dispersas dentro de los títulos y libros en que se divide.

La ley 1.^a, título II, Libro X, (408) deshereda a las hijas que contrajeran matrimonio sin consentimiento de su padre o madre con aquellos criados que estuvieren al servicio de éstos (409). La ley V del mismo título y libro, impone la desheredación a los que contrajeran matrimonio clandestino, (410) principio legal confirmado por una pragmática de Carlos III (411) y otra de Carlos IV en los

(407) Ob. cit. & 42 pág. 231.

(408) Ley 2.^a tit. XXI. del Ordenamiento de Alcalá. Ley 2.^a, tit. I. Lib. V. de O. O. R. R.

(409) Como se producían con frecuencia estos casos, una Real Orden de 20 de enero de 1784, mandó que se impusieran con todo rigor las penas establecidas por las leyes, a todos aquellos que contrajeran matrimonio clandestino.

(410) Reproduce la ley 49 de Toro y el cap. 58 del Rey Felipe II en las Cortes de Madrid de 1563.

(411) Dada el 23 de marzo de 1776. Se recrudescen en ella las sanciones establecidas por la ley 49 de Toro, disponiendo que a falta de padre o madre, el consentimiento para poder contrair matrimonio habrán de darlo los tutores o curadores, pero cuando éstos lo retardaren siendo los hijos mayores de 25 años, podrán establecer recurso ante los jueces, para que se lo concedan. Ley 9.^a, tit. II. Lib. X. Novs. Recop.

mismos términos, concediendo libertad para poder contraer matrimonio sin consentimiento de sus padres cuando los varones fuesen mayor de 25 años y las hembras de 23 (412).

La ley 4.^a, título XIX, libro X considera incapaz para suceder en los bienes tanto del padre como de los parientes del mismo, a los hijos de clérigo, así como a los que, sabiendo la muerte violenta del testador no la denunciase, por cuyo motivo perderán la herencia que pasará a la Cámara del Rey (413).

La ley 1.^a, título IV, libro XII, manda aplicar las penas que las Partidas establecen para aquellos que se dediquen a la nigromancia, que se harán extensivas a los hijos que desobedezcan a sus padres, (414) que consisten además de en los castigos corporales, en la privación de los bienes que por ley le corresponden.

Sin hacer una crítica de estos Cuerpos legales, que no correspondería al fin propuesto en este trabajo, de estudiar la génesis de la desheredación en el Derecho histórico español, tan sólo nos limitamos a manifestar que, salvo las transcripciones que del Derecho romano hace el Rey Sabio, las demás causas por las que se puede desheredar a los herederos forzosos son genuinamente nacidas de las costumbres españolas, basándose en los principios de obediencia y respeto, que a la autoridad de los padres dentro de la familia se les ha de tener.

A juicio de Sala, (415) la preterición del heredero hace válido el testamento y si el padre no tuviera más descendientes legítimos que un hijo y éste fuese desheredado, po-

(412) Dada el 28 de abril de 1803. Ley 18. tit. II. lib. X. Novs. Recop. Los efectos de esta pragmática desaparecen por la Ley del disenso paterno de 20 de junio de 1862 y posteriormente por la Ley del matrimonio civil de 18 de junio de 1870.

(413) Ley 11. tit. 19. lib. X. Novs. Recop. que recoge en su seno las leyes 4.^a y 5.^a del tit. IX. lib. III. del Fuero Real. Leyes 13, 15, 16 y 17 del tit. VII. part. VI y la ley 1.^a tit. III. lib. V. O. O. R. R.

(414) Ley 4.^a Tit. XXV. lib. XII.

(415) Ilustración del Derecho Real de España. T. I. pág. 173. Madrid 1839. Conforme a la ley 1.^a tit. XVIII lib. X, de la Novs. Recop.

drá dejar la herencia a su hijo natural (416). Como observamos, la legislación vigente en nuestra patria á través de estas épocas históricas es un conglomerado de disposiciones que subsisten conjuntamente unas con otras, y que adolecen de defectos conocidos.

VI.—LA DESHEREDACION EN EL FRACASADO CODIGO DE 1851.

La diversidad de leyes que a finales del siglo XVIII, y a lo largo del XIX subsisten en España, es verdaderamente asombrosa. Por un lado, el derecho nacido en los Fueros, que continúan en vigor en aquellas localidades que no han querido prescindir de sus costumbres plasmadas en estos privilegios; por otro, la serie de recopilaciones llevadas a cabo por encargo de los Monarcas, sin que se lograra con ellas el fin propuesto, a lo que se une la divergencia de opiniones entre los autores, da lugar a una crisis del Derecho español en esta época, motivada por factores determinantes de la superabundancia de disposiciones, alguna de las cuales se contradecían entre sí, dando lugar a que se formase en la conciencia del pueblo, sin distinción de clases, un anhelo común para lograr un conjunto sistemático de leyes.

En esta situación, se inicia en Europa un movimiento codificador (417) cuyas repercusiones se notan en nuestra península, que trata de conseguir en varios proyectos la tan preconizada unidad jurídica pretendida por la Constitución de 1812 que calmase ese anhelo insatisfecho, siendo de todos los proyectos, el más completo, el que nos ocupa sin llegar a efecto por causas sobradamente conocidas (418)

(416) *Juan de la Ripia*. Práctica de testamentos y modos de suceder. pág. 84. Madrid 1729.

(417) *Federico de Castro*. Derecho Civil de España. T. I. Págs. 176 y ss. Madrid 1949.

(418) *José Hinojosa*. Tratado científico sobre Derecho Civil. Común y Foral de España. T. I. págs. 155 y ss. Granada 1883. *Augusto Comar*. Proyecto de Código Civil. Madrid 1885. *Durón*. Derecho Civil T. I. pá-

y de las que prescindimos a fin de no desviarnos del camino propuesto. Ha sido precisamente esa lucha, entre el deseo de lograr la unidad dentro del campo del Derecho, y la discrepancia que entre los juristas existía, la causa de que fracasaran los proyectos de codificación presentados a las Cortes, culminando en el Código de 1851, que no llegó a regir en nuestra península, a consecuencia, entre otras, de las razones apuntadas.

Observamos, cómo la mayoría de los tratadistas del siglo XIX, mantienen la doctrina de Las Partidas con preferencia a las demás recopilaciones, sin dejarse convencer por el Código Civil redactado, aunque sin vigencia; pero hemos de tener en cuenta, en lo que se refiere a la materia tratada en nuestro estudio, que el citado Cuerpo legal recoge la doctrina tradicional patria, que su modelo el Código francés, había desterrado de su seno por considerarla innecesaria desde el momento en que existe la indignidad para suceder porque a juicio de los autores, no podían coexistir ambas.

Veamos aunque sea sucintamente, cómo se encontraba la doctrina española en lo que respecta a la desheredación en la época que tratamos. El concepto de Las Partidas, subsiste en casi todos los autores (419), para los que, la «desheredación es una institución testamentaria por la cual se priva o excluye de la herencia al que tiene derecho a ella» definición de Gutiérrez (420) Sala (421) Tapia (422) Sánchez de Molina (423) Viso (424) pero que no recogen el

ginas 166 y ss. Valladolid 1898. *Sánchez Román*. Estudios. T. I. páginas 527 y ss. Madrid 1899. *De Diego*. Instituciones de Derecho Civil. T. I. páginas 50 y ss. Madrid 1941. *Otto*. Apuntes. págs. 116 y ss. Barcelona 1943. *Castán*. Derecho Civil. T. I. págs. 59 y ss. Madrid 1949. Castro. Ob. cit. págs. 187 y ss. Madrid 1949.

(419) *Martí de Eivola*. Tratado elemental de Derecho Civil Romano y español. T. I. pág. 236. Barcelona 1836.

(420) Códigos. T. III. pág. 385. Madrid 1863.

(421) Derecho Civil español. T. II. pág. 154. Valladolid 1868. (hay una segunda edición de 1877 de Morató. pág. 160).

(422) Febrero Novísimo. T. I. pág. 461. Valencia 1837.

(423) Derecho Civil español. pág. 200. Madrid 1873.

(424) Lecciones de Derecho Civil. T. I. pág. 440. Madrid 1889.

significado de esta institución, siendo más completa la formulada por la Serna y Montalban (425), seguida entre otros por Barrera Montenegro, (426) para el que, la desheredación «es el acto por el cual se priva de su legítima en virtud de una justa causa a uno de los herederos forzosos». Ni que decir tiene, que éstas se hallan más en consonancia con el espíritu de las leyes que regían la materia; no basta sólo con privar al heredero de la herencia, ha de ser necesariamente en virtud de una causa expresada en la ley, (427) a pesar de que en las obras de estos tratadistas se mantiene íntegra las doctrinas de Las Partidas y demás recopilaciones; a nuestro juicio, no concebimos que, todas las causas de desheredación señaladas por estos Cuerpos legales tengan vigencia, debido quizá a que las circunstancias políticas que atraviesa nuestra península en el siglo XIX, son antagónicas, y por ello, hace notar Sabino Herrero (428) que tanto la apostasia del heredero como el dedicarse a jugar o lidiador, a pesar de no existir una ley que haya derogado estas causas de desheredación, hay que sobreentenderlas implícitamente desaparecidas, la primera es incompatible con la Constitución que borra toda diferencia de religión, mientras que la segunda es derogada por la legislación moderna que no reconoce a estas profesiones como difamantes. Por lo demás subsisten las causas de desheredación que estudiamos anteriormente dentro de la doctrina de los tratadistas de la época, e incluso entre los extranjeros que se han ocupado de nuestra legislación, (429) continuando en vigor, las acciones concedidas al heredero desheredado sin justa causa, para que, pueda impugnar el testamento por medio de la querrela de inoficioso testamento (430) manifestándose

(425) Derecho Civil y Penal. T. II. pág. 55. Madrid 1877.

(426) Nociones de Derecho Civil. pág. 328. Valladolid 1881.

(427) García Goyena. Febrero. T. II. pág. 19.

(428) Código Civil español. pág. 239. Valladolid 1872.

(429) Ernest Lehr. Elements de Droit Civil espagnol. pág. 471 y siguientes, París 1880.

(430) Una sentencia del Tribunal Supremo del 6 de noviembre de 1867 considera que la querrela, es una petición de herencia, que se deduce contra

en este sentido el Tribunal Supremo, (431) desapareciendo la desheredación cuando se haya invalidado el testamento o bien haya sido revocado por el testador (432) subsistiendo sin embargo de cualquier manera que se haga cuando el desheredado, conociéndola, la hubiese consentido, sin que se le conceda posibilidad para entablar ante el juez la querrela.

El Código civil de 1851, a pesar de su afrancesamiento, ha mantenido en parte la doctrina tradicional española, como se demuestra por el hecho incontrastable de ocuparse de esta institución que fue desterrada del Código francés, y así el capítulo 7.º tit. I. lib. III queda dividido en dos secciones, la primera se refiere a disposiciones generales y la segunda trata de las causas de desheredación, comprendida en los artículos 666 al 674, ambos inclusive.

El Art. 666 dice que, «el heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas por la ley y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad». El final del artículo, a juicio del comentarista y principal artífice del Código, García Goyena (433), es redundante, atendiendo al Derecho romano y al nuestro, no debió existir nunca la duda de que pudiera desheredarse por otra causa no señalada en la ley. Este artículo, tiene su precedente en la legislación tradicional española, de la que toma su espíritu y su letra, así como su concordancia con

los herederos instituidos, clasificándose en tal concepto entre acciones mixtas de real y personal.

(431) Por una sentencia dictada en recurso de casación en asunto de Ultramar, mantiene la doctrina de que los preceptos de las leyes II título VII y I.ª tit. VIII part. VI acerca de las causas de desheredación de los ascendientes y de los efectos de la querrela de inoficioso testamento deben conciliarse con el de la ley 6.ª de Toro. Eduardo Dato. Repertorio doctrinal y legal de la jurisprudencia civil española T. I. pág. 182. Madrid 1908.

(432) *Sánchez de Molina*. Derecho Civil español. pág. 202. Madrid 1873.

(433) Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. T. II. pág. 109. Madrid 1852.

otros códigos extranjeros que admiten esta institución (434).

El Art. 667 dispone que, «la desheredación debe hacerse en testamento, expresando la causa especial en que se funde». Del contenido de este artículo se desprende la necesidad de que para la validez de esta institución, ha de hacerse en este acto solemne *mortis causa*. ¿Podía hablarse de la desheredación en la sucesión intestada? Sobre este punto interesante, nos ocuparemos al abordar la doctrina del Derecho positivo.

El Art. 668 dispone que, «la prueba de ser cierta la causa de la desheredación, incumbe a los herederos del testador; y no podrá extenderse a causa no expresada por el mismo». Como afirma el comentarista citado, debió de suprimirse el último párrafo de este artículo, en razón a que el anterior, expresa las mismas causas por las que es indispensable hacerla para que tenga validez, siendo impropio la tautología que entre ambos artículos existe.

Por el Art. 669, «la desheredación hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada, anula la institución de herederos; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima». De aquí se desprende que el legislador, inspirándose en el sistema romano, y en el tradicional, conjuga ambos principios, una anulando disposición testamentaria, no el testamento en sí, puesto que ésta, queda subsistente en lo que se refiere a las mandas y mejoras.

Según el Art. 670, «la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido, quita el derecho de desheredar y deja sin efecto la desheredación ya hecha». La redacción de este artículo, es bastante incompleta, no se refiere expresamente a la clase de perdón que por parte del testador ha de otorgarse al heredero, tengamos en cuenta que, en buena doctrina, y clara interpretación del contenido de dicho artículo,

(434) El comentarista *García Goyena*, en sus concordancias analiza artículo por artículo, significando el precedente de los mismos en nuestra legislación histórica, así como la analogía que hay entre los demás extranjeros. Véase Concordancias. T. II. págs. 109 y ss. Madrid 1852.

es a nuestro entender de suma importancia para determinar el alcance que quiso establecer el legislador, sus precedentes, incorporados a nuestra legislación a través de la influencia romana de gran arraigo, nos obliga a estudiar el carácter y la exigencia de algunos requisitos que la citada reconciliación ha de contener para su plena validez. Ciertamente, que esta institución queda al arbitrio del testador que la impone a sus herederos a consecuencia de los agravios inferidos, pero, al ser potestativa, la ley no puede inmiscuirse en el terreno privado, ha de respetar la voluntad de quien sanciona, tenga la posibilidad de retirar aquel castigo impuesto al culpable de lo que él creyó remediar, pero que al final quiere conceder el perdón.

En la sección segunda, del título y libro citados, estudia el Código las causas por las que se puede desheredar a los herederos forzosos.

Empieza el Art. 671 a determinar que, «todas las causas de indignidad para suceder lo que son también respectivamente de desheredación». Observamos que nuestro Código no se aparta del sistema tradicional español, aunque con la salvedad de que las sistematiza, mientras que nuestros textos históricos recogen ambas causas bajo el nombre de «desheredamientos».

El Art. 672, dispone que, son causas por las que se puede desheredar a los hijos y descendientes, además de las de indignidad: 1.º—Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que lo deshereda; 2.º—Haberlos maltratado de obra o haberlos injuriado de palabra gravemente; 3.º—Haberse casado sin su consentimiento cuando por la ley sea éste necesario; 4.º—Haberse entregado la hija o la nieta a la prostitución, y 5.º—Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil. Excepto la primera causa, todas las demás proceden del Derecho romano que pasaron a nuestra legislación; su fundamento radica en los principios de respeto y cariño hacia quienes se debe sumisión y respeto, siendo no sólo una obligación moral, sino también jurídica, la de prestar alimentos a los que nunca los negaron.

El Código admite la representación de los herederos del desheredado para que puedan acudir en su lugar a la herencia, y por el artículo 673 se dispone que, «los hijos del desheredado que sobrevive al testador ocupan su lugar y derechos del heredero forzoso respecto a la legítima sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa herede». Sin entrar en el problema que la doctrina plantea al determinar con fijeza si la representación en la sucesión se da tal y como el verdadero significado de la misma entendemos, siendo más que tal representación una subrogación en los derechos del heredero y cuya discriminación no interesa en este momento, nos parece loable la medida establecida por el Código de no permitir que el padre desheredado pueda con cualquier pretexto jurídico administrar los bienes de que ha sido privado.

El Artículo 674 se ocupa de la desheredación de los padres, haciendo estas causas en el último párrafo extensivas a los demás ascendientes y son: «1.º—Cuando hubieren perdido la patria potestad sobre los hijos; 2.º—Cuando les negaren los alimentos sin motivo ninguno, y 3.º—Cuando el padre atentó contra la vida de la madre o ésta contra la de aquél y no hubo reconciliación entre los mismos».

Por primera vez la doctrina del Código establece una separación entre la indignidad para suceder y la desheredación, admitiendo que, las primeras, son causas que vienen a completar a esta institución; ambas, tienen un significado distinto aunque el resultado sea idéntico; el Código con un carácter más progresivo ha suprimido aquellas causas, tanto de indignidad como de desheredación, incompatibles con las tendencias políticas de la época, amén de suprimir las que eran incompatibles con las costumbres del siglo, reduciendo el número de las mismas. El presente trabajo se reduce tan sólo a estudiar la evolución de la desheredación a través de nuestros textos legales y por ello, no nos hemos ocupado con el detenimiento preciso en los puntos interesantes que inspirarían años atrás a los legisladores de nuestro Código actual.

El Código de 1851, ha recogido en esta materia la doctrina tradicional española, sin que el destierro de nuestra institución por el Código francés, modelo que inspiró a nuestros juristas, hiciera que éstos olvidaran su arraigo. Tal es el contenido de la desheredación en el referido texto legal, texto, que no entró en vigor en nuestra Península por las causas sobradamente conocidas y del que sólo hemos tratado a título histórico, conforme expusimos anteriormente, sin que, en ningún momento hayamos pretendido darle una positividad que jamás tuvo, ya que su vida tan efímera, fué como el nacimiento de una criatura muerta; llega al mundo, pero no ve la luz.

