



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 27 (2023), pp. 16-40

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2023.27.0.9630>

ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS DE LOS DOS TERCIOS DE LEGÍTIMA A FAVOR DE LOS HIJOS O DESCENDIENTES DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

HISTORICAL-LEGISLATIVE BACKGROUND OF THE TWO THIRDS LEGITIMATE SHARE IN FAVOR OF CHILDREN OR DESCENDANTS OF THE SPANISH CIVIL CODE

ANA VÁZQUEZ LEMOS

Doctora en Derecho Romano

Universidad de Vigo

<https://orcid.org/0009-0000-0853-3109>

Recibido: 22/04/2023

Aceptado: 11/07/2023

Resumen: La importancia decisiva del sistema romano de sucesiones en la tradición histórico-legislativa del Derecho sucesorio español es indiscutible. Las bases de nuestro Derecho en esta materia entroncan directamente con la tradición romana de la reserva de una porción de la herencia a favor del heredero, que podía ser un hijo o un extraño. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX, el movimiento codificador que dio origen a la legislación vigente, decidió tomar otros derroteros rompiendo con una tradición que imperaba inalterable durante siglos. El motivo de esta ruptura con la tradición legislativa se ha querido buscar en la legislación medieval por eso es necesaria una labor de reinterpretación de las fuentes del Derecho como única forma adecuada de llegar a una conclusión acertada.

Palabras clave: antecedentes, legítima, herederos forzosos, mejora, codificación.

Abstract: The decisive importance of the Roman system of succession in the historical and legislative tradition of Spanish inheritance law is indisputable. The foundations of our law in this area are directly linked to the Roman tradition of reserving a portion of the inheritance for the heir, who could be a child or a stranger. However, throughout the 19th century, the codifying movement that gave rise to the current legislation decided to take other paths, breaking with a tradition that had prevailed unchanged for centuries. The reason for this break

with the legislative tradition has been sought in medieval law, which is why a reinterpretation of the sources of law is necessary as the only appropriate way to arrive at a correct conclusion.

Keywords: history, legitimate, legal heirs, enhancement, codification

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. LA CUESTIÓN SUCESORIA EN LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA: LA SUPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR, LA MEJORA Y EL QUINTO DE LIBRE DISPOSICIÓN. 1. De la evolución de la mejora y la concentración del patrimonio. II. LA CONTROVERSIAS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. 1- Del movimiento codificador del siglo XIX. 2- La primera mención a los herederos forzosos. 3- Disposiciones complementarias: la mejora, el legado de usufructo y el quinto de libre disposición. 4- La Ley de Bases de 1888. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

INTRODUCCIÓN

El estudio de la legítima es una cuestión bastante compleja. Tras el análisis en mi tesis doctoral de la evolución de la legítima en el ordenamiento jurídico romano he podido constatar que se pasó de una libertad de disposición absoluta en el derecho arcaico de la Ley de las XII Tablas a una reserva en la etapa clásica, de la cuarta parte de la herencia a favor del heredero instituido en el testamento, que podía ser un hijo o un extraño. Esta cuarta parte tenía solamente la finalidad de que el heredero instituido aceptase la herencia, esto es, de que el testamento tuviese eficacia. Aquí vamos a analizar los inmediatos antecedentes legislativos que condujeron a la actual regulación de la institución de la legítima en Código Civil español.

La pretensión es encontrar cuándo se produjo el cambio de la reserva de la cuarta parte a favor del heredero instituido en el testamento (hijo o extraño) a la reserva de los tercios de la herencia en concepto de legítima y mejora, que, obligatoriamente, iría a favor de los hijos.

I. LA CUESTIÓN SUCESORIA EN LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA: LA SUPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR, LA MEJORA Y EL QUINTO DE LIBRE DISPOSICIÓN

La interpretación de las leyes debe llevarse a cabo teniendo en cuenta el contexto histórico y social de la época en la que se promulgan, por ello, antes de entrar en materia debe hacerse una breve reseña sobre el tiempo en que se aprobó la Novísima.

La Nueva Recopilación de las Leyes de España fue publicada en el año 1805 por orden de Carlos IV y estaba formada a partir del texto refundido de la Nueva Recopilación de 1567 de Felipe II, siendo su antecedente legislativo más inmediato las Leyes de Toro de los Reyes Católicos.

Por lo que respecta al contexto social, la familia era el elemento nuclear en torno al cual se articulaba la vida de una persona. La fortuna familiar era la principal fuente de riqueza

y poder, lo que influenció de manera decisiva la legislación sucesoria de los últimos tres siglos.