J. M. PASCUAL QUINTANA

DOCTOR EN DERECHO

EL HECHO JURIDICO

SUMARIO

- I Hechos jurídicos.
- II Efectos jurídicos.
- III Ejemplos de hecho jurídico y de hecho no jurídico.
- IV Causa de los efectos jurídicos.
- V Clasificación de los hechos jurídicos.
- VI Hechos que fundamentan el efecto y hechos que no lo fundamentan.
- VII Hechos simples y complejos.
- VIII Hechos-acontecimiento y hechos-estado.
- IX Hechos constitutivos, modificativos y extintivos.
- X Hechos positivos y negativos.
- XI Hechos naturales y voluntarios.
- XII Clasificación de los hechos voluntarios.
 - A) Actos semejantes a los negocios jurídicos.
 - a) Exteriorizaciones de voluntad.
 - b) Exteriorizaciones de acontecimientos espirituales que no son una voluntad.
 - B) Actos no semejantes a los negocios jurídicos.
- XIII El negocio jurídico.
- XIV Actos libres y actos debidos.
- XV Actos lícitos e ilícitos.

I

HECHOS JURIDICOS

En la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes y otros no. Aquéllos se denominan hechos jurídicos. Estos se llaman simplemente hechos o bien hechos no jurídicos.

Por relevancia jurídica entendemos el dar lugar a consecuencias o efectos jurídicos. Por tanto, desde el punto de vista del Derecho positivo, ningún hecho es necesariamente jurídico o no jurídico, de por sí, sino que se convierte en jurídico, respecto de un determinado Derecho, cuando éste le liga unas consecuencias, o no lo es o cesa de serlo, cuando, para tal Derecho, carece de ellas, o éste le priva de las que antes tenía.

Si el ordenamiento había dispuesto previamente determinados efectos para cierto tipo de hechos, tal tipo en abstracto es jurídico, y los hechos concretos del mismo, que se produzcan posteriormente, nacerán jurídicos ya. Si, por el contrario, dicho ordenamiento atribuye, después, efectos a un hecho preexistente, éste deviene jurídico a partir de tal atribución.

Podemos, en resumen, definir el hecho jurídico como todo acontecimiento o estado—en general todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)—al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo.

Un mismo hecho puede dar lugar a diferentes efectos, en concurrencia con otros hechos diferentes en cada caso, o bien operando sobre situaciones preexistentes distintas.

También un hecho puede tener iguales efectos que otro, o que varios otros conjuntamente.

Aquí nos interesan sólo los hechos atinentes al Derecho privado (hechos jurídicos *privados*), aunque, por brevedad, hablemos simplemente de hechos jurídicos.

II

EFFECTOS JURIDICOS

Conviene hacer una aclaración sobre en qué consisten los efectos jurídicos. Muchos creen que estos efectos consisten en la adquisición, pérdida o modificación de derechos. Creencia que sólo sería exacta si todo efecto que un hecho produjese fuera del estricto campo de los derechos subjetivos, debiese ser considerado como efecto no jurídico. Lo cual, habiendo sido dispuesto, tal efecto, por el Derecho objetivo, aun en un sector distinto del de los Derechos subjetivos, y siendo precisamente jurídico un efecto *porque* dispuesto por el Derecho objetivo, es evidentemente inadmisibles. Así que se dan efectos jurídicos en el campo de los deberes jurídicos, y en el de las facultades o potestades (que no son verdaderos y propios derechos subjetivos), y en el del nacimiento de la personalidad (de personas físicas o jurídicas), y en el de la capacidad jurídica o de obrar, y en el de los *status*, y, en general, en el de toda otra situación o posición jurídica, es decir, regulada por el Derecho.

Por eso —para poner también de relieve esa gama de efectos que siendo jurídicos no se dan, sin embargo, en el ámbito del Derecho subjetivo— es preciso advertir que el efecto jurídico no consiste sólo en la adquisición, pérdida o modificación de derechos subjetivos, sino en la producción

de cualquier modificación en el mundo jurídico, es decir, de cualquier alteración en la situación jurídica preexistente. Utilizando el término *situación* en un sentido lato, para indicar la realidad jurídica en su conjunto y no sólo con referencia a determinadas relaciones.

Respecto al momento de operarse el efecto, hay que decir que el conjunto de requisitos que exige la ley para la producción de aquél, puede darse simultánea o sucesivamente. Pero, mientras que el efecto del conjunto no se produce hasta el final, es posible que el surgir de los singulares requisitos vaya dando vida a determinados efectos cuya finalidad es preparar o asegurar el efecto definitivo. Respecto de éste aquellos se denominan preliminares o prodrómicos (1).

Ahora bien, también puede ocurrir que el efecto definitivo, cuando se produzca, se considere acaecido desde el momento en el que tuvo lugar el cumplimiento del primero de los varios requisitos exigidos, o, en general, en un momento anterior al de la producción real de tal efecto definitivo. En estos casos se habla de efecto retroactivo.

Cuando la ley, para que tenga lugar un efecto requiere, sin más, un solo hecho simple, aquél se produce tan pronto como éste se realiza. Así, por la muerte de una persona se abre su sucesión.

Hay efectos iguales que proceden de hechos distintos: por ejemplo, la propiedad se adquiere por sucesión *mortis causa* y por ocupación y por donación, etc. Por eso cuando se dice que existe una ficción legal, es decir, que tal o cual hecho se considera como si fuese uno distinto del que realmente es, y que sus efectos son los asignados a aquel que se finge ser; verdaderamente lo que se hace es atribuir, en determinados casos, iguales efectos a dos hechos distintos. Cosa posible porque la ley, que no puede convertir un hecho en otro, es, sin embargo, dueña en la atribución de efectos jurídicos.

(1) Cfr. RÚBINO. *La fottispeel e gli effetti giuridici preliminari*, 1939.

Un mismo hecho puede dar lugar a diferentes efectos, en concurrencia con otros hechos diferentes en cada caso, o bien operando sobre situaciones preexistentes distintas.

También un hecho puede tener iguales efectos que otro, o que varios otros conjuntamente.

Aquí nos interesan sólo los hechos atinentes al Derecho privado (hechos jurídicos *privados*), aunque, por brevedad, hablemos simplemente de hechos jurídicos.

II

EFFECTOS JURIDICOS

Conviene hacer una aclaración sobre en qué consisten los efectos jurídicos. Muchos creen que estos efectos consisten en la adquisición, pérdida o modificación de derechos. Creencia que sólo sería exacta si todo efecto que un hecho produjese fuera del estricto campo de los derechos subjetivos, debiese ser considerado como efecto no jurídico. Lo cual, habiendo sido dispuesto, tal efecto, por el Derecho objetivo, aun en un sector distinto del de los Derechos subjetivos, y siendo precisamente jurídico un efecto *porque* dispuesto por el Derecho objetivo, es evidentemente inadmisibles. Así que se dan efectos jurídicos en el campo de los deberes jurídicos, y en el de las facultades o potestades (que no son verdaderos y propios derechos subjetivos), y en el del nacimiento de la personalidad (de personas físicas o jurídicas), y en el de la capacidad jurídica o de obrar, y en el de los *status*, y, en general, en el de toda otra situación o posición jurídica, es decir, regulada por el Derecho.

Por eso —para poner también de relieve esa gama de efectos que siendo jurídicos no se dan, sin embargo, en el ámbito del Derecho subjetivo— es preciso advertir que el efecto jurídico no consiste sólo en la adquisición, pérdida o modificación de derechos subjetivos, sino en la producción

de cualquier modificación en el mundo jurídico, es decir, de cualquier alteración en la situación jurídica preexistente. Utilizando el término *situación* en un sentido lato, para indicar la realidad jurídica en su conjunto y no sólo con referencia a determinadas relaciones.

Respecto al momento de operarse el efecto, hay que decir que el conjunto de requisitos que exige la ley para la producción de aquél, puede darse simultánea o sucesivamente. Pero, mientras que el efecto del conjunto no se produce hasta el final, es posible que el surgir de los singulares requisitos vaya dando vida a determinados efectos cuya finalidad es preparar o asegurar el efecto definitivo. Respecto de éste aquellos se denominan preliminares o prodrómicos (1).

Ahora bien, también puede ocurrir que el efecto definitivo, cuando se produzca, se considere acaecido desde el momento en el que tuvo lugar el cumplimiento del primero de los varios requisitos exigidos, o, en general, en un momento anterior al de la producción real de tal efecto definitivo. En estos casos se habla de efecto retroactivo.

Cuando la ley, para que tenga lugar un efecto requiere, sin más, un solo hecho simple, aquél se produce tan pronto como éste se realiza. Así, por la muerte de una persona se abre su sucesión.

Hay efectos iguales que proceden de hechos distintos: por ejemplo, la propiedad se adquiere por sucesión *mortis causa* y por ocupación y por donación, etc. Por eso cuando se dice que existe una ficción legal, es decir, que tal o cual hecho se considera como si fuese uno distinto del que realmente es, y que sus efectos son los asignados a aquel que se finge ser; verdaderamente lo que se hace es atribuir, en determinados casos, iguales efectos a dos hechos distintos. Cosa posible porque la ley, que no puede convertir un hecho en otro, es, sin embargo, dueña en la atribución de efectos jurídicos.

(1) Cfr. RUBINO. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, 1939.

III

EJEMPLOS DE HECHO JURIDICO Y DE HECHO NO JURIDICO

Ejemplos de hecho jurídico son la muerte de una persona (que provoca la apertura de su sucesión), el matrimonio (que crea el estado conyugal), o la compraventa (que obliga recíprocamente a los contratantes).

Son ejemplos de hecho no jurídico, la puesta del sol, la caída de la lluvia, el leer, el pasear, los actos de goce de los bienes, etc. (1 bis).

Para evitar una posible confusión, hay que indicar que la juridicidad o no juridicidad de un hecho se entiende predicada de su tipo abstracto. Es decir, que el tipo de hecho (ponerse el sol, llover) es no jurídico, aunque en concreto determinada puesta de sol o determinada lluvia puedan serlo (en cuanto den lugar a efectos jurídicos: así si la puesta del sol ha sido contemplada como término final en un

(1 bis) Se podría pensar que el leer o el pasear, etc., son, asimismo, hechos jurídicos, en cuanto constituyen actos de ejercicio del derecho a la libertad. E, incluso, se podría alegar, como prueba, la reacción del Ordenamiento en los casos en que otro sujeto impidiere el acto. Mas realmente en tales casos el hecho jurídico (ilícito) lo constituye el impedimento, y de éste, y no de aquél derivan las consecuencias jurídicas (Cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* p. 6, n. 3). En general son jurídicamente irrelevantes —no son hechos jurídicos—, como tales, los actos de ejercicio de un derecho —y entre ellos los actos sociales de goce de un bien— que, aunque se desarrollan bajo la protección del Ordenamiento jurídico, no operan más allá de la esfera jurídica de su titular. Ello salvo que el acto mude la preexistente situación jurídica. Por ejemplo, no es hecho jurídico el uso que su propietario hace de la cosa —así, de la boquilla al fumar— pero si lo es cualquier otro acto, incluso de mero uso, si éste destruye tal cosa, porque en este caso muda la situación jurídica preexistente al extinguirse el derecho de propiedad con la destrucción de su objeto —porque destruye el objeto de la propiedad (cigarrillo) es hecho jurídico fumárselo (cfr. CARIOTA FERRARA, *ibidem*; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española p. 13; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht* 1878. p. 293).

negocio jurídico, o el que lleva ha sido puesto como condición en otro negocio). E igualmente, en abstracto, la muerte, el matrimonio o la compraventa, son hechos jurídicos, porque en abstracto a la muerte, al matrimonio y a la compraventa se les asignan efectos jurídicos, aunque algunos determinados hechos concretos, pertenecientes a un tipo de hecho jurídico en abstracto, puedan ser no jurídicos. Tal, por ejemplo, sucede si en una compraventa las partes acuerdan excluir todo efecto jurídico, y quedar obligados meramente en el plano de la buena fe o del honor, etc. (2).

Así como hay hechos de cuyo tipo abstracto se puede predicar la juridicidad o ajuridicidad, los hay también de un *tertium genus*, respecto del cual, en abstracto, no es posible, salvo que se hagan ulteriores precisiones, afirmar ni la una ni la otra: por ejemplo, la destrucción de una cosa, que si es *nullius* no provoca la extinción de propiedad alguna, y, si tenía dueño, extingue el derecho de dominio, lo cual es provocar una modificación jurídica, que sitúa entre los jurídicos al hecho que la ocasiona.

IV

CAUSA DE LOS EFECTOS JURIDICOS

A reserva de lo que diremos después (3), vamos a aludir aquí a la *vexata quaestio* de cual es la causa de los efectos, si el hecho o el Ordenamiento jurídico.

Según unos, la causa es éste, pues de por sí, el hecho

(2) La posibilidad de semejante figura, o de otras semejantes, no es cuestión que se deba tratar ni fundamentar aquí. De momento baste decir que, en todo caso, sólo son viables donde los efectos del hecho se produzcan *ex voluntate*.

(3) *Infra* número VI.

no encierra ninguna eficacia jurídica, es decir, no es *naturalmente* productor de efectos jurídicos. Luego la causa se halla en la norma, y el hecho funciona sólo como *condición* de los efectos. Estos tienen lugar *porque* la norma los produce, pero ésta los produce *sólo* cuando se realiza el hecho. Según otros, entre el hecho y el efecto media la relación lógica de fundamento a consecuencia, es decir, el hecho tiene valor de *causa efficiens* del efecto. Hay también quien entiende que causa (concausas) lo son ambos —norma y hecho— unidos. Y, por último, no falta quien piensa que la causa es la *situación jurídica anterior* (situación que alteró el hecho jurídico), a la cual la norma da fuerza de modificarse en determinados casos: cuando concorra —conurrencia no causante, sino meramente ocasional— un hecho jurídico (4).

Lo cierto es que ambos elementos —el hecho y el precepto— son igualmente necesarios para la producción del efecto, pero evidentemente no están en un mismo plano. La norma, al atribuir efectos a determinados hechos, *crea* una serie de causas jurídicas. Indudablemente, sin norma que lo disponga, no se daría el efecto. Luego el hecho lo produce *porque* existe la norma. Pero ésta no es la *causa*, sino que es la *creadora de una relación de casualidad* entre hecho y efecto, (5). Casualidad que, por tanto, descansa en la ley, en vez de basarse en el orden natural.

Por lo que respecta a la tesis de que la *causa* lo es la *situación jurídica anterior*, cabe afirmar que ésta sólo es el *medio* en el que el hecho desenvuelve su *poder causal*, (su eficacia).

(4) Cfr. CARIOTA FERRARA, ob. cit. p. 55, n. 1. Además: en el primer sentido MESSINEO *Manuale di Diritto civile e commerciale*, I, 8.^a ed. 1950 p. 449; BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 3.^a ed. I pág. 241; en el segundo ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Parte General*, trad. esp. 1.^a ed. I, 2.^o, p. 5; en el tercero SCLALOJA, V., *Negocios jurídicos*, trad. esp., p. 2; en el cuarto, CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, trad. esp. 1941, § 103, p. 214 y 215.

(5) Sustancialmente en el sentido que nos decidimos, también CARIOTA FERRARA, ob. cit. p. 55; OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. esp. p. 175; v. TUHR, *Parte general*, trad. arg. II, 1.^o p. 5.

Con esas precisiones debe entenderse el aforismo *ex facto oritur ius*.

V

CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS

Los hechos jurídicos son susceptibles de clasificar según muchos criterios, por lo que son muchas las clasificaciones posibles. Sin embargo, aquí sólo vamos a estudiar aquellas que presenten un interés suficiente, bien porque supongan una diferencia de trato jurídico para las distintas categorías de hechos, bien porque sean útiles para mejor comprender el modo de ser de estos hechos o la forma en que se producen sus consecuencias.

VI

HECHOS QUE FUNDAMENTAN EL EFECTO Y HECHOS QUE NO LO FUNDAMENTAN

Por el valor que tienen para la producción del efecto, los hechos se pueden dividir en hechos que fundamentan dicho efecto (que son causas del mismo) y hechos que meramente dan ocasión a que el efecto se produzca (que son únicamente condición para que otro hecho, el hecho-causa, despliegue su eficacia) (6). Sin embargo, no por eso dejan

(6) Obsérvese que esto no choca con lo dicho *supra* número IV, porque siempre hay un hecho causa, y no se afirma que el hecho-condición sea condición de eficacia de la norma, sino condición de eficacia de otro hecho jurídico.

estos hechos de ser jurídicos, porque, al menos para nosotros, el *dar lugar a efectos jurídicos* —que es la esencia del hecho jurídico— no debe entenderse en el sentido de *fundamentar* el efecto, sino también en el de *contribuir* (aunque sea como simple ocasión o condición) a su producción (7).

Ejemplos de los primeros serían el reconocimiento de un hijo natural o el otorgamiento de un contrato. De los

(7) En contra CASTAN, Derecho civil 1-2.º, 8.ª ed. p. 439, manifiesta que «Algunos factores, sin integrar el supuesto básico, son mera condición del efecto. Otros son verdadero fundamento jurídico. Estos últimos, o sea los que constituyen elemento principal del supuesto de hecho, son los hechos jurídicos. Así, la sucesión testamentaria está condicionada por diversas circunstancias tales como la edad y capacidad del testador, la muerte del mismo, etc.; pero el fundamento de dicha sucesión es el testamento. *Sólo éste es propiamente el hecho jurídico*».

Sin embargo, ya se comprende que aunque no consideremos hechos jurídicos sólo a los que fundamentan el efecto, no pretendemos afirmar que sea hecho jurídico *toda* circunstancia que sea tenida en cuenta por el Derecho. Pues una cosa es que haya hechos jurídicos que no fundamenten el efecto, y otra que se consideren como hechos (no fundamentadores) el conjunto de requisitos que la ley exige como *ambiente* para que la eficacia del hecho-*causa* se desarrolle y la concurrencia del hecho-condición haga posible tal desarrollo. Por ejemplo, en el caso de la sucesión *mortis causa*, es indudable que la delación, si hay testamento, se fundamenta en éste. Pero la muerte del causante es también un hecho jurídico (hecho no fundamentador sino condicionante) y, como tal, sin su concurrencia, el testamento no despliega su eficacia y no se produce *todavía* la delación, que ~~tiene~~ *tiene* lugar con ocasión de la muerte. Ahora bien, ya no son hechos jurídicos (ni fundamentadores ni no fundamentadores) sino meros requisitos o simples circunstancias —de hecho o de derecho— exigidos para la *validez* o existencia real del hecho (y, por tanto, para el nacimiento o permanencia de sus consecuencias) o para la producción de los efectos, por ejemplo, la testamentación activa del causante o la testamentación pasiva del llamado o el poder disponer del objeto legado o que éste no perezca antes de la muerte del testador, etc. Y para el que afirme que también éstos son hechos jurídicos y considere prueba de su afirmación que sin ellos el efecto no se daría, cabe responder que esto último es cierto pero que el efecto requiere no sólo la verdadera presencia de los hechos sino también —reiteramos— la de un *medio* en el que desenvolverse. A falta de la idoneidad de cuyo *medio* los hechos jurídicos o no producen sus efectos normales o son inoperantes. Y, para acabar, cabe advertir que de considerar hecho jurídico todo aquello a falta de lo cual no habría efecto, cualquier efecto sería producto de un cúmulo de hechos que acabaría en Dios, Supremo Hacedor y Causa Primera.

segundos, la aprobación judicial de aquél o la realización de la condición puesta a éste.

Ahora bien, ocurre que dependiendo, en cada caso concreto, el valor del hecho, de la función que le asigne el ordenamiento jurídico, un mismo suceso, objetivamente considerado, puede desempeñar unas veces el primer papel y otras al segundo.

VII

HECHOS SIMPLES Y COMPLEJOS

Son hechos simples los formados por un solo elemento (suceso u omisión), como la muerte de una persona. Son hechos complejos los que contienen varios elementos, es decir, requieren la concurrencia de varios sucesos (hablaremos, cuando del sentido de la expresión no se desprenda otra cosa, de *suceso* comprendiendo también la omisión), que son considerados en su conexión (formando una unidad orgánica). Por ejemplo, el contrato, que exige al menos dos elementos: las declaraciones de voluntad. Conviene insistir en que se trata de un solo hecho (complejo) y no de una *suma* de hechos simples. Que en los diferentes casos haya hecho complejo o haya una suma de hechos simples, depende de que el Derecho organice o no una unidad. Esta existe, por ejemplo, en todo contrato y, por tanto en el contrato de donación (C. c. art. 623). No la forman, sin embargo, la declaración testamentaria instituyendo heredero y la aceptación del llamado. De manera que así como la adquisición del donatario se apoya en dos declaraciones —oferta del donante y aceptación de aquél— que se unen en *un solo* hecho (complejo) (8),

(8) A los efectos del ejemplo es irrelevante la necesidad de la *traditio* para la adquisición de la propiedad (C. c. art. 609).

la del heredero se basa escalonadamente en *dos hechos*: testamento —que le ofreció la herencia— y aceptación —que **acogió el ofrecimiento**—.

Un mismo tipo de suceso puede formar parte de diferentes hechos complejos o puede, además de constituir un hecho simple por sí sólo, ser componente de uno de aquéllos.

No se requiere que los singulares sucesos que forman el hecho complejo se realicen coetáneamente. Es más, su producción, a veces, no puede menos de ser sucesiva: así en el contrato la aceptación sigue a la oferta.

VIII

HECHOS-ACONTECIMIENTO Y HECHOS-ESTADO

Los hechos jurídicos se distinguen en acontecimientos y estados (9), según se agoten en sucesos instantáneos o consistan en situaciones de carácter más o menos duradero. El acontecimiento se realiza en un momento determinado. El estado se origina en un acontecimiento. Son acontecimientos, el otorgar testamento, la adquisición de la posesión. Son estados, la ausencia, la incapacidad, la posesión, el no uso, etc.

IX

HECHOS CONSTITUTIVOS, MODIFICATIVOS Y EXTINTIVOS

Todo hecho, en cuanto productor de efectos jurídicos, es constitutivo de éstos. Pero, presupuesto tal carácter, es posible ahondar más, observando que el efecto puede con-

(9) Llámase por otros —así BETTI—, obr. cit. p. 10, hechos jurídicos en sentido estricto y estados de hecho.

sistir, bien en constituir, bien en modificar bien en extinguir un derecho subjetivo o una facultad o la capacidad, etc. Y aludiendo a ésto se habla de hechos constitutivos, modificativos o extintivos. Ejemplos de ellos son la compraventa (en cuanto *nacen* de la misma los derechos de las partes a la cosa y al precio) el matrimonio (en cuanto *modifica* la capacidad de la mujer) y el pago (en cuanto *extingue* la obligación).

Tal clasificación tiene interés, pongamos por caso, a efectos de la carga de la prueba. Y así el art. 1.214 del C. c., dispone que incumbe la prueba de las obligaciones (del hecho constitutivo de las mismas) al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción (del hecho extintivo) al que la opone.

X

HECHOS POSITIVOS O NEGATIVOS

Por su contenido los hechos jurídicos se distinguen en positivos y negativos. Y el concepto que —implícita o explícitamente— se suele formular respecto de esta bipartición es el siguiente: hecho positivo es aquel que consiste en un acontecimiento y hecho negativo es aquel que consiste en la falta de un acontecimiento, en una omisión (10). Lo cual, dicho sin más, aún siendo exacto si se le da determinada interpretación, puede dar una idea equivocada de las cosas. Por eso vamos a examinar éstas más a fondo.

Siendo la casualidad jurídica creada por la ley, ésta puede atribuir efectos —y aún *debe* hacerlo— a la no rea-

(10) BARBERO, ob. cit. p. 243; DE RUGGIERO y MAROI, Istituzioni di Diritto privato, 8.ª ed., 1950, I, p. 91; v. TUHR, ob. cit., vol. cit. p. 10; CASTAN, ob y vol. cit. p. 439 CARIOTA FERRARA ob. cit. p. 9 y 10, etc.

lización de ciertos acontecimientos, a la no existencia de ciertas situaciones, a una falta, en suma. Y de ahí que existan junto a los hechos jurídicos positivos otros negativos, que consisten en la falta de un suceso, lo mismo que los positivos consisten en su realización.

Pero el criterio para distinguir jurídicamente los unos de los otros ha de ser estrictamente jurídico, basándose, pues, en la realidad jurídica y no en cualquier otra realidad, sea ésta material o espiritual (11). Por lo cual el fundamento de la distinción no podrá ser, por ejemplo, el *contenido material del hecho* —ya que es por su contenido por lo que los hechos se dividen en positivos y negativos—, sino el *contenido jurídico*, es decir, aquel aspecto del acontecimiento o de la falta del mismo, por cuyo aspecto el Derecho liga las consecuencias al hecho.

Para la exacta comprensión de lo dicho, pongamos un ejemplo: una declaración de voluntad jurídicamente relevante es siempre para el Derecho un hecho positivo, porque, por la propia esencia jurídica de la cosa, esta declaración consiste en un acontecimiento, en un *hacer* algo jurídico —exteriorizar la voluntad—. Ahora bien, obsérvese que en ciertas ocasiones la voluntad se puede declarar a través de una conducta omisiva desde el punto de vista material —declaración mediante silencio— (12). Luego hay hechos que son

(11) No se diga que esto es obvio, porque se puede responder que el Derecho pudo remitir a un criterio extrajurídico. El contraobjeto diciendo que entonces ese criterio se convertirá en jurídico, no destruye la objeción; porque lo que interesa es ver el criterio en sí, pues su naturaleza intrínseca no cambia porque el Derecho lo adopte.

(12) Es preciso, sin embargo, no confundir la declaración de voluntad mediante una omisión —omisión en sentido material pero no jurídico— con la atribución *ex lege* de efectos jurídicos a lo que el Derecho considere como una omisión (hecho negativo). En el primer caso tenemos una omisión en sentido material pero un hecho *positivo* jurídicamente hablando. En el segundo nos encontramos frente a una omisión material que constituye un hecho jurídico *negativo*. Por ejemplo, en el supuesto de que el interrogado *in iure* observe una conducta omisiva se produce la adquisición de la herencia (C. c. art. 1.005) pero no *ex voluntate*, es decir, no porque el llamado *haya declarado con su silencio querer* la herencia, sino *porque calló*.

jurídicamente positivos y que, para la realidad no jurídica, consisten en la falta de un suceso (13).

Por eso es necesario perfilar la definición antes formulada, diciendo que, jurídicamente hablando, hecho positivo es aquello que el Derecho considera como un suceder, como un acontecer —aunque ello sea una omisión, desde un punto de vista no jurídico—. Y hecho negativo es aquel que el Derecho considera como un no suceder. Sin olvidar que, como todo hecho para ser jurídico ha de tener consecuencias jurídicas, lo que el Derecho considere como un no suceder pero que carezca de consecuencias jurídicas, no es un hecho jurídico negativo (14), lo mismo que tampoco lo es positivo,

De forma que aunque después se demuestre que no la quiso, será lo mismo. Cosa que no sucedería si la adquisición se hubiese basado en una declaración de voluntad (por omisión).

(13) Es equivocado hablar —como hace CASTAN, ob. cit. p. 447— de un acto jurídicamente negativo —omisión— constitutivo de un negocio jurídico, ya que el negocio jurídico requiere, al menos, un acto positivo (la declaración de voluntad). Lo que realmente hay es que los casos que CASTAN cita bajo el apartado 1.º, no son actos negativos —omisiones— en sentido jurídico (sino declaraciones de voluntad —acto jurídicamente positivo— mediante omisión material) y los que cita bajo el apartado 2.º no son negocios jurídicos, sino simplemente actos cuyo efecto se produce *ex lege*.

(14) No hay que pensar que ciertas situaciones vacías (omisivas) que *de por sí* no son hechos (porque no tienen efectos jurídicos) —por ejemplo el no deber (no ser deudor)—, se convierten en hechos negativos al *producirse otro hecho*, concuriendo, juntamente con éste, a la producción del efecto; ni hay tampoco que creer que tales situaciones eran, *desde antes*, hechos jurídicos (negativos) aunque aun ineficaces, porque la producción del efecto necesitaba de la concurrencia de *otro hecho*. Sin embargo hay quien opina que si se paga lo indebido, el hecho jurídico (positivo), pago, puesto en conexión con el que por él (por el pago) *debe* ser hecho jurídico negativo (falta de deuda), determina la producción del efecto: derecho a la repetición (a). Y hay quien cree que el hecho negativo *preexistente* (no deber, no deuda) concurre a producir el efecto cuando se paga (hecho positivo). E igual se puede decir del caso de la ocupación, poniendo en juego por un lado la aprehensión de la cosa y por otro la carencia de derecho de propiedad sobre ella.

(a) Aparte de las acciones que se puedan tener si por la improcedencia del pago se sigue siendo dueño de lo pagado.

lo que, aún considerado por el Derecho como un suceder, carezca también de ellas.

De esto se deduce que, caso por caso, hay que ver cómo conceptúa el Derecho los acontecimientos que la realidad le ofrezca. Para deducir así si éstos o su falta son o no hechos jurídicos positivos o negativos. Ahora bien, normalmente, los sucesos de la realidad a los que el Derecho asigna efectos, son hechos jurídicos positivos, y las faltas (en el sentido de no suceso) de tal realidad, con relevancia jurídica, son hechos jurídicos negativos.

Así como los hechos positivos, bien por sí solos, bien con otros, dan lugar al efecto, los hechos negativos, las más de las veces, no bastan por sí solos para producirlo,

Por ejemplo CARIOTA FERRARA —ob. cit. p. 10—, estima que el efecto jurídico en el caso del pago de lo indebido se deriva de *dos* hechos jurídicos, uno negativo —no deuda— y otro positivo —pago—. En un plano diferente COVELLO N., Doctrina general del Derecho civil, (trad. mejicana del Manuale di Diritto Civile italiano I, 4.ª ed.) 1919 §97, p. 313, considera como *único* verdadero hecho jurídico la falta de deuda.

Para nosotros realmente en el pago de lo indebido no hay un hecho jurídico positivo —pago— y otro negativo —no deuda— sino que hay un algo unitario —pago de lo indebido— (b), igual que en la ocupación no hay tampoco un hecho positivo —aprehensión con ánimo de adquirir la propiedad— y otro negativo —que la cosa no tenga dueño—, sino que hay sólo un hecho: el positivo. En ambos casos lo que ocurre es que existe un previo estado de cosas, un previo estado de Derecho, situación consistente en la ausencia de deuda o en la falta de un derecho de propiedad sobre la cosa, que no es un hecho jurídico en sí, sino que es simplemente el *ambiente*, el *medio* en el que *incide* el hecho jurídico pago, o el hecho jurídico ocupación, que son los que, operando en esa situación según su modo de ser y según las posibilidades que dicha situación previa les ofrece, producen los efectos (c).

De todas formas, dónde hay un hecho y dónde varios —y de ellos alguno negativo— no puede afirmarse de una forma general *a priori*, pero debe investigarse con un criterio jurídico y no puramente lógico.

(b) También DE RUGGIERO —Instituciones de Derecho Civil, trad. española I, § 24, p. 244, n. I., por ejemplo, creo que sólo hay un hecho jurídico: el pago.

(c) Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. y vol. cit. p. 5; v THUR, ob. y vol. cit. pág. 17.

sino que necesitan la concurrencia de otros hechos positivos.

Ejemplos de hecho positivo son la mutación de cauce de un río, la ocupación, el otorgamiento de testamento. Y ejemplos de hecho negativo, el no uso de una servidumbre, la falta de pago de una deuda, la tácita reconducción (C. c. artículo 1.556), el silencio del interrogado *in iure* (C. c. artículo 1.005).

XI

HECHOS NATURALES Y VOLUNTARIOS

Sin duda la más importante de las clasificaciones de los hechos jurídicos es la que los distingue en naturales y voluntarios.

Ante todo, la doctrina no utiliza una terminología uniforme. A los primeros se les denomina bien hechos naturales, bien hechos involuntarios, bien hechos jurídicos en sentido estricto, bien hechos jurídicos, a secas, dando por sobreentendido que la expresión no abarca a los hechos voluntarios. Lo cual, siendo también éstos realmente hechos jurídicos, es utilizar la expresión «hechos jurídicos» en un sentido estricto, aun sin decirlo. A los segundos se les llama hechos voluntarios, hechos humanos, actos humanos, o bien actos jurídicos, o actos, a secas. Nosotros para designar a los primeros hablaremos de hechos naturales. En cuanto a los segundos utilizaremos indistintamente las expresiones «hechos voluntarios» y «actos jurídicos».

Además hay que señalar que mientras que comúnmente dentro de los hechos naturales se comprenden los actos del hombre —*actus hominis*— (15), hay quien sitúa éstos dentro

(15) Así v. THUR, ob. y vol. cit., p. 117; ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. y vol. cit. p. 8; BEKKER System des heutigen Pandektenrechts, I, 1886, § 85; BARBERO. ob. y vol. cit. p. 306, especialmente n. 1, donde

de los hechos voluntarios (16). Nosotros adoptamos aquella posición.

Realmente el hecho natural consiste en un acontecimiento natural y el hecho voluntario en una conducta (acción o abstención) humana, hecha omisión ahora del resultado que uno u otro produzcan. Este resultado puede incluso ser igual para los dos. Así la avenida (hecho natural) puede cambiar el cauce del río, o la caída del rayo (hecho natural) puede matar a un hombre. Pero también el cauce del río, lo pudieron cambiar trabajos del hombre (conducta humana), o un hombre pudo ser muerto por obra de otro (conducta humana).

Ahora bien, el Derecho, que crea causas jurídicas —es decir, que dispone qué sean hechos jurídicos— puede formar éstos con un sector más o menos amplio de la realidad (realidad que se va desenvolviendo en una cadena de causas y efectos, en la que el efecto de una causa se convierte, a su vez, en causa de otro efecto). Y así, puede construir un hecho jurídico con un solo trozo de dicha realidad— el *quedar* el río en el otro cauce, el *germinar* la semilla en la tierra, el *quedar* la tierra depositada en otro fundo, el *morir* un hombre— atribuyendo efectos (ya que en la atribución de efectos por el Derecho reside la creación del hecho jurídico) a ese trozo de la realidad *por sí solo* (así, por ejemplo, por el *solo* morir se abre la sucesión del fallecido). O puede —el Derecho—

advierte explícitamente que sólo es hecho jurídico voluntario el *actus humanus*; DE BUEN, Derecho civil común, 3.ª ed. I. pág. 115; DE RUGGIERO y MAROL, ob. y vol. cit. p. 91; y CASTAN, ob. y vol. cit. p. 111, n. 2. que especifican que las acciones del hombre que no dependen de una voluntad, entran dentro de los hechos naturales: el acto de un demente equivale a la fuerza bruta; etc.