Es necesario tener presente que nos situamos a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, y con una tasa de mortalidad infantil altísima y una esperanza de vida relativamente corta era fundamental regular la cuestión sucesoria de forma que la exigua descendencia o la falta de esta, no provocase una fuga de capitales o la salida del patrimonio de la familia.

Esto sin duda explicaría por qué se limitó tanto la libertad de testar en la Novísima al punto de que en el Lib.X. Tit XX, Ley I, se dice *«los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha sucedan ex testamento y ab intestato a sus descendientes, y les sean legítimos herederos, cómo lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso de que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar, pero bien permitimos que no embargante, tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren. Lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares do según fuero de la tierra se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raíz á la raíz»*.

Aquí hay que decir que es la primera vez que en una ley sucesoria se menciona el tercio. Se establece que los ascendientes son herederos forzosos, *ex testamento* o *ab intestato*, de los hijos que no tienen descendientes legítimos. Dichos descendientes, aunque tengan ascendientes, pueden disponer como quieran de una tercera parte de la herencia.

Por lo tanto, el que no tuviese hijos o descendientes legítimos solo tenía libertad para decidir sobre el tercio de la herencia, salvo en aquellos lugares en los que existiera la denominada troncalidad como en el País Vasco¹.

Por otra parte, en la Novísima Recopilación se menciona una quinta parte de la herencia, en Lib. X, Tit. XX, Ley V, del siguiente modo *«los hijos bastardos o ilegítimos, de qualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex testamento ni ab intestato, en caso que tengan sus madres hijo ó hijos, ó descendientes legítimos: pero bien permitimos, que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrían disponer por su ánima, y no más ni allende. Y en caso de que no tenga la mujer hijos ó descendientes legítimos, mandamos que, el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, o por su orden y grado le sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato, salvo si tales hijos lo fueran de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre, que en tal caso mandamos, que no puedan heredar á sus madres ex testamento ni ab intestato: pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes y no mas, de la que podían disponer en vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos, que entonces se*

¹ Dice FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Fuero del Señorío de Vizcaya en lo Civil durante los siglos XVIII y XIX*, RGLJ, Reus, Madrid, 1946, pág.3, que la economía de los territorios de Vizcaya se basaba en la agricultura que se gestionaba a través de minifundios, de una manera similar a como se distribuía la propiedad en Galicia. La multiplicación de los minifundios y la fragmentación del patrimonio familiar a través de sucesivas generaciones habría supuesto la ruina de muchos, de ahí que el Fuero Nuevo de Vizcaya introdujese instituciones tan novedosas como la troncalidad a tenor de la cual, si es testador no tuviese hijos o descendientes no podía disponer de los bienes inmuebles a favor de personas que no fuesen parientes de la línea o el «tronco» por donde procedían los bienes.

entienda y se diga dañado y punible ayuntamiento, quando la madre que por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frayles ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley precedente, que hizo el señor Rey D. Juan I, en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de los clérigos».

En definitiva, los hijos ilegítimos no podían heredar a sus madres ni en la sucesión testada ni en la intestada si concurrían con hijos legítimos. Ahora bien, se permitía a la madre disponer libremente del denominado quinto a favor del alma, es decir, de la quinta parte de la herencia, para que fuera atribuida a los citados hijos habidos fuera del matrimonio. Si la mujer solo tenía hijos habidos fuera del matrimonio, entonces éstos sí que podían heredar más de la quinta parte, a no ser que fueran concebidos en lo que la Novísima denomina como «punible ayuntamiento²».

Se recogen también en el presente texto legal, otras disposiciones relativas a la quinta parte de la herencia, en concreto el Lib.X, Tit XX, Ley III: *«porque somos informados, que los Ministros de la Santa Trinidad y de la Merced, y los Conservadores de los dichos Monasterios, y los Tesoreros y Comisarios de la santa Cruzada y otras personas, quando alguno muere sin hacer testamento, piden y demandan á sus herederos el quinto de sus bienes, diciendo, que les pertenece conforme á los privilegios ó costumbre, que dicen que tienen; y que sobre ello le fatigan, no embargante que alegan, que los tales difuntos dexaren herederos: por ende mandamos, que si las tales personas, que así muriesen sin hacer testamento, dexaren hijos legítimos ó parientes dentro del quarto grado, que de Derecho puedan y deban heredar sus bienes, que no se les pida ni demande, ni á ellos ni á los testamentarios de los tales difuntos cosa alguna por causa de haber muerto ab intestato (sic...)».*

Este párrafo alude a la sucesión intestada de suerte que se excluyó a las instituciones religiosas de la sucesión intestada. Según esta disposición debía ser práctica habitual por parte de la Iglesia que ésta se arrogase el quinto de libre disposición de aquellos feligreses que fallecían intestados. Probablemente el motivo que llevó al legislador dieciochista a introducir esta limitación fuesen las reclamaciones indebidas o abusivas³.

² GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna*, Departamento de Historia del Derecho, Universidad de Murcia, 1991, págs.39-41, nos da algunas pistas de lo que puede considerarse como «punible ayuntamiento». En el Fuero Real y en las Partidas se reprimió el delito de adulterio, al punto que en el primer texto legal se condenaba a la mujer adúltera a la reclusión en un monasterio, la pérdida de las arras y de la dote en favor de su marido y de los bienes que le quedaran en favor de sus restantes parientes. Cuando una mujer cometía adulterio con un siervo, ambos debían ser quemados. También dentro de la relación de la barraganía, la barragana infiel perdía todas las expectativas sucesorias con respecto a los bienes de su señor. Por otro lado, el matrimonio de las personas recíprocamente ligadas por vínculos de parentesco, o el contraído por alguna que hubiera formulado voto de dedicarse al servicio de Dios daban lugar a la aparición de los delitos de incesto y de sacrilegio. El primero fue reprimido por el Fuero Real donde el matrimonio fue declarado inválido y se condenó a las partes a la reclusión en un monasterio, sanción que alcanzaba también a quienes mantuvieran relaciones extramatrimoniales, de barraganía u ocasionales, teniendo prohibido el matrimonio por existir entre ellos vínculo de parentesco en grado tal que el Derecho canónico no permitiera tales nupcias.

³ Existía un pasaje similar en Las Partidas, en concreto la Partida VI, Tit I, Ley XVII donde se dice *«religiosa vida escogiendo algún hombre o alguna mujer de hacer, así como entrando en algún monasterio, o haciéndose ermitaño o emparedado, o tomando otra orden, éste tal no puede hacer testamento, pero todos los bienes que*

Por otro lado, se contempla la prohibición de que las instituciones religiosas puedan reclamar el quinto de libre disposición de la herencia de las personas que fallecían sin testamento. Existe un precedente histórico, en las Partidas de Alfonso X el Sabio, en el que se reconoce a la Iglesia el derecho a obtener precisamente la quinta parte de la herencia de las personas que formaban parte de la vida eclesiástica.

No parece muy clara la razón a la que obedece este cambio de política legislativa, sin embargo, la necesidad de frenar la acumulación de poder y tierras en manos de la Iglesia, una de las grandes latifundistas del país, quizás esté detrás de este cambio de parecer, en aras a evitar reclamaciones abusivas por parte de miembros del clero.

En el Lib. X, Tit. VI, Ley II aparece explícitamente mencionada el tercio de mejora, *«el padre ó la madre, ó qualquier dellos puedan, si quisieren, hacer el tercio de mejora, que podían fazer á sus fijos ó nietos conforme á la Ley del Fuero, á qualquier de sus nietos ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padres de los dichos nietos ó descendientes, sean vivos, sin que en ello le sea puesto impedimento alguno»*.

A tenor de lo recogido en este pasaje de la Novísima Recopilación podemos concluir que este tercio de mejora era para los hijos y nietos del causante.

El esquema sucesorio era el siguiente: se dejaba la cuarta parte al heredero o herederos instituidos siguiendo la tradición romanística. Así, entre estos herederos instituidos tendría que estar incluido necesariamente el mejorado al que se le dejaba el tercio de mejora. Se le distinguía de este modo entre los restantes herederos concediéndole una porción mayor sobre el haber hereditario. En definitiva, para ser mejorado era *conditio sine qua non* ser hijo o descendiente instituido heredero.

Como aporte particular, también hay que destacar que este tercio de mejora se podía dejar a los nietos o descendientes legítimos aunque los padres continuasen con vida.

Por otro lado, el Lib.X, Tit. VI, Ley III establece que *«el padre ó la madre y abuelos, en vida ó al tiempo de su muerte, puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio y el quinto de mejora, en que lo haya el fijo, ó fijos ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda del dicho tercio de lo que valiere la tercia parte de sus bienes al tiempo de su muerte; pero mandamos, que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna»*.