(16) CARIOTA FERRARA, ob. y vol. cit. p. 8, 21 y 40. Los llama a todos —actos humanos y actos del hombre— hechos jurídicos voluntarios porque —dice— el agente es el hombre «pero no porque se requiera una voluntad» (p. 40), y advierte que le parece inexacta la tesis de los que sitúan las acciones del hombre que no dependen de una voluntad (por ejemplo el acto de un loco) entre los hechos naturales (pág. 24). La posición de CARIOTA, aunque sólo fuera terminológicamente, es inadecuada ya que, por lo menos, es equivocado calificar de voluntarios, *por proceder del hombre*, a aquellos hechos en los que, aún procediendo de éste, falta una voluntad.

construir un hecho jurídico reuniendo en una unidad más trozos de dicha realidad, de forma que éste sea un hecho jurídico distinto, aunque lo compongan trozos que *por sí solos* constituyeron *otros* hechos jurídicos —es decir que ya fueron, frente a *otra* norma, eficaces jurídicamente— (así, hecho jurídico formado con la causa y el efecto: quedar el río en el otro cauce y que el cambio lo provocasen obras hechas por el hombre; o la muerte de una persona y que ésta la provocase el rayo, o la muerte de una persona y que esta muerte la provocase otra persona —homicidio—).

Presupuesto esto, para el Derecho es hecho natural aquel en que el acontecimiento que lo forma —si es uno sólo— es un acontecimiento natural, o en cuya composición —si lo forman varios— sólo entran acontecimientos naturales (así, es hecho natural la muerte, y lo es el quedar la tierra depositada en el mundo, y lo es el quedar el río en otro cauce; y lo es asimismo el morir *por* la caída de un rayo, o el que la tierra haya sido depositada paulatinamente *por* efecto de la corriente —C. c. art. 366—, o el que el río cambiase de cauce *por* la avenida —C. c. art. 370—). Y es hecho voluntario aquel en que el acontecimiento que lo forma —si es uno sólo— es la conducta humana, o en cuya composición —si lo forman varios acontecimientos— entra la conducta humana como causa del resultado (así el cambiar el río de cauce *por* obras, el morir una persona *a manos* de otra).

Por eso, por ejemplo, la muerte —considerada *por sí sola*—, es *siempre* hecho natural, porque siendo un acontecimiento de la naturaleza y abstrayendo (es decir, no entrando a formar parte del hecho jurídico, tal como la determinada norma que interesa a este caso lo configura) el acontecimiento —casua— que la produce, nos encontramos frente a un hecho jurídico —la muerte— en cuya composición entra sólo un acontecimiento de la naturaleza. Y la muerte producida por la caída del rayo es también un hecho natural, pues aunque se tome en cuenta, para formar el hecho jurídico, la muerte y su causa, ambos elementos son acontecimientos naturales. Y, por el contrario, la muerte por homicidio, es un hecho voluntario, porque se toman en cuenta,

para formar el hecho jurídico, dos acontecimientos: la muerte y su causa, y esa causa es la conducta humana.

Desde el punto de vista que el Ordenamiento jurídico contempla la realidad es equivocado considerar *siempre* hecho jurídico (el productor de los efectos) el *sólo* resultado exterior (cosa que no debe hacerse *siempre*, sino *únicamente* cuando realmente el Ordenamiento tenga en cuenta *sólo* tal resultado —ejemplo: la muerte considerada por sí sola), y calificarlo de hecho natural o voluntario, según proceda o no de una conducta humana que, aunque causa del hecho, se estima externa a él (previa al hecho jurídico, de tal manera que no forma parte del mismo, sino que sólo sirve para determinar si es natural o voluntario (17).

(17) Si se adopta tal postura, que calificamos de equivocada, es exacta la objeción de BETTI —ob. y vol. cit. p. 11— que, tomando el anterior ejemplo de la muerte de una persona, dice que llegaríamos a «calificar como natural o como voluntario un mismo hecho, según que en el caso concreto estuviere o no determinado por la voluntad del hombre». Cosa inadmisibles porque para el Derecho *un mismo hecho* no puede ser unas veces natural y otras voluntario.

Lo que pasa es que no hay un *mismo* hecho —para el Derecho— si en un caso éste toma en cuenta la *sola* muerte, y en otro la toma en cuenta *juntamente* con su causa. Por eso, en aquél, la muerte es siempre hecho natural, y en éste forma parte de uno voluntario si su causa fué la conducta humana (homicidio).

La respuesta de CARIOTA FERRARA —ob. y vol. cit. p. 8— a la objeción de BETTI es exacta. Dice CARIOTA FERRARA: «el hecho es siempre aquél... que es, natural o voluntario: así la siembra o la plantación, son siempre hechos humanos consistentes en el sembrar o en el plantar; la muerte es siempre hecho natural consistente en el cesar de vivir. El crecer de las plantas es hecho natural, consecuencia del primero; que ello pueda ser debido a otro hecho natural (caída de la semilla llevada por el viento) en vez de a un hecho humano (siembra) no quiere decir en absoluto que por la identidad del efecto deban confundirse las causas, en sí diversas. Igualmente: la muerte puede ser debida a acontecimientos naturales (enfermedad, caída del rayo, terremoto), o bien humanos (homicidio); lo que no quiere decir que pueda ser natural o voluntaria, a menos de confundir causa y efecto».

Únicamente que CARIOTA FERRARA no llega a ver que el Derecho no contempla siempre en su individualidad los hechos de la realidad. Por lo cual los singulares acontecimientos naturales que CARIOTA cita —muerte—

Y es igualmente equivocado, desde el punto de vista del Ordenamiento, decir que *siempre* el hecho jurídico voluntario es el *consistente* exclusivamente en una conducta humana. Pues al no incluir dentro del hecho jurídico las consecuencias de la conducta, se deja fuera de éste el resultado exterior de la misma (cosa que debe hacerse no *siempre* sino únicamente cuando realmente para el Ordenamiento el hecho lo sea la *sola* conducta): así si siempre se considera aisladamente la conducta humana, y no la muerte que ésta ha producido, en el homicidio.

Para el Derecho el hecho natural es un acontecimiento de la naturaleza o es una unidad formada por varios acontecimientos de la naturaleza. Y el hecho voluntario consiste, *normalmente*, en la realización por la conducta humana de un resultado exterior. En el cual hecho se funden, pues, conducta y resultado (aunque cuando la conducta —que siempre ha de existir— sea omisiva, el resultado sea faltar algo que debió existir —el resultado de la conducta omisiva del deudor que no paga es la falta del pago debido—). Si bien el hecho voluntario puede consistir también en la *sola* conducta humana, en cuyo caso cualquier resultado exterior que produzca, no se aprecia —por el Derecho— en sí, sino como dato para individualizar la conducta y hacerla patente.

No son conducta humana, ni los procesos y estados puramente internos (18) ni la actuación externa que se produce inconsciente o involuntariamente, como un movimiento del

te, crecer de la planta, etc.— no serán *siempre* hechos naturales (en sentido jurídico) sino que cuando el Derecho los tenga en cuenta *juntamente* con su causa, y ésta sea la conducta humana, tales acontecimientos de la naturaleza —muerte, crecer de la planta, etc.— pasarán a ser un *componente* de un hecho que para el Derecho es, *como unidad*, un hecho voluntario.

(18) Sin embargo, para el Derecho pueden tener importancia no sólo hechos del mundo exterior, del mundo de la naturaleza, y la conducta humana que incide en el mundo exterior, que se exterioriza, sino también, hechos de la vida espiritual interna. Aunque para los Derechos positivos privados estatales se puede sentar la regla de que no son jurídicamente relevantes sino en relación con hechos exteriores. Por ejemplo intenciones, motivos, conocimiento o ignorancia de una cosa, buena o mala fe, etc.

cuerpo ocasionado por *vis absoluta* (19). Además, para que el Derecho estime la conducta como humana se requiere que la voluntad de la cual proviene sea normal en una medida diferente según los casos (20).

No incluimos en la definición de hecho voluntario la referencia a que haya una voluntad encaminada a realizarlo —voluntad del hecho— (voluntad de aprehender la cosa en la ocupación, de sembrar en la *seminatio*, etc.), porque, siendo también hechos jurídicos los negativos, se requeriría una voluntad encaminada a no realizarlos (voluntad de no pagar, o de no usar la servidumbre, etc.), y como se considera también, a veces, como acto la omisión basada en el simple olvido —sin que sea precisa por tanto una *voluntad de omisión*—, resultaría que en estos hechos omisivos por olvido no habría voluntad de realizarlos, luego no habría voluntad del hecho.

El hecho voluntario se basa en que la conducta que lo forma en todo o en parte, es voluntaria. Pero no requiere necesariamente una voluntad *directamente* encaminada a producirlo. Normalmente esta voluntad existe y, porque existe, el agente observa la conducta adecuada para producir el resultado exterior. Pero cuando tal voluntad falta, no por eso deja de haber hecho voluntario, si la conducta que lo constituye es voluntaria y el resultado que produce en el mundo exterior es al menos previsible. Por ejemplo, es hecho voluntario —a los efectos de la bipartición de los hechos jurídicos en naturales y voluntarios— el producir *sin querer* una inundación en el fundo vecino por abrir *voluntariamente* las compuertas de la balsa propia, habida cuenta de que, presupuesta tal apertura, la inundación era previsible.

(19) Cfr. autores citados en nota 15.

(20) Cfr. v. TUHR, ob. y vol. cit. p. 117; ENNECÉRUS-NIPPERDEY, ob. y vol. cit. p. 8.

XII

CLASIFICACION DE LOS HECHOS VOLUNTARIOS

Los hechos voluntarios o actos jurídicos se dividen en actos jurídicos en sentido estricto y declaraciones de voluntad (21), según que el efecto jurídico se produzca *ex lege* o *ex voluntate*.

Es acto jurídico en sentido estricto el que encerrando —como todo acto jurídico— una conducta humana, produce los efectos jurídicos porque el Derecho los atribuye a su realización, independientemente de que el agente los quiera o no. Se habla en este caso de efectos *ex lege*. Por ejemplo: si descuidas el depósito que se te confió, indemnizarás el perjuicio que se produzca, o, en general, si causas daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, estarás obligado a repararlo. El efecto —como decimos— puede ser o no querido. Ni una cosa ni otra importan. La ley al prefijar el que corresponde a determinado acto, no tiene en cuenta sino la realización de éste, haciendo caso omiso de la intención del agente.

Es declaración de voluntad el acto jurídico en el cual la conducta humana consiste en la exteriorización de un querer, conducta que el agente observa exactamente con la mira de que se produzca el efecto, o sea, persiguiendo éste, que es producido también por la realización del acto, pero producido precisamente *porque* el agente lo quiso, y corresponde (tal efecto) al contenido de voluntad que se declaró, de for-

(21) Cfr. en especial, MANIGK Studi di Diritto italiano e tedesco sulla nature e Inquadramento sistematico degli atti giuridici privati, en Annuario di Diritto comparato, XVI, 1942, p. 133 y as. MANTIGK Das rechtswirksame Verhalten, 1939; MANTIGK, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907; KLEIN (PETER) Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, 1912; MOLTZBACHER, Handlungsfähigkeit nach deutschen bürgerlichen Recht, 1903; TESAURO, Atti e negozi giuridici, 1933; TRIMARCHI, Atto giuridico e negozio giuridico 1940; MIRABELLI, L'atto non negoziale nel Diritto privato italiano, 1955.

ma que dicho contenido es decisivo en orden a la regulación de aquel (efecto). Es decir, es relevante el propósito del agente, y la ley, al determinar las consecuencias del acto, le asigna éstas o aquéllas *en cuanto son queridas*. Se habla entonces de efecto *ex voluntate*. Por ejemplo: si el testador instituye heredero a Ticio —o sea, declara su voluntad de que Ticio le suceda— Ticio será llamado a la herencia.

Resumiendo: los efectos de todo acto jurídico los produce el acto, pero en el acto jurídico en sentido estricto se basan en la realización de éste, y en la declaración de voluntad se basan en el propósito del agente. En un caso hay efecto *porque se hizo* (el acto). En el otro *porque se quiso* (el efecto).

Los más importantes actos jurídicos son las declaraciones de voluntad, que, por sí solas o juntamente con otros elementos, forman los llamados negocios jurídicos, de los cuales trataremos después. Ahora pasamos a ocuparnos de las clases de actos jurídicos en sentido estricto:

Se subdistinguen éstos en actos semejantes a los negocios jurídicos y actos no semejantes a los mismos (22).

A) ACTOS SEMEJANTES A LOS NEGOCIOS JURIDICOS

Son actos semejantes a los negocios aquellos en los que si bien el efecto se produce *ex lege*, sin embargo la realidad es que se suelen ejecutar con conciencia del mismo

(22) La terminología no es, sin embargo, uniforme, ni tampoco esa bipartición se acepta por todos. Es más, lo corriente en nuestra actual doctrina es contraponer los «actos reales» a los «actos semejantes a los negocios jurídicos».

Aparte de eso, hay que tener en cuenta que como no toda declaración de voluntad constituye de por sí un negocio jurídico (sino que, como ya hemos indicado y veremos después, se precisa, a veces, de la concurrencia de otros elementos), en vez de hablar de actos semejantes o no semejantes a los negocios sería más exacto hablar de actos semejantes o no a las declaraciones de voluntad. Sin embargo, con esta advertencia, conservamos la terminología por razón de ser usual.

y normalmente con la intención de producirlo. Es decir, aunque su producción no se base en que sea querido, el agente lo suele querer.

A su vez dentro de estos actos semejantes a los negocios cabe señalar diversos tipos:

a) EXTERIORIZACIONES DE VOLUNTAD

Exteriorizaciones de *voluntad*, que la ley dota de efectos jurídicos, pero sin que éstos correspondan al contenido de voluntad que se exterioriza, ni ésta pueda modificarlos (23).

La diferencia, pues, entre esas exteriorizaciones constitutivas de actos semejantes a los negocios y las declaraciones de voluntad está en que en éstas el efecto jurídico corresponde al contenido de la voluntad (voluntad que regula esos efectos y que —como regla— puede modificar, en los casos concretos, los que la ley estableció en abstracto) y en aquéllas no, porque en éstas lo importante es la voluntad declarada, mientras que en aquéllas, aunque consisten también en manifestar una voluntad, lo que importa no es tanto lo que se manifiesta querer, sino el haberlo manifestado voluntariamente. Por ejemplo, si en una declaración de voluntad se instituye heredero, el efecto jurídico *ex voluntate* consiste

(23) ENNECCERUS-NIPPERDEY hablan de «exteriorizaciones de voluntad parecidas a los negocios» (ob. y vol. cit. p. 12); BIERMANN de «manifestaciones de voluntad carentes de carácter negocial» (Bürgerliches Recht, I, 1908, § 38, 2, I, b. p. 114); ELTZBACHER de «manifestaciones de voluntad no decisivas» (porque el contenido de la voluntad manifestada no es decisivo para el efecto jurídico) (Handlungsfähigkeit, cit. p. 160); BARBERO de «manifestaciones de voluntad irrelevantes por la voluntad manifestada» (ob. y vol. cit. p. 310); etc.

en el llamamiento a la herencia del instituido, efecto cuyo contenido corresponde a la voluntad que se declaró. Mientras que, diferentemente, en la intimación que el acreedor dirige al deudor para que éste cumpla la obligación —intimación que es una exteriorización de voluntad constitutiva de un acto semejante a los negocios— el efecto jurídico que se produce —en el caso de que el deudor no cumpla— es el quedar éste constituido en mora (C. c. art. 1.100), efecto que no corresponde al contenido volitivo que el acreedor exteriorizó, pues éste manifestó querer el *cumplimiento de la obligación*, cosa que es distinta de la *constitución en mora*.

Ello ocurre así porque los efectos de hecho —contrariamente a los de derecho, que suceden por *necesidad jurídica*— pueden no tener lugar (así si el deudor hace caso omiso de la intimación, no se produce el efecto de hecho que el acreedor manifestó querer: el cumplimiento). Por eso el Ordenamiento dota a la intimación de unos efectos jurídicos distintos de los que el acreedor expresó querer. Este puede —independientemente de esto— tener conciencia de ellos y desearlos, puede también haber intimado al deudor precisamente para que se produjeran, puede, además, manifestar explícitamente que los persigue, o bien puede hacer todo lo contrario, diciendo no desear su producción. En cualquier caso sus manifestaciones, en orden a querer o no querer la constitución en mora del deudor, son indiferentes para la ley, que la produce simplemente por la intimación.

Otros ejemplos de exteriorizaciones de voluntad constitutivas de actos jurídicos semejantes a los negocios, son numerosos requerimientos, reclamaciones, comminaciones, negativas, etc. Así el hecho al tutor para que inscriba en el inventario los créditos que tenga contra el pupilo (C. c. art. 267), la de los acreedores a que se haga, sin su concurso, la división de la cosa común (C. c. art. 403), la dirigida al tercer poseedor de la finca hipotecada para que la desampare (artículo 126 L. H.), la del propietario a contribuir al seguro del predio sujeto a usufructo (C. c. art. 518-2.ª), etc.

b) EXTERIORIZACIONES DE ACONTECIMIENTOS ESPIRITUALES QUE NO SON UNA VOLUNTAD

Exteriorizaciones de acontecimientos espirituales que no son una voluntad. Así exteriorizaciones de una creencia o de un conocimiento, convicción, opinión, sentimiento, etc. (23 bis).

No se declara voluntad alguna. No hay duda, pues, de que el efecto jurídico no se produce *ex voluntate*. Que accidentalmente el sujeto manifiesta determinada voluntad, favorable o no a los efectos jurídicos, es perfectamente inoperante.

Los casos más típicos son, quizás, las llamadas declaraciones de ciencia, uno de cuyos ejemplos es el reconocimiento de un hijo natural (C. c. arts. 129 y ss.).

Cuando se trata de manifestaciones dirigidas a otra persona, se habla de notificaciones. Por ejemplo la notificación de haber elegido una prestación en la obligación alternativa (C. c. art. 1.133).

A estos actos semejantes a los negocios —cuando falten normas específicas dictadas para ellos— serán aplicables las

(23 bis) No creemos útil formar —como hacen algunos: v. Tuhr, ob. y vol. cit. p. 134 y 135; Messineo, *Manuale* I, 8.ª ed. 1950, p. 446— un grupo aparte con las exteriorizaciones de sentimiento que, si son jurídicamente eficaces en cuanto tales, carecen de un tratamiento legal específico unitario que justifique la separación. Ahora bien, si realmente la eficacia jurídica no deriva de la exteriorización de sentimiento, sino que, presupuesto éste, el sujeto, sobre su base, forma y exterioriza determinada voluntad —aunque exteriorice a la vez el sentimiento que le indujo a ello—, nos encontramos entonces frente a una exteriorización de voluntad, que, según los casos, puede constituir una declaración de voluntad o una exteriorización de voluntad semejante a los negocios (*Supra sub a*).

El supuesto normalmente contemplado por la doctrina es el del perdón —ejemplos: C. c. arts. 74. 757. 856, etc.— que para unos es y para otros no, declaración de voluntad. Cfr. sobre el particular con opiniones en ambos sentidos, Castán, ob. cit. vol. cit. p. 445 y 446. Enneccerus-Nipperdey, ob. y vol. cit. p. 13, nota 15; v. Tuhr, ob. y vol. cit. p. 134 y 135. MIRABELLI, op. cit. números 113 y ss.

referentes a las declaraciones de voluntad, en tanto lo justifique la analogía de unos y otras. La analogía no sólo no existe cuando el elemento contemplado en ambos sea en sí diverso, sino tampoco cuando tiene valor diferente o desempeña función distinta en un caso respecto del otro. En los singulares supuestos será a veces preciso aclarar hasta donde es pertinente el argumento de analogía o si el que procede es el *a contrario*.

B) ACTOS NO SEMEJANTES A LOS NEGOCIOS

Junto a los actos semejantes a los negocios, la doctrina española más moderna (24) suele situar, siguiendo a un autorizado sector de la alemana, otro grupo de actos llamados *reales* (25), que juntamente con aquéllos integran la categoría de actos jurídicos en sentido estricto. Nosotros, sin embargo, preferimos agruparlos bajo la calificación de «no semejantes a los negocios», que es de mayor amplitud (26). En ellos el sujeto al ejecutar el acto no suele perseguir los efectos que el Ordenamiento fija *ex lege*, a diferencia de lo que ocurre en los semejantes a los negocios, en los que sí suele hacerlo. La conducta que el agente observa va encaminada a un resultado de hecho —material generalmente— o bien, siendo voluntaria, lo produce sin pretenderlo, pero lo cierto es que el conjunto formado por la conducta humana y el resultado de

(24) CASTAN ob. y vol. cit. p. 444; PEREZ y ALGUER, notas a la trad. esp. de ENNECCERUS-NIPPERDEY, vol. cit. p. 17; etc.

(25) Por ejemplo ENNECCERUS-NIPPERDEY ob. y vol. cit. p. 14. Otrs hablan de «operaciones jurídicas», como v. TUHR ob. y vol. cit. p. 126; CARNELUTTI ob. cit., § 145, p. 299 y ss. Otros de «meros actos jurídicos», como CARIOTA FERRARA ob., cit. p. 39; etc.

(26) BARBERO ob. y vol. cit. p. 309 los denomina «comportamientos de hecho».

hecho, es, a su vez, considerado por la ley como causa de un efecto jurídico (27).

Ejemplos tenemos en la especificación (C. c. art. 383) (28), la adquisición o el abandono de la posesión (C. c. artículos 438 y 460), etc.

XIII

EL NEGOCIO JURIDICO

Ante el problema de si las relaciones entre los miembros de la comunidad deben ser reguladas desde arriba, por el poder público, o por los propios interesados, según su voluntad, naturalmente siempre dentro de ciertos límites, los Derechos privados actualmente vigentes en nuestra civilización y, entre ellos, el español, acogen la segunda solución, por estimar que el orden más adecuado para las relaciones

(27) Cuando el Derecho toma en cuenta sólo el resultado de hecho, con omisión de que sea provocado por la conducta humana, no estamos —como ya dijimos— en presencia de un acto jurídico sino de un hecho natural. En este sentido también, expresamente para el supuesto en estudio, v. TUHR, ob. y vol. cit. p. 127 y allí citados.

(28) Al que piense que convirtiéndose también el loco en dueño de la obra en la que emplea materia ajena, es irrelevante la conducta humana en la especificación, ya que el acto de aquél no es *actus humanus* sino *actus hominis* (hecho natural), cabe responderle que: como hecho natural puede, aplicándole la regla del art. 383-1.º, provocar la adquisición de la obra por su autor, pero eso no quiere decir que la conducta humana sea irrelevante, sino sólo que hay también una especificación que es hecho natural. En efecto, la relevancia de la conducta humana en la especificación (acto jurídico, por ello) la prueba la comparación de los párrafos 1.º y 3.º del art. 383, pues en un caso el especificador adquiere la propiedad y en el otro no. Y para que la conducta humana fuese irrelevante, es decir para que la especificación fuese hecho natural, porque el Derecho tuviese sólo en cuenta el resultado exterior, sería preciso que *en todo caso* la creación de la nueva obra provocase el mismo efecto.

privadas de los individuos es el que ellos mismos establecen armonía con su modo de concebir sus necesidades y con sus peculiares aspiraciones y manera de pensar. Por eso conceden al sujeto un amplio poder para estructurar tales relaciones jurídicas según su propia voluntad *exteriorizada*, ya tratándose de producir efectos frente a los demás no sería admisible tomar como pauta la voluntad meramente interna, que, por otro lado, es desconocida.

A tal objeto, el medio de que se sirve el Derecho es la atribución a las declaraciones de voluntad de los individuos de efectos jurídicos congruentes con ellas, es decir, dicho medio consiste en elevar a causas jurídicas de los efectos apetecidos a los actos en que el sujeto manifiesta querer una regulación determinada dentro de la esfera que le es propia. Esta declaración de voluntad, por sí sola o en unión de otras, o bien en unión de otros elementos que no sean declaraciones de voluntad, o de una y otros conjuntamente, es constituida en fundamento del efecto jurídico, y el hecho que lo produce —formado, pues, necesariamente al menos por una declaración de voluntad, pero posiblemente por más declaraciones y otros elementos— se llama negocio jurídico.

Pero no es negocio jurídico cualquier declaración de voluntad, porque la ley no atribuye efectos jurídicos a todas las expresiones del querer humano, sino sólo a las que, a tenor de las ideas en que se inspire cada Ordenamiento positivo, los merecen (por ejemplo no ocurre tal en el caso de que dos personas manifiesten querer dar un paseo juntas o reunirse una noche a cenar; de forma que si después una de ellas no está dispuesta a hacer lo que acordó con la otra, ésta no le puede exigir jurídicamente el cumplimiento de lo prometido, ya que el acuerdo careció de eficacia vinculante desde el punto de vista jurídico). Y, por otro lado, no sólo exige la ley que la declaración de voluntad verse sobre determinadas materias, sino que exige también ciertos requisitos en el que la emite, en la propia emisión, etc.

De lo dicho antes hay que concluir que el negocio jurídico es un medio para la autorregulación de los propios intereses en el campo jurídico, o, lo que es lo mismo, que es un instrumento para actuar, en tal campo, la voluntad priva-

da. De forma que la autonomía de la voluntad se ejercita a través de él.

En cuanto al *fin* que con él se persigue es, según hemos indicado, regular los propios intereses jurídicos. Pero ello, como regla general, pues también haya negocios jurídicos encaminados, como excepción, a la regulación de los intereses ajenos. Por ejemplo, el negocio representativo. Sin embargo, conviene advertir que hay una serie de consecuencias *mediatas* que pueden afectar a terceros y que sería equivocado considerar como prueba de que habitualmente los negocios jurídicos producen sus efectos en la esfera de los que no intervienen en ellos. Por ejemplo, si en virtud de un negocio se adquiere *a non domino*, el titular del derecho adquirido cesa de serlo por haberse convertido en titular el adquirente *a non domino*. Pero no es que el negocio sea eficaz respecto de aquel, sino que siendo el efecto del mismo sólo la adquisición de éste, tal adquisición tiene, a su vez, como consecuencia, la pérdida del derecho por el anterior titular.

Cabe ahora observar qué *papel* desempeña en el ámbito jurídico la institución del negocio: representa la solución a un problema práctico paralelo a aquél que se resuelve con la figura del derecho subjetivo privado. Ambos (derecho y negocio) están al servicio de la libertad y de la autonomía privada, pero con finalidades esencialmente distintas, ya que cada uno de ellos representa la solución de una diferente cuestión, si bien sean éstas correlativas y complementarias. El derecho subjetivo cumple una finalidad estática de conservación y tutela. El negocio jurídico, por el contrario, tiene una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación. Con el derecho subjetivo resuelve el Ordenamiento jurídico el problema de proteger los intereses privados tal como los encuentra constituidos en el ordenamiento económicosocial que tutela. Con el negocio jurídico soluciona el de ofrecer a la iniciativa individual el modo de desplegarse y actuar, modificando la posición de aquellos intereses, según las directrices que los particulares mismos juzguen más convenientes (29).

(29) BETTI, ob. cit. p. 46.

Es posible construir una teoría general del negocio jurídico porque de las que son hoy singulares figuras del mismo se puede inducir un sistema de conceptos y principios comunes a todas. Y el mérito de haber realizado tal tarea corresponde a los pandectistas alemanes del pasado siglo, que con ello han dado una pieza importantísima a la ciencia jurídica actual, pues el estudio del concepto del negocio jurídico como tipo abstracto y de la teoría general del mismo *facilita* el de dichas figuras singulares (contrato, testamento, matrimonio, etc.), *simplifica* la exposición de aquello que les es común, y *da una visión unitaria* de una serie de cosas que conviene contemplar conjuntamente. Por eso hay que sostener que el negocio jurídico constituye una abstracción útil. Lo cual no quiere decir que sea lícito, ni hipertrofiar su estudio con mengua de la atención debida en concreto a las figuras singulares del mismo, ni pretender que a todas éstas deba aplicarse una misma regulación legal (por ejemplo que las consecuencias del error deban ser las mismas en los contratos que en los testamentos o que en la adopción o que en el matrimonio; o que haya que tener la misma capacidad para testar que para vender o arrendar).

El concepto de negocio jurídico, la teoría general del mismo, y la terminología utilizada (*Rechtsgeschäft*) han pasado, por lo general, de la doctrina alemana a la italiana (*negozio giuridico*), y a la española, etc. (sin embargo no a la francesa). Legislativamente ni el Código Napoleón, ni el italiano de 1865, ni el nuestro hablan de «negocio», ni recogen su concepto, ni contienen una parte dedicada a su regulación. Cosas que tampoco hace el Código italiano de 1942. En resumen, que los códigos latinos no recogen el negocio jurídico, sino los diferentes tipos concretos del mismo. Lo que no impide, sin embargo, la construcción científica de aquél sobre los materiales que éstos suministran. Diferentemente sucede con el B. G. B. y otros códigos modernos —brasileño, ruso, etc.— que dedican una disciplina general al negocio en abstracto.

En nuestra ley, como decimos, no se suele utilizar el término «negocio» (y cuando se hace —por ejemplo en el art. 1.248— no se le da el sentido técnico de negocio *jurídico*),

sino que se habla de «acto» con sentidos muy diversos; mas, muchas veces, el que tiene coincide con el que se atribuye a la idea de «negocio jurídico»: así por ejemplo en los arts. siguientes del C. c.: 667, 670, 988, 1.280-1.ª, etc.

Entre los actos jurídicos o hechos voluntarios, hemos indicado unos con el nombre de declaraciones de voluntad (30). Asimismo hemos expuesto que hay hechos jurídicos simples y complejos, según que consten de uno o varios elementos (31). Y ahora podemos decir que el hecho jurídico voluntario —acto— llamado «negocio jurídico» —que es aquel que tiene como centro una o varias declaraciones de voluntad— puede ser hecho simple, en cuyo caso consta sólo de una declaración de voluntad —por ejemplo, un testamento— y, por tanto, lo mismo daría llamarlo negocio jurídico que declaración de voluntad; pero también puede ser hecho complejo, y entonces puede encerrar varias declaraciones de voluntad, o bien una o más declaraciones de voluntad y además otros elementos. Por ejemplo, una compraventa es un hecho complejo que contiene dos declaraciones de voluntad (C. c. artículo 1.445); un mutuo o un comodato son hechos complejos que contienen cada uno dos declaraciones de voluntad más otro elemento, la entrega de la cosa —*datio rei*— (C. c. artículo 1.740); la constitución de una hipoteca es un hecho complejo que contiene una o dos declaraciones de voluntad (según nazca de contrato o de disposición unilateral del dueño de los bienes: L. H. arts. 138 y 141) y otro elemento, la inscripción en el Registro de la propiedad.

Algunos llaman al negocio jurídico declaración de voluntad, pero no es conveniente hacerlo porque, como queda expuesto, la denominación es inadecuada para el caso de que el negocio conste de más de una declaración o de elementos que no sean declaración de voluntad. Por eso aquí hablamos siempre de negocio jurídico —acto jurídico de contenido variable— y la expresión «declaración de voluntad» la reservamos para aludir a ésta *como elemento* del negocio.

(30) Supra número anterior.

(31) Supra número VII.

Finalmente, en esta materia de las relaciones entre negocio jurídico y declaración de voluntad y de la terminología a utilizar, es necesario poner de relieve que, para un sector doctrinal, declaración de voluntad y negocio jurídico no son conceptos coincidentes, no ya porque el negocio jurídico —además de encerrar necesariamente por lo menos una declaración de voluntad— pueda contener otros elementos, sino porque hay negocios jurídicos que no contienen ninguna declaración de voluntad (32).

Para los autores que componen este sector doctrinal las cosas son así porque distinguen dos tipos de exteriorizaciones de voluntad: unas que tienen lugar mediante una conducta observada *precisamente* para exteriorizar la voluntad; otras en que la conducta exterioriza una voluntad determinada, pero sin que el agente haya perseguido *precisamente* el fin de exteriorizarla, es decir, sin que haya actuado de aquella forma *para* manifestar lo que quería. Las primeras son propiamente hablando las declaraciones de voluntad; en las segundas hay exteriorización de voluntad pero sin declaración de la misma. Aquéllas forman los negocios jurídicos de declaración, y éstas los de voluntad. Así, pues, todo negocio jurídico requiere una exteriorización de la voluntad, pero como en los negocios de voluntad ésta no se exterioriza *mediante* una declaración, resulta inexacto—dicen—utilizar como sinónimas las expresiones «negocio jurídico» y «declaración de voluntad», ya que hay negocios jurídicos que no contienen ninguna declaración de voluntad (los negocios de voluntad).

Nosotros rechazamos ese modo de ver las cosas y pensamos que «declaración de voluntad» y «exteriorización de voluntad», significan lo mismo, y que, por tanto, *todos* los negocios contienen una declaración. Ahora bien, otra cosa es que dentro de las declaraciones o exteriorizaciones las haya

(32) Así Oertmann, ob. cit. p. 196; MANIGK, Willenserklärung und Willensgeschäft, cit. § 127, Rechtswirkung, cit. p. 295 y ss., Natura, cit. en loc. cit. p. 162 y ss., BETTI, ob. cit. § 11, V. TUHR, ob. cit. II, 2.ª p. 75 y ss., § 61; SANTORO-PASSARELLI, Dottrine generali del Diritto civile, 1954, p. 119 y 120.

de diversas clases, por ejemplo, expresas y tácitas. Pero tal cuestión tiene su sede en el estudio de la declaración de voluntad, y no sirve para sostener que haya negocios sin declaración, sino para distinguir los negocios que contienen una declaración expresa de los que contienen una tácita.

Conviene recalcar que el negocio jurídico es siempre *un solo* hecho jurídico, enclavado dentro de la categoría «actos», es decir, que es *un solo* acto jurídico. Los singulares sucesos que lo componen son elementos del mismo aunque, naturalmente, estos elementos por sí solos, es decir, aisladamente, fueran o pudieran ser también hechos o actos jurídicos. La razón es que la ley forma con ellos una unidad orgánica, que responde al modo de ser de las cosas, como reflejan la terminología y el común sentir en la vida jurídica, pues en ésta se habla de compraventa o de comodato por ejemplo, como un *todo*, y se les concibe como *un* acto y no como una *suma* de sucesos —dos declaraciones de voluntad en aquélla, u otras dos declaraciones más la *entrega de la cosa* en éste—, sucesos que constituyan en estos casos —lo que no quiere decir que no lo puedan constituir en otros— actos *autónomos*.

En conclusión, hemos llegado a ver qué sea el negocio, siguiendo el camino descendente: hecho, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico. El primero que no produce efectos jurídicos, el segundo que los produce, el tercero que —demás de producirlos— procede de la voluntad humana, el cuarto que —además de producirlos y de proceder de la voluntad humana— los produce *porque* son queridos, ya que el agente tiende, al realizarlo, precisamente a producirlos. Para el Derecho en el primero nada es relevante, en el segundo lo es la *fenomenicidad* (resultado exterior), en el tercero lo es la *fenomenicidad* (33) y la *voluntariedad* (del acto), en el cuarto lo son la *fenomenicidad*, la *voluntariedad* (del acto), y el *propósito* (del agente). Es decir que en el negocio jurídico a la voluntariedad del acto (*voluntad de declarar* (33 bis),

(33) Cfr. lo dicho supra, número XI.

(33 bis) Quienes, como nosotros, prescinden de la bipartición de los negocios jurídicos en de declaración y de voluntad, y dan un concepto unitario

como suele llamarse, aludiendo a la voluntad de realizar la declaración, de la que, por lo menos, necesariamente, consta (el negocio) hay que añadir la *declaración de voluntad*, ya que el acto precisamente consiste en declarar una voluntad.

Como puede verse la distinción tiene un ritmo impecable (34).

Versando este estudio sólo sobre el hecho jurídico privado, al hablar ahora del negocio entendemos referirnos sólo al negocio jurídico privado, no preocupándonos de si paralelamente a él hay un negocio jurídico de Derecho público, o si sólo dentro del Derecho privado es posible tal figura, de manera que los actos que contengan una declaración de voluntad no privada formen un *genus* distinto.

Actos del Estado, de una autoridad o de entidades o personas que no actúan como particulares, pueden formar parte de un negocio jurídico (privado), ya que entre los elementos de éste puede haberlos que no sean declaraciones de voluntad privada.

No son declaraciones de voluntad aquellas manifestaciones de los particulares cuyo único objeto es provocar una actividad de los organismos públicos que influya en la situación jurídica privada (35). Sin embargo, no se debe confundir ésto con la posible coexistencia en un negocio jurídico de una declaración de voluntad privada y de otro elemento que puede ser un acto no realizado por un particular. Por ejemplo, en la adopción, donde la intervención privada no es un mero *medio* encaminado a provocar la decisión judicial, sino que una y otra son elementos distintos de un mismo negocio.

de la voluntad de declarar, conciben ésta como conocimiento de que el comportamiento tiene el valor de declaración negocial. Lo cual, por otro lado, poco se diferencia prácticamente de exigir una voluntad positiva de declaración, ya que, debiendo ser voluntario el comportamiento, es de rechazar que la manifestación realizada voluntariamente, sin salvedad alguna, y con conocimiento de su valor jurídico de declaración negocial, no sea querida como declaración.

(34) BARBERO, ob. cit. vol. cit. núm. 166, p. 248.

(35) Cfr. V. TUHR, ob. cit. II-1.º p. 172 ss. § 50-IV.

Por último, hay que señalar que un negocio jurídico privado se puede contener en un acto de Derecho público. Así la transacción procesal (C. c. art. 1.816), que pone fin a la litis, y es, además, transacción sobre la relación jurídica litigiosa. Tales actos tienen entonces una doble naturaleza. En el ejemplo puesto, en cuanto negocio son de aplicar las normas de Derecho privado referentes a éstos, y en cuanto acto procesal está sometido a este Derecho (36).

XIV

ACTOS LIBRES Y ACTOS DEBIDOS

Dentro de los actos jurídicos se distinguen los libres de los debidos. Estos son los que se realizan en cumplimiento de un deber jurídico. Por ejemplo el cumplimiento de la obligación —pago—, o la prestación de alimentos. Aquellos son los que jurídicamente nada obliga a realizar, como, por ejemplo, testar o celebrar un contrato de compraventa.

En cuanto actos jurídicos ambos son voluntarios, es decir, ambos suponen un comportamiento voluntario, porque, por ejemplo, el que paga pudo también no pagar, independientemente de que ello diese lugar al llamado cumplimiento forzoso, que no es un *acto del* obligado; o el que testó o vendió, pudo igualmente no haberlo hecho. O sea, ambos —libres y debidos— son hechos voluntarios. El ser debidos o libres se refiere a que la conducta del sujeto sea exigida o no por el Ordenamiento con necesidad jurídica, a parte de que *de facto* pueda aquél observar o no el mandato (36 bis).

(36) Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., p. 64-65 y PEREZ y ALGUER p. 69.

(36 bis) V., en especial CARNELUTTI, *Negozió giuridico, atto illecito, atto dovuto*, en Riv. dir. comm. 1923. I. p. 335 ss.; MIRABELLI, obra cit. núms. 93 cc.; CARIOTA FERRARA, ob. cit. núm. 11.

XV

ACTOS LICITOS E ILICITOS

El acto ilícito es el conforme al Derecho objetivo. El Ordenamiento consiente que se realice —o lo ordena si es un acto debido—, y le atribuye efectos. El acto ilícito es contrario al Derecho objetivo. El Ordenamiento no lo quiere, lo prohíbe, peor lo ha de *soportar* cuando *de facto* se produce. Y también le atribuye efectos. Ejemplos de uno y otro son una compraventa y la destrucción caprichosa de una cosa ajena.

Porque el acto ilícito va contra la norma con la que el Derecho protege algo, se dice que es antijurídico o que viola aquélla, y, en efecto, es así, ya que ésta resulta infringida si —en perjuicio de lo protegido— se realiza lo que el Derecho dispone implícita o explícitamente que no se haga. Pero lo que hay es que, después de disponer la protección de algo, se sienta la hipótesis de que ese algo se ataque, y, para el caso de que se haga, se establece una sanción. Y en este sentido el acto ilícito es un acto que se adapta al Derecho, es decir, reúne los *requisitos* que éste ha previsto para que la sanción se aplique. El que, por ejemplo, causa daño a otro por un acto (que implica conducta —acción u omisión— voluntaria, culposa o negligente) está obligado a indemnizar (C. c. art. 1.902). Y el acto lesivo no es conforme, sino contrario al Derecho —que implícitamente ordena no dañar— aunque lo sea precisamente por reunir los requisitos que la propia norma ha previsto para que surja la obligación de indemnizar.

Muchos advierten que los efectos del acto ilícito se producen no porque el sujeto lo quiera —no son los queridos por el agente— sino porque los quiere el Ordenamiento con objeto de corregir la voluntad antijurídica de aquél y de combatir los efectos de su actividad (37).

(37) Por ejemplo, OERTMANN, ob. cit. p. 177; CASTAN, ob. y vol. cit. p. 442.

A fin de distinguir los actos lícitos de los ilícitos, la segunda parte de esta afirmación es exacta y útil, ya que los efectos de unos y otros se diferencian en el fin que persiguen. Pero la primera, aunque verdadera, es inútil, porque si es cierto que los efectos del acto ilícito no se producen porque los quiera el sujeto, sino *ex lege*, no lo es menos que tal cosa ocurre en todos los actos lícitos que no son declaraciones de voluntad. Por lo cual no es dato que sirva para diferenciar aquéllos de éstos.

Unos y otros son actos jurídicos en cuanto producen consecuencias jurídicas, pero —volviendo al diferente fin que éstas persiguen en cada caso— las marcadas a aquéllos son desfavorables al agente, para borrar los resultados de su conducta o restaurar la situación anterior a la realización del acto o procurar una equivalente a aquélla, según el nuevo estado de cosas (38) (así el efecto del acto dañoso —obligación de indemnizar— tiende a dejar las cosas equivalentemente a como estaban antes del tal acto), mientras que las marcadas a éstos no se establecen contra la conducta del agente, y para deshacer sus consecuencias, sino en amparo de aquélla y para que éstas subsistan y se consoliden.

Sentado lo anterior, no cabe negar que los efectos *ex lege* de los actos ilícitos son queridos por el Ordenamiento *en antítesis* con la voluntad *normalmente* determinante del acto, diferentemente a los efectos *ex lege* de los lícitos, que lo son de acuerdo con la voluntad *normalmente* determinante de los mismos (39).

Al igual que los actos lícitos se pueden dar dentro o fuera de la esfera patrimonial (por ejemplo una compraventa o un matrimonio o el reconocimiento de un hijo natural), así

(38) Cuando todo eso es imposible, los efectos del acto ilícito, desfavorables, según decimos, al agente, o por lo menos considerados como tales, tienden sólo a evitar el acto con su amenaza y a castigar con su imposición.

(39) La conformidad o la antítesis de los efectos jurídicos con la voluntad *normalmente* determinante —dice BETTI— ofrece un criterio seguro para discriminar la licitud y la ilicitud de los actos considerados por el Derecho (ob. cit. p. 13).

también sucede con los ilícitos (por ejemplo la destrucción culpable de una cosa ajena—C. c. art. 1.902—o la contracción de matrimonio sin licencia o sin consejo o antes de transcurrido el *tempus lugendi* —C. c. art. 45— o el negar los alimentos —C. c. arts. 142 y sgts.—). Sin embargo algunos autores parece reducen éstos al mero campo de lo pecuniario, o, al menos, al estudiar específicamente la cuestión, sólo ponen de relieve los que caen dentro de él (40).

Los actos ilícitos lo mismo pueden consistir en la violación de deberes generales que no tienen su origen en relaciones jurídicas existentes entre el autor y otra persona, que en la violación de deberes nacidos de una relación existente entre ambos.

Sus efectos son variadísimos. Pueden consistir, por ejemplo, en la obligación de reparar el daño causado o en la obligación de prestar garantía o en la extinción de derechos pertenecientes al autor del acto ilícito, etc. Ejemplos de efectos jurídicos de actos ilícitos hallamos en nuestro C. c. artículos 171, 50, 756, 1.902, etc.

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA

CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

(40) Por ejemplo, CARIOTA FERRARA, ob. cit. p. 25; MESSINEO, ob. y vol. cit. p. 447; CASTAN, ob. y vol. cit. p. 642 y ss., en especial, p. 458 ss.; etc.

BIBLIOGRAFIA

NOTICIAS DE LIBROS Y RECENSIONES

D. CIVIL

BORREL MACIA, Antonio. «La persona humana». Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres. Barcelona, 1954. 239 págs. 15,5 × 23,5 cms.

Los progresos de la Medicina en los últimos tiempos, que han permitido aprovechar elementos de cadáveres humanos en diversas operaciones, han llevado al autor a plantearse el problema de la pervivencia del Derecho que desde hace siglos viene regulando el destino del cuerpo humano, después del fallecimiento, y a la vez, le han inducido a estudiar otros aspectos de los llamados derechos de la personalidad, rúbrica general bajo la cual puede subsumirse el contenido de las páginas de este trabajo.

El empeño que el autor se propone es, en verdad, elevado, y el tema sigue ofreciendo extraordinario interés, no obstante la frecuencia con que viene siendo tratado en los últimos tiempos (nos remitimos al trabajo del Prof. Castán, «Los derechos de la personalidad», Rev. Gen. de Leg. y Jurisprudencia, julio-agosto (1952), 5 y ss.),

interés justificado por la naturaleza jurídica misma de estos derechos —los derechos subjetivos por antonomasia—. El mérito principal de la obra de Borrel y Maciá consiste precisamente en resaltar más aún, si cabe, la problemática que en la actualidad presentan las instituciones jurídicas existentes —y las que se echan de menos— en relación con la persona humana. No podemos considerar como definitivas las soluciones que se vienen apuntando, precisamente porque es materia que en su mayor parte cae en el campo de lo que se han de regular —*ius condendum*— e incluso en la parte ordenada —más que legislada— se acusa ese carácter de transitoriedad en las disposiciones, que dimana del rango jurídico mismo de las normas, escasas, breves e inorgánicas, vigentes en nuestra Patria.

Entrando en el análisis de la obra, se hace preciso advertir que la

magnitud del tema rebasa sin duda los moldes y medios de trabajo con que el autor ha contado. La documentación es tan escasa que pronto se advierte no se dieron las meditaciones profundas, que la responsabilidad de la empresa reclama como previas a la solución de cualquiera de los muchos problemas tratados. La aseveración que hacemos, queda demostrada por la simple lectura del «Índice de autores citados», que inserta en la pág. 227. En él se echan de menos, no sólo tratadistas de Derecho que se han ocupado en sus obras sistemáticas con mayor o menor extensión del tema, sino también los autores de las monografías y trabajos científicos más recientes, que vienen dando consistencia a toda la teoría y doctrina en torno a la persona humana. Es posible hacer una lista de autores no citados, varias veces más extensa que la ofrecida por el Sr. Borrel Maciá. Baste señalar que no alude una sola vez, a pesar de la identidad de temas tratados, a ninguno de los siguientes autores: Brasiello, Cannizo, De Cupis, Degni, Dusi, Gangi, Maroi, Minoresco, Mochoy, Potu, Rava, Ricca, Ricca Barberis, Saleilles, Scialoja, Thon, Tournade, etc., etc., entre los extranjeros; ni tampoco a los españoles Bastero, que ha estudiado la legítima defensa del honor, ni a Batlle, al tratar del derecho al nombre, ni a Martín Ballester, que estudió la persona humana y su contorno, Pérez Serrano, Pascual Quintana, Ruiz Tomás, etc., autores de interesantes trabajos sobre diversas facetas de los derechos de la personalidad. Si a esto añadimos que una gran parte

de las citas hechas, lo son por referencia, como el autor no oculta, v. gr.: Campogrando (pág. 19), Traviesas (pág. 221,) etc., llegaremos a la conclusión de que el autor tiene un mérito innegable, que consiste en haber recogido en forma amena y sugestiva multitud de problemas para los cuales toda solución hubiera sido provisional, y tiene también la valentía de lanzar su opinión sin preocuparse apenas de compulsar las ejenas, con lo que su trabajo, sin ser de investigación, tiene la virtud de excitar el celo de los demás para un nuevo estudio de mayor profundidad, y ello es importante.

Es difícil conocer las fuentes utilizadas por el autor de manera directa: «Hechos y Dichos», un trabajo de la Revue de Droit civil, dos de la Revue critique de législation et de j., «Leyendas y Tradiciones», dos trabajos de la Revista (de C. J. y Sociales, alguno de la Revista de Derecho Privado, el Castán y el Enneccerus y la obra de Ihering sobre El Espíritu del Derecho Romano, son los elementos de consulta más utilizados, que, adornados con algunas sentencias de Tribunales extranjeros y nacionales, han servido al autor para desarrollar esta publicación, de interés para el lector no jurista en medida mayor que para el profesional del Derecho.

En el capítulo primero «A modo de introducción» dice el autor que «el Derecho, permaneciendo inmutable en sus principios, debe amoldarse a la manera de ser y a los procesos de la sociedad en que se aplica», tesis ésta que desarrolla sin duda con cierto olvido de

que el Derecho es ante todo norma de conducta, una de cuyas características es la ejemplaridad, el pragmatismo de una ciencia que es a la vez arte en busca de la Justicia y tiende siempre al ideal de lo que «debe ser», que cede en la mente del autor ante la «prosaica manera de ser» de la sociedad donde se aplica. Realzando un poco la tesis nos llevaría a la conclusión de que el Derecho no es norma de conducta, sino plomo, que, como la regla de Lesmos, se adaptaría con igual facilidad a la manera de ser de una tribu africana que a la disciplina de los espartanos, sin romperse ni resquebrajarse, por profundos y violentos procesos que la sociedad experimente ya que, a juicio del autor, los «principios» le dan textura suficiente para resistir los embates de los tiempos...

El capítulo segundo, dividido en cuatro secciones, y la última de éstas a su vez en ocho subsecciones, pretende dar respuesta a la cuestión planteada bajo la siguiente interrogante: «¿La persona humana tiene derechos sobre su propio cuerpo?». De la lectura de sus páginas, resulta penosa labor la de buscar la opinión del autor e incluso cual prefiere de las que cita. El autor no habla, transcribe, inserta una tras otra las opiniones que enlunde aluden al caso y al final el lector se pregunta: ¿Sí? ¿No? V. gr. ¿Tenemos derechos sobre nuestro propio cuerpo? (pág. 16): Desfila Savigny, Ferrara, Castán, Windscheid, Toni, y, por fin en la pág. 20 habla el autor: «Pero por otra parte, el

Derecho, no puede sujetarse a unas normas preconcebidas, y negar la regulación legal, considerar como algo fuera de todo reconocimiento jurídico, aquello que no encaja o no puede sujetarse a moldes tradicionales. Ello no sería acertado ni prudente. Si las ciudades...». Seguidamente estudia la naturaleza jurídica sobre los derechos del propio cuerpo. En la pág. 31 finaliza la exposición y en ella sigue hablando el autor en el terreno de la hipótesis: «Si aceptamos un derecho de disposición de nuestro propio cuerpo o de elementos de nuestra personalidad, puede surgir inmediatamente la posibilidad...» etcétera.

La doctrina contraria al suicidio y a la automutilación está recogida con claridad en las págs. 35 y siguientes. Estudia la esterilización voluntaria, de una manera superficial, en base a datos suministrados por «Hechos y Dichos» y resuelve el grave problema de su necesidad o justificación con estas palabras: «Cuando es la autoridad pública la que la impone y la acepta el paciente, es doblemente inmoral, porque a la mutilación humana se añade el abuso de la autoridad, por salirse el Estado de los cauces señalados por la ley natural» (página 54). La opinión de Sierra Bermejo, la de Jiménez Asúa, la de Ruiz-Funes, la doctrina que justifica la estirpación del miembro en bien de la salud integral del cuerpo, etc., aquí no tienen aplicación porque resulta más cómodo no plantear científicamente la cuestión. «El Estado no puede imponer la esterilización forzosa, porque no tiene potestad sobre los miembros

de los ciudadanos» (pág. 55). Y sin embargo, puede condenarlos a muerte y ejecutarlos. De suerte que se justifica lo más, pero no la medida preventiva y defensiva de la sociedad contra contaminaciones de faras y lacras... Como fundamento único y exclusivo de su posición en éste y otros problemas, el autor nos transcribe un párrafo de una encíclica. Indudablemente, para el que cree, la voz del Papa es suficiente; ahora bien, nosotros preguntamos: ¿Las obras científicas van dirigidas solamente a los que acatan el dogma de la infalibilidad ó a quienes profesan una determinada fe? Fácil es advertir que el mismo Romano Pontífice en sus allocuciones, encíclicas, etc., no desdeña nunca, antes bien aprecia en alto grado las razones y conquistas de la Ciencia, de suerte tal que sobre los resultados mejor contrastados del progreso científico, cimenta también sus doctrinas la Iglesia, pues a la fe presta ante todo un apoyo la razón. Sugerimos por consiguiente: ¿No es más lógico que en un trabajo científico se busque en primer lugar la razón de ciencia, que persuade al intelecto para que preste asentimiento al dogma, antes que presentar el dogma «prima facie», sin más, a semejanza del muslín dicho, **cree o ignora**, versión actual del **creo lo muere?** De otra suerte, consideramos precisa una advertencia en la portada de la obra, a manera de preselección del destinatario de la misma, de esta guisa: «Sólo para creyentes en el dogma de...» y recordamos de paso aquella advertencia: Para el que cree, es innecesaria toda explicación; para el

que no cree, es imposible. Mas esto sólo es válido en cuestiones atañentes a la fe...

En las págs. 57-61 estudia la asunción de riesgos, llegando a la conclusión de que la asunción voluntaria del riesgo imprudente o culpable, no suprime la responsabilidad de quienes han cooperado en la producción del riesgo. La doctrina es aceptable. Ahora bien, deja en el aire un grave problema, a saber: ¿Cuándo puede reputarse «imprudente» o «culpable» el riesgo? Porque los ejemplos referentes a cirujanos que a petición del enfermo practican en su cuerpo una intervención quirúrgica imprudente, no resuelve la incógnita, y el caso referente a «la disminución del grueso de una pantoquilla», que cita el autor, hoy se practica sin merecer normalmente la concepción de intervención imprudente y pensamos que el Tribunal del Sena tomó más en consideración, sin duda, la complicación sobrevenida —que forzó a la amputación de la pierna— que la operación inicial, para dictar la sentencia de 25 de febrero de 1925 que sancionó al cirujano de aquella operación. El riesgo en los deportes, estudiando en las páginas 61-71, ofrece enseñanzas útiles, al lado de casos frecuentes que, inducen a una meditación sobre la conveniencia de una regulación legal del deporte, tan necesaria en España. Se ocupa luego en las páginas 72-81 del derecho a enajenar en vida piezas anatómicas propias, recogiendo la novísima regulación española sobre venta de sangre humana y subproductos de la misma. Estudia luego la lactancia y

fecundación artificial (págs. 81-90), expone la doctrina de la Iglesia sobre estas cuestiones y pasa a examinar los efectos jurídicos de la inseminación y fecundación artificial, en los casos en que la mujer fecundada sea: soltera, y se lleve a cabo con su consentimiento; soltera, pero se produzca la inseminación sin su consentimiento; casada, y que la fecundación se produzca con semen procedente de su marido, con o sin consentimiento de ambos; casada, y que la fecundación sea practicada con semen no procedente de su marido, con o sin consentimiento de éste. Examina igualmente los casos en que los hijos deben ser considerados como legítimos y aquellos otros en que no deben merecer tal concepción. Fácil es comprender la complejidad de las cuestiones tratadas. Sin embargo, el autor las resuelve desembarazadamente, llegando a conclusiones susceptibles de no pocos y graves reparos.

El amancebamiento y la prostitución y la eficacia de los contratos entre los amancebados son tratados en las págs. 91-98, para seguidamente estudiar las accesiones y pertenencias humanas (páginas 98-101) apuntando una observación que creemos digna de ser recogida en la primera modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal y civil —págs. 100-101—: «Excluir del embargo a lo que podríamos llamar cosas humanas por destino, o pertenencias humanas». Concluye este capítulo con el estudio de los retratos y esculturas humanas, exhibiciones y esclavitud voluntaria.

El capítulo tercero está dedicado a los derechos del hombre sobre su propio cadáver, en orden al entierro y píos sufragios (págs. 113-132). El cuarto, a los derechos del hombre sobre el cuerpo vivo de otros hombres, prestando especial atención el aborto (págs. 176-190), que no encuentra justificado en ningún caso. Aunque no sea este lugar adecuado para sentar opiniones propias, creemos merece la pena observar que en los casos de embarazo con violación, y por medio de fecundación artificial no consentida, mediando dolo o violencia, no resulta repugnante en manera alguna admitir la expulsión prematura del feto y es de notar que habiendo tratado el autor el tema de la fecundación artificial, debió sin duda prestar atención a este delicado problema, que no tendremos inconveniente en tratar con mayor detenimiento por su importancia en mejor oportunidad. Concluye este capítulo con unas consideraciones en torno a la eutanasia (págs. 191-196).

El capítulo quinto, dedicado a los derechos del hombre sobre el cadáver de otros hombres, comprende, a su vez, los siguientes epígrafes: En orden a entierro y píos sufragios (págs. 197-207) y para fines distintos a su entierro (páginas 207-215). En esta última página analiza la nueva Ley sobre aprovechamiento de cadáveres y piezas anatómicas, 18 de diciembre de 1950, para concluir con un apéndice (págs. 217-226) sobre el derecho al nombre, que trata con semejante superficialidad a la advertida ya en las páginas precedentes.

D. INTERNACIONAL

Institut International pour l'unification du Droit Privé. I: L'unification du Droit Unification of Law. Rome 1948, págs. 821. Volumen II: **Actes du Congrès International de Droit Privé.** Rome 1951, págs. 504. Volumen III: **L'unification du Droit.** Rome 1954, págs. 783. Editions: «Unidroit». Via Penispertina 28. Roma. Texto bilingüe: Francés-Inglés.

Recientemente han llegado a nuestra Revista tres volúmenes de la serie La Unificación del Derecho, editados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. El primero y tercero comprenden una serie de trabajos realizados dentro del Instituto o en colaboración con organismos internacionales, así como todos los Convenios firmados gracias al esfuerzo de esta Institución, grande entre las que se ocupan a la investigación y estudio del Derecho. Abarcan respectivamente los periodos 1926-1946 y 1947-1952. El segundo de aquéllos reproduce las Actas del Congreso que este Instituto celebró en Roma en julio de 1950.

Tataremos de dar una somera noticia del contenido de esta obra.

El 26 de setiembre del año 1924, el Prof. Vittorio Scialoja, en nombre del Gobierno italiano, hizo a la Asamblea de la Sociedad de las Naciones el ofrecimiento de fundar un Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción, por aquéllos, de una legislación de Derecho Privado Uniforme. Solemnemente inaugurado el 30 de mayo de 1928

se asienta en el palacio Aldobrandini de Roma puesto a disposición por el Gobierno de Italia que al mismo tiempo se hace cargo de la construcción y equipamiento de una biblioteca capaz para doscientos mil volúmenes.

Han sido Presidentes de este Instituto, aparte del actual Massimo Pilotti, el Prof. Scialoja (1928-1933) y el Presidente de la Corte de Casación de Italia y Ministro de Estado Mariano D'Amelio (1934-1943).

El primero de los volúmenes en la primera parte, subdividida a su vez en dos capítulos, se refiere en el primero de éstos, a los distintos trabajos realizados por el Instituto en el período correspondiente, así como a los realizados en colaboración con otros Organismos internacionales. En el segundo capítulo se transcriben los Proyectos de leyes uniformes y convenios elaborados por el Instituto.

Tenemos: Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta internacional de bienes muebles; anteproyecto sobre la formación de los contratos internacionales por correspondencia; sobre la responsabilidad civil de los automovilistas y disposiciones uniformes sobre el seguro obligatorio de los mismos; anteproyecto de convenio anejos al de

Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

La segunda parte, tras unos interesantes estudios referentes a los resultados de la Unificación, —La Unificación internacional del Derecho Comercial, por Juge Algot Bagge; Los Convenios de Ginebra sobre los efectos de comercio y los métodos de unificación del Derecho Privado, por el Prof. Joseph Hamel, etc., etc.—, presenta el texto de los distintos convenios internacionales producto de la labor incansable de los hombres que componen el Instituto. Hemos de destacar entre los Convenios el referente a Letras de Cambio y billetes a la orden, firmado en Ginebra el 7 de junio de 1930. El referente a la Ley Uniforme sobre cheques de marzo de 1931. En materia de Derecho marítimo tenemos el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas concernientes a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924; el que atañe a los privilegios e hipotecas marítimas. En posteriores apartados se reproducen los convenios en materia de Derecho aéreo y transportes por ferrocarril.

En la tercera parte de este volumen se dan unas notas bibliográficas del máximo interés, agrupándolas según hagan referencia a la Unificación Internacional o bien entre ciertos grupos de estados o propiamente interna.

El tercero de los volúmenes, últimamente publicado, sigue sistemática análoga al primero. Se expone primeramente la labor doctrinal realizada por el Instituto y a continua-

ción el fruto de aquel trabajo cristalizado en distintos Convenios. Podemos citar entre éstos el de reconocimiento internacional de los derechos sobre aeronaves, firmado en Ginebra el 19 de junio de 1948. Dentro del Derecho marítimo, los referentes a la competencia civil y penal en materia de abordajes firmados en Bruselas el 10 de mayo de 1952. Por lo que atañe a transportes por ferrocarril tenemos los Convenios, (CIV) y (CIM), signados en Berna el 25 de octubre de 1952. Igualmente se reproducen el Convenio en materia de derechos de autor así como el acta final de la Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado, firmada el 31 de octubre de 1951.

La tercera y última parte de este volumen está dedicada, como el anteriormente indicado, a notas bibliográficas.

De propio intento hemos querido dejar como último objeto de esta breve noticia el segundo de los volúmenes. En él se transcriben las Actas del Congreso Internacional de Derecho Privado celebrado en Roma el año 1951. Treinta y seis fueron los Estados participantes, entre ellos España cuya representación oficial estaba compuesta por los eminentes catedráticos señores De Castro y Bravo, De Fuenmayor Champin, Gitrama González, Mans Puigarnau, Rodríguez Arias y Verdera y Tuells. Asimismo distintos Colegios de Abogados, españoles y extranjeros, y asociaciones internacionales enviaron sus representantes.

Los «rapports» y las comunicaciones por ser tan numerosos no

nos permiten sino enumerarlos. Es-cuetamente indicaremos los temas y sus ponentes.

«La misión del jurista en la elab-oración de las Leyes». Profesor Vassalli.—«Perspectivas y límites de la unificación del Derecho Privado». Profesor Hamel.—«El goce y ejercicio de los derechos civiles en relación a la nacionalidad». Pro-fesor Verdross.—«La fuerza obliga-toria de los contratos y sus modi-ficaciones en los derechos moder-nos». Profesores Meijers y Medei-ros da Fonseca.—«La influencia del Derecho Canónico en la doctrina de los contratos». Profesor Pío Fe-dele.—«La unificación y la codifi-cación de Derecho Canónico Orien-tal». R. P. Néophyte Edelby, B. A.—«Límites de la libertad contrac-tual en la reglamentación de los «rapports» de trabajo». Profesor Goethem.—«La noción de «Trust» y sus aplicaciones en los distintos sis-temas jurídicos». Profesor Wortey y Profesor Lepau'le.—«Posibilidades y límites de una reglamentación uni-

forme de derecho de autor sobre un plan universal». Profesor Bo-lla.—«Posibilidad de establecer una reglamentación uniforme de la re-sponsabilidad de los transportistas, en relación a los distintos medios de transporte». Doctor Dijkmans van Gunst y Profesor Braekhus.—«Posi-bilidad de completar la ley unifor-me sobre las Letras de cambio y billetes a la orden, anexionadas al Convenio de Ginebra de 7 de ju-nio de 1930, teniendo en cuenta las disposiciones del «Bills of ex-change act», Británica y de la «Ne-gotiable instruments law» de los Estados Unidos de América». Pro-fesor Yntema y, Profesor Ascarelli.—«Coordinación de trabajos de las distintas organizaciones internacio-nales que estudian los problemas de la unificación del Derecho Pri-vado». Profesor Matteucci, Secre-tario General del Instituto. Y por último el «rapport» del Presidente del Instituto sobre «Los métodos de Unificación».

A. N. T.

ALEJANDRO HERRERO RUBIO. «Nuevo régimen de la Nacionalidad en el Código Civil español». En el volumen VI de «*Comunicazioni e studi*» del Istituto di Diritto internazionale e straniero, de la Universidad de Milán.

En el último número que ha lle-gado a nuestras manos de esta co-nocida publicación del Instituto de Derecho internacional y extranjero de la Universidad de Milán, «*Comunicazioni e studi*», aparece un

interesante trabajo del Catedrático de la Facultad de Valladolid, doctor Herrero Rubio, en el que, al mis-mo tiempo que indica los princi-pios generales tradicionales del or-denamiento legal español en mate-

ria de Nacionalidad y Extranjería, expone; con agudos comentarios, las novedades introducidas por la reciente Ley de 15 de julio de 1954, modificativa, como se sabe, de los artículos 17 al 27 de nuestro Código Civil.

La regulación anterior había sido muy criticada por la doctrina, y aunque la Constitución republicana, de 9 de diciembre de 1931, había mejorado técnicamente algunos de sus principios básicos, al perder su vigencia aquella Ley fundamental, volvió a recuperar su anterior jerarquía el articulado del Código Civil que reproducía, con todas sus deficiencias, los preceptos de la Constitución de 1876.

En opinión del Dr. Herrero Rubio, la reforma no tiene un excesivo alcance en el fondo, a pesar de que se han introducido fuertes variaciones en la distribución sistemática del articulado y también algunas novedades de cierta trascendencia; de acuerdo con lo que afirma en la Exposición de motivos de la Ley, se ha inspirado ésta en el propósito de «extender hasta el límite de lo razonablemente posible el reconocimiento o la atribución de la nacionalidad española, y restringir, en cambio, las causas que originan su pérdida», pero aunque se ha introducido alguna norma nueva o se han desarrollado preceptos anteriores demasiado lacónicos, en general, la innovación ha consistido en incorporar al Código Civil reglas ya vigentes o soluciones adoptadas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo o en las Resoluciones de la Dirección general de los Registros.

La nueva regulación no altera la

naturaleza jurídica que viene atribuyéndose a la Nacionalidad conservándose el doble carácter, público y privado, que generalmente se le asigna. Cuestión que ha disfrutado históricamente de rango constitucional, consignándose sus preceptos en las Leyes fundamentales, en las Constituciones antes, y ahora en el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, puesto que los nacionales constituyen un elemento esencial del Estado, pero sin olvidar, al mismo tiempo, su contenido privatista, que había conducido a que se regulara igualmente en el Código Civil, siguiendo la influencia francesa, puesto que la nacionalidad es circunstancia determinante de la capacidad civil, jurídica y de obrar de las personas y en ella va implícita para el español la obligatoriedad de las leyes civiles españolas con relación a los derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal de las personas, bienes muebles y sucesión.

El autor pasa luego una rápida revista a los diversos aspectos a que afecta la reforma con arreglo al temario siguiente: Nacionalidad de origen. Nacionalidad derivativa en sus diferentes formas: por matrimonio, por naturalización individual, —ya por carta de naturaleza, ya por residencia—, o por naturalización familiar. Pérdida y recuperación de la nacionalidad. Doble nacionalidad.

Y termina su excelente estudio, al que por su concisión y acierto podría aplicársele aquello de que «lo bueno, si breve, dos veces bueno», reconociendo que la reforma, aunque ha rejuvenecido no-

tablemente los ya anticuados preceptos que regulaban la nacionalidad, no debe ser considerada más que como «una solución transitoria que sirva a la necesidad de actualizar el Código Civil, en tanto que se prepara una ley definitiva sobre la nacionalidad, que aproveche las experiencias propias y ajenas, y que con la perspectiva ecuménica del espíritu español, lle-

gue a articular una reglamentación que alcance, por su previsión, a la solución de muchos problemas que deja pendientes la ley vigente, y, por su generosa inspiración, logre armonizar los intereses de la Nación con los de la familia e individuo, dentro de los más amplios y generales de la comunidad internacional».

L. S. S.

D. PENAL

EUGENIO CUELLO CALON. «Tres temas penales». Publicación del Seminario de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Barcelona. Barcelona, 1955.

Los tres temas penales que nos ofrece el autor, que a su vez figuran como subtítulo de la obra, son: El aborto criminal; El problema penal de la eutanasia y El aspecto penal de la fecundación artificial.

Trata el aborto con gran amplitud, realizando un documentadísimo estudio de este problema criminológico, uno de los más graves, tanto por su creciente extensión, como por las dificultades que su solución plantea. En los siete capítulos que dedica a su estudio, aborda las cuestiones que suscita, hasta ofrecer un cuadro completo de las mismas, al ocuparse de las orientaciones actuales de su represión; la inseguridad de los da-

tos estadísticos; la campaña a favor de la libertad del aborto; la limitación a favor de la libertad (de aborto a los tres meses a partir de la concepción; las razones que justifican el castigo del aborto; su dura represión como causa de impunidad; los elementos integrantes; el aborto no punible; la indicación médica; el aborto terapéutico; la indicación eugénica; la indicación social; el aborto atenuado; el aborto honoris causa; los abortos agravados; consumación, frustración y tentativa del delito; autores, cómplices; la concurrencia de circunstancias; el aborto intencional; inhabilitación especial aplicable a los culpables de aborto, y, los hechos de cooperación

conducentes al aborto. Pasando finalmente a referirse a las medidas contenidas en Ley de 24 de enero de 1941, no incorporadas al código Penal.

Refiérese al **problema penal de la eutanasia** en la segunda parte de la obra, publicando el autor, reformada y puesta al día, una nueva edición de su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Traza con mano firme el áspero y patético cuadro de la eutanasia, la buena muerte, que tanto apasiona a la opinión pública, hábilmente informada por la prensa, que halla en ella materia sensacional para sus crónicas.

Es el crimen misericordioso, cometido por móviles nobles: la compasión, la piedad, el afán, en fin, de evitar los terribles sufrimientos de un mal incurable.

Tras estudiar cumplidamente el tema, concluye manifestando su confianza en que las legislaciones del futuro no llegarán a dar satisfacción a las demandas, hoy formuladas, para lograr la legitimidad del crimen eutanásico, al ser necesario, por razones de seguridad jurídica, que el más alto bien, el de la vida, se halle fuertemente protegido. Encuentra la razón más fuerte para condenar la eutanasia en que Dios es dueño y Señor de la vida.

Se ocupa finalmente del **aspecto penal de la fecundación artificial**.

El tema, poco estudiado aún por

los penalistas, es de gran importancia, por los problemas que suscita, incluso fuera ya del área del derecho penal.

Los escasos tratadistas que se han ocupado en España de la inseminación artificial, moralistas en su mayor parte, solicitan su castigo con arreglo a la legislación vigente y, en caso de no ser posible, piden la creación de normas penales adecuadas.

Estima Cuello Calón que la inseminación artificial no encaja, como acto punible, en ninguna de las figuras delictivas contenidas en nuestra legislación penal. Y para este supuesto, contestando a la pregunta formulada de si deben crearse una o varias figuras delictivas, que la prevean y castiguen, manifiesta su negativa, al estimar que es aún prematura su represión penal en España.

Termina mostrando como, por otra parte, no estamos desarmados ante la inseminación artificial, que puede ser penada por los Colegios médicos a base del Reglamento para la Organización Médica Colegial de 8 de septiembre de 1945.

Se trata, en fin, de una obra del mayor interés, puesto que recoge, a este respecto, la sabia experiencia del viejo maestro; descubriéndonos facetas nuevas de la etiología y desarrollo de los delitos expuestos, al tiempo que expone interesantísimos juicios personales.

L. Blázquez

BIBLIOGRAFIA ESPAÑOLA SOBRE DERECHO ROMANO, POSTERIOR A 1939

Ofrecemos una relación de los trabajos de españoles sobre Derecho romano después de la guerra civil (1936-39) que comprende también las versiones de trabajos originariamente escritos en otro idioma. Rogamos nos sean disculpadas omisiones involuntarias, que prometemos subsanar, una vez nos hayan sido advertidas. En esta ocasión no incluimos las recensiones y notas bibliográficas.

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino:

La influencia del Cristianismo en el Derecho romano. Rev. Der. Piv. Madrid, 1941, págs. 317 a 332.

Contribución al estudio de las donaciones «mortis causa»; entre cónyuges. En E. J. Madrid, 1941.

Breves notas sobre las fuentes de las obligaciones en Derecho romano. Rev. Uni. Madrid, 1942, pág. 27.

Doctrinas acerca de la Constitución Augustea. Rev. Est. Polít. Madrid, 1942.

Esquema sobre la distinción entre derechos reales y derechos personales. Rev. Fal. Der. Madrid 1943, págs. 25 y ss.

Horizonte actual del Derecho romano. Editado por el C. S. I. C. Madrid, 1944.

El problema de la causa en la tradición. Edi. por la Real Accd. de Jur. y Legis. Madrid, 1945.

La Justicia municipal en el Derecho romano. Pub. por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1946, págs. 19-49.

Los orígenes de la contratación escrita. Pub. por la Accd^e Matritense del Notariado, Madrid, 1948.

Curso elemental de Derecho romano. Fas. I: Introducción. (Cuestiones preliminares, conceptos fundamentales, caracteres esenciales del Derecho romano). Madrid, 1948.

Los Derechos provinciales romanos y el problema del Derecho foral español. Anuario Derecho Civil. tomo I, fasc. IV; Oebre-Dic. 1948, 1330-1344.

El negocio jurídico en Derecho romano, Madrid, 1954.

Curso de Derecho romano. I: Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano, Madrid, 1954.

APARICI DIAZ, José:

La bipartición del proceso civil romano. Tesis doctoral. Sevilla, 1946.

La dogmática de hoy ante el Derecho de Roma. Rev. Facultad Der. Univ. Oviedo, 65 (1953).

ARIAS BONET, Juan Antonio:

«**Societas publicanorum**», en AHDE, 19 (1949) pág. 218-303.

«**Mortis causa capiones**», en AHDE, 20 (1950) pág. 781-800;

«**Legatum nominis**», en la Rev. Gen. de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 187 (1950) 60-70.

Prueba testifical y «obvagulatio» en el antiguo Derecho romano, en los Studi De Francisci, 1 (1954).

Del Derecho moderno al Derecho romano, trad. de un trabajo del Prof. De Francisci, publicado en la Rev. Der. Privado, septiembre 1955.

ARIAS RAMOS, José:

Sobre los fideicomisos y leyes caducarias. Rev. Der. Privado. Madrid, 1940.

Observaciones sobre la naturaleza del depósito. Rev. Fal. Derecho. Madrid, 1941.

La representación y la «praepositio». Santiago, B. U. S., 1941.

Los orígenes del contrato de sociedad: Consortium y sociedades. Rev. Der. Priv. Madrid, 1942.

Sobre los orígenes de la hipoteca romana. Madrid Rev. Derecho Priv. Madrid, 1943.

Notas en torno al «privilegium». Rev. Univ. Mad. Madrid, 1943.

Precedentes supletorios de la «exceptio» en el procedimiento de las «legis acciones». AHDE. Madrid, 1945.

En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa. Cof. en la Accd. Matrit. Notariado. Publicada en Madrid, 1946.

La doctrina del riesgo en la compraventa romana. Conf. en el Col. Notarial de Barcelona. Publicada en Barcelona en 1947.

El transporte marítimo en el mundo romano. Valladolid, 1948.

Un curioso cargo en la burocracia bizantina: el «quaesitor». Rev. Est. Polit. 42 (1952).

Compendio de Derecho público romano. Historia de las fuentes. Segunda edic. Salamanca, 1942, 5.ª edic. Valladolid, 1953.

Apostillas a un episodio numantino. Rev. Est. Polit. 43 (1953).

Derecho romano, 6.ª ed., Madrid, 1954.

DÍAZ, Eusebio:

Instituciones de Derecho romano. Sexta edic. ampliada y anotada por Juan Iglesias. Dos vols. Barcelona, 1947.

FERNANDEZ POMAR, José María:

Introducción histórica al Derecho romano, trad. esp. de la obra de H. J. WOLFF, Santiago de Compostela, 1953.

FUENTESECA DIAZ, Pablo:

Sobre la Novela 99 de Justiniano y la supuesta «fideiussio mutua», en AHDE, 20 (1950) 242-274.

Origen y perfiles clásicos del «postliminium», en AHDE, 21-22 (1951-52), 300-344.

Oriente y Occidente en la Compilación justiniana, en Información Jurídica, 109 (1952).

Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de «contractus», en AHDE, 23 (1953).

Possessio domino ignorante, AHDE, 24 (1954) 31 págs.

Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho romano, en Revista Notarial, VII (1955).

GUTIERREZ ALVIZ, Faustino:

Los Gracos. Notas sobre una revolución fracasada. Granada, 1945.

Laesio enormis. Granada, 1946.

Diccionario de Derecho romano. Granada, 1948.

Las Acciones, trad. de la obra de ARANGIO RUIZ, Granada, 1947.

HERNANDEZ RUBIO, José María:

La dialéctica del mundo político romano. Arbor. Madrid, 1947.

HERNANDEZ TEJERO, Francisco:

La crisis de la nupcialidad en los comienzos del principio romano. Anuario del C. E. U. Madrid, 1943.

Tituli ex corpore Ulpiani. 1, 12. Gayo, 1, 17, 29, 31. AHDE: 15, (1944), 676-681.

Algunas consideraciones sobre la enseñanza del Derecho en Roma, desde los orígenes hasta Justiniano. Rev. Fal. Der. Madrid, 1944.

La propiedad primitiva de las «res Mancipi» AHDE. 16, (1945), 55 págs.

Sobre el concepto de «potestas». AHDE. 17, (1946) 24 págs.

Reglas de Ulpiano. Edición del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.

Las asociaciones profesionales en Roma. Anuario del C. E. U. Madrid, 1947.

Historia e Instituciones de Derecho romano. Primera edición. Un vol. 410 págs. Madrid, 1949.

«Si pater filium ter venum duit filius a patre liber est», Rev. Fac. Der. Univ. Oviedo. 64 (1953).

HIGUERA, Manuel de la:

Sobre la moral romana y su relación con el Derecho. Granada, 1945.

IGLESIAS CUBRIA, Manuel:

La relación jurídica de precario en el Derecho romano. Publicada en Información jurídica, Madrid, mayo 1949, págs. 771-811.

El precario en el Derecho español. En Información Jurídica. Madrid, octubre de 1949, págs. 1.405-1.440. Continuación de **La relación jurídica en el Derecho romano.**

Ortega y Gasset y el Derecho romano. Información Jurídica, mayo de 1949, págs. 815-819.

De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, págs. 631-647.

La actividad jurisdiccional del Pretor y el D. 1, 1, 11., Información Jurídica, 81 (1950), págs. 173-207.

Las ideas monogenéticas en la creación del Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, 17 (1949), págs. 188-204.

La ciencia del diritto e la Storia, referencia de la conferencia pronunciada bajo este título por Pietro de Francisci, en *Información Jurídica*, 74-75 (1949) págs. 1.084 y ss.

La familia contra la primitiva Roma, comentario y referencia de la conferencia de B. Ansoátegui, en *Información Jurídica*, 83 (1950), 572 y ss.

¿Cabe el «usus fori contra legem»? Información Jurídica, 90 (1950), págs. 1.328-1.333.

Ensayos sobre un texto romano: «Nex... Forti Sanati». VERBUM. Tomo VIII. Junho 1951. Fas. II. págs. 125 y ss.

Materialismo histórico y Derecho romano. Rev. Fac. Derecho. México. Tomo II. Enero-Marzo (1952) 97-135. Este trabajo fué también publicado en *Información Jurídica* 105 (1952).

Cosa de otro y cosa fuera del comercio en la venta romana y moderna, trad. del trabajo de Ricca-Barberis M. publicada en la *Rev. Der. Priv.* 431 (1953).

Selección de textos jurídicos clásicos, latinos y españoles, con versión y notas exegéticas, La Laguna, 1953. Segunda edición, 1953.

Usus-Possessio-Defentio (Evolución histórica del concepto de posesión en el Derecho romano). Rev. Fac. Der. Universidad de Oviedo, 73 (1955).

IGLESIAS SANTOS, Juan:

Savigni y el romanticismo en el Derecho. Rev. Fac. Der. Uni. Madrid, 1941.

Miscelánea crítica (bona, familia, pecunia, hereditas, heres, succedere en las fuentes). Rev. Uni. Oviedo, 1943.

Política y Derecho en Roma. AHDE. 15, (1944), 659-675.

Visión titoliviana de la historia de Roma. AHDE. 17, (1946), 30 págs.

Instituciones de Derecho romano. E. DIAZ. Ampliada y anotada por Dos vols. Sexta edi. Barcelona, 1947.

Sobre fideicomisos y susliuciones fideicomisarias, en *Rev. Jur. Catalana*, Barcelona, marzo-abril 1949.

Del Derecho romano al Derecho moderno, en *Revue Inter. Droits ant.* (Mélanges De Visscher, I) to. II, Bruselas, 1949, páginas 439-443.

Instituciones de Derecho romano. Vol. I. Barcelona, 1950. Vol. II. 1951.

Estudios romanos de Derecho e Historia, Barcelona, 1952.

En torno al fideicomiso familiar catalán, Barcelona, 1952.

La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno, en los Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1952.

Puntos de orientación para el estudio del Derecho romano, española del original italiano de De Francisci, Barcelona, 1952.

Derecho romano, 2 vols. 2.ª ed. Barcelona, 1953.

Sobre el Derecho romano y la «auctoritas», en *Studi De Francisci*, *Rev. Der. Privado*, noviembre 1954.

El estudio actual del Derecho romano, en *Studi Koschaker*, 2, (1954).

Le Droit romain et ses compléments extrajudiqués, en *RI-DA*, 3.ª serie, 1 (1954).

El Derecho romano y nuestro tiempo, en *Re. Der. Privado*, mayo, 1955.

Storia di Roma, Diritto romano e «mistero» del Diritto, en *IVRA*, 6 (1955).

LATORRE, Angel:

Arte y Ciencia del Derecho, traducción del italiano, de varios estudios del Prof. Biondi, Barcelona, 1952.

«Voluntas mulieris» y reembolso de las impensas útiles dotales, en *IVRA*, 5 (1954).

«Uxor praegnans relicta», en *Labeo*, 1 (1955) 2.

MARTIN, Isidoro:

Manual de Derecho romano. Trad. en colaboración con A. REVERTE de G. PACCHIONI. Dos vols. Valladolid, 1942.

Los principios orientadores de la complicación justiniana. Murcia, 1945.

Notas didácticas sobre las fuentes del Derecho. Murcia, 1944.

El estudio del Derecho romano actual. An. Un. Murcia, 1944.

Contardo Ferrini: El Universitario santo. R. C. 1947.

ORS PEREZ-PEIX, Alvaro:

Postliminium in pace. Rev. Fal. Der. Madrid, 1942.

Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano. Salamanca, 1943.

Estudios, sobre la Constitución Antoniniana. AHDE. Madrid, 14 1943 y **Los edictos y el Edicto de Caracalla,** AHDE, 15, 1944.

Diusus imperator. AHDE. Madrid, 1943.

Gaius Instituciones. Trad. esp. Madrid, 1943.

En torno a la llamada obligación alternativa. Rev. Derecho Pri. Madrid, 1944.

El predigesto. En Investigación y Progreso. Madrid, 1945.

In diem addictio. AHDE. Madrid, 1945.

Un punto de vista para la historia del Derecho consuetudinario de Roma. Rev. gen. de leg. y jur. Madrid, 1946.

Sobre los capítulos 107 a 123 de la «lex Ursonensis». Emerita, 1946.

Optio servi. AHDE. 18, (1947), 70 págs.

Posibilidades de investigación en Derecho romano. Arbor, Madrid, 1947.

La actitud legislativa del Emperador Justiniano. Roma, 1947.

De la «prudencia iuris» a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Información Jurídica (Dic. 1947) 63, y ss.

Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano. Madrid, 1948.

De la «privata lex» al Derecho privado y al Derecho civil. Bol. Faf. Dir. Coimbra, vol. XXV, fas. I, 1949.

La formación histórica de los tipos contractuales romanos, Madrid, 1950, Conferencia, 25 págs.

Panorama de los estudios de Derecho romano después de la guerra, en ARBOR, 52 (1950) 519-529.

Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de «ius», en los Studi Albertario, 2 (1950), 279-299.

Sobre la Lex Metalli Vipascensis II, en IVRA, II (1951) 127-133.

Los romantistas ante la actual crisis de la ley, Madrid (ed. Ateneo), 1952.

Todavía sobre la ley Salpensana, cap. 29. en los Studi Arancio-Ruiz, 3 (1953).

Observaciones sobre el «Edictum de rebus creditis», en SDHI, 19 (1953).

Re et verbis, en los Atti Congr. Verona, 3 (1953).

Epigrafía jurídica de la España romana, Madrid, 1953.

«Ius Europaeum», en los Studi Koschaker, 1 (1954).

PELSMAEKER, Francisco:

Notas sobre el «Aestimatum», Anales Universidad, Sevilla, 1939.

«Formulario procesal», Anales Universidad, Sevilla, 1941.

Historia del Derecho romano. Trad. de la de ARANGIO-RUIZ. Sevilla, 1942.

El Negocio Jurídico. Trad. de la obra de SCIALOJA. Sevilla, 1942.

PEREZ LEÑERO, José:

La «assignatio» en el Derecho romano. Tesis doctoral. Madrid, 1942.

Lo económico en la política de Roma. Moneda y crédito. Madrid, 1945.

Política social agraria de Roma. Rev Trabajo. Madrid, 1942.

El «ager publicus» en el Derecho romano. Rev. Fal. Derechd Madrid, 1948.

Antecedentes de la relación laboral en el Derecho romano. Madrid, 1948.

Sobre la distinción romana entre «ius publicum» y «ius privatum». Rev. Información Jurídica, Madrid, 73 (1949).

REVERTE, Antonio:

El nombre secreto de Roma. Anuario de C. E. U. Madrid, 1946.

ROBLEDA, Olis:

La «humanitas» y el Derecho, en Humanidades (Unv. Pontificia Comillas), VI (1955).

RODRIGUEZ SOLANO, Federico:

El contrato de inquilinato en el Derecho romano. Rev. In- formación Jurídica. Madrid, 68 (1949).

SANCHEZ ALBORNOZ, Claudio:

Ruina y extinción del municipio romano en España. Buenos Aires, 1943.

SANCHEZ DEL RIO PEGUERO, Carlos:

Sobre una posible sistemática para el estudio de las fuentes en el Derecho romano. Rev. Der. Priv. Madrid, 1941.

Manual de Derecho romano. Madrid, 1942.

D. 1, 1, 1, 3. **Iniciación al estudio de los elementos nucleares infrahumanos en la concepción clásica romana del «ius naturale»**, en la Revista «Universidad» de Zaragoza, 1-2 (1953).

Notas sobre los temas generales del Derecho romano, Zaragoza, 1955.

SANTA CRUZ TEJEIRO, José:

Derecho concuetudinario en Roma. Valencia, 1941.

La «oratio pro Coecinna» y la interpretación espiritualista. AHDE. Madrid, 1943.

Historia del Derecho romano. Trad. de la de Bonfante. Madrid, 1944.

La norma jurídica romana y su aplicación. AHDE. Madrid, 1945.

Instituciones de Derecho romano. Madrid, 1946.

Breve Historia del Imperio romano narrada por un jurista. Trad. de la obra de G. PACCHIONI. Madrid, 1946.

Principios de Derecho procesal romano. Valencia, 1947.

Derecho romano: Obligaciones y contratos. Valencia, 1947.

Valoración del Derecho romano como factor cultural de Europa, publicación de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, cuaderno 28, 1951.

Notas para un estudio expositivo sobre el influjo de la retórica en el Derecho romano, en la Rev. de Estudios Políticos, 44 (1952).

La narración de Tito Livio y el Senadoconsulto «De Bacchanalibus», en AHDE., 23 (1953).

Europa y el Derecho romano, trad. de la obra de Koschaker, Madrid, 1955.

Finalmente resta advertir que en 1954 la Editorial Revista Derecho Privado ha publicado la versión española de la obra de De Francisci: **Síntesis histórica de Derecho romano**.