De conformidad con este pasaje, el causante podía dejar un bien concreto o parte de la herencia en concepto de mejora, sumando un tercio y el quinto (que es de libre disposición).

El quinto de mejora ya aparecía en el *Liber Iudiciorum* como una forma de favorecer a los hijos manteniendo intacto el sistema de la cuarta falcidia, de modo que no representa ninguna novedad con respecto a la legislación anterior, y lo mismo puede decirse del quinto, en la medida en la que en el citado texto de los visigodos también se recoge el denominado quinto de libre disposición, que después pasaría a las Leyes de Toro de los Reyes Católicos y de ahí a la Novísima Recopilación.

tuviese deben ser de aquel monasterio o de aquel lugar donde entrase si no tuviese hijos, u otros que descendiesen por la línea derecha, que hereden lo suyo. Mas si éste tal tuviese hijos u otros herederos que descendiesen de él, puede partir entre ellos lo que hubiere, de manera que dé a cada uno de ellos su legítima parte, e no más, e si por ventura más le quisiere dar de su parte legítima, entonces tanta parte debe ser dada al monasterio, cuánta cayere al uno de ellos (sic...)».

2. De la evolución de la mejora y la concentración del patrimonio

Señala ÁLVAREZ MORENO⁴ que el origen de la mejora es una cuestión controvertida, y que se ha querido vincular esta institución con determinadas figuras romanas como la evolución de la «*patria potestas*» o de los «*bona materna*», aunque lo cierto es que casi siempre se fija su origen en el período godo tras el desmantelamiento de la provincia de *Hispania* (la *Dum Inlicita*⁵ de Chindasvinto).

Según esta autora, fue Chindasvinto quien a mediados del siglo VII introdujo la mejora a través de la *Dum Inlicita*⁶ en ella se estableció una mejora en una cuantía de un décimo de los bienes sometidos a reserva.

Posteriormente, Ervigio⁷ modificó la *Dum Inlicita* elevando la cuantía de la mejora que pasó a ser del tercio, tal y como se recogió siglos después en la Novísima Recopilación,

⁴ ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La mejora en favor de los nietos*, ed. Edisofer, Madrid, 2003, pág. 198.

⁵ L.V. IV, 5,1 «*De non exheredandis filiis et quod iudicium ferant parentes de facultatibus suis. Dum inlicita queque perpetrari cognoscimus, legem ponere secuturis oportune compellimur. Plerique enim indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxurie vel cuiusdam male voluntatis in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes aut non gravi culpa forsitam obsnoxios inanes relinquunt, ut utilitatibus publicis nihil possint omnino prodesse, quos oportuerat cum virtute parentum iniunctum sibi laborem inexcusabiliter expedire. Sed ne sub ac occasione aut utilitati publice quandoque depereat, quod perire non debet, aut naturalis pietas suspendatur a filiis vel nepotibus, quam circa eos exerceri competenter oportet: ideo, abrogata legis illius sententia, qua pater vel mater aut avus sive avia in extraneam personam facultatem suam conferre, si voluissent, potestatem haberent, vel etiam de dote suam facere mulier quod elegisset in arbitrio suo resisteret, sta magis servetura cunctis moderata asicura, qua nec parentibus vel aviis adimatur iudicandi de rebus suis ex toto licentia, nec filios aut nepotes asuccessione avorum vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas. Igitur pater vel mater, vel avus sive avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servent omnino censuram, ut super decimam partem rerum suarum melioratis filiis aut filiabus vel nepotibus atque neptis ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit, eos legitimos filios vel nepotes non habere suprestes. Sane si filios sive nepotes habentes ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint de facultate sua largiendi voluntatem habuerint, de quintam tantum partem iudicandi potestas illis indubitata manebit. Exheredare autem filios aut nepotes licet pro levi culpa inlicitum iam dictis parentibus erit, flagellandi tamen et corripiendi eos, quamdiu sunt in familia filius filiave, nepos neptis tam presumptiosi extiterint, ut avum suum aut aviam, sive etiam patrem aut matrem tam gravibus iniuriis conentur afficere, hoc est, si aut alapa, pugno, vel calce seu lapide aut fuste vel flagello percutiant, sive per pedem vel per capillos ac per manum etiam vel quocumque inhonesto casu abstrahere contumeliose presumant, aut publice quodcumque crimen avo aut avie seu genitoribus suis obiciant: tales si quidem manifeste convicti, et verberandi sunt ante iudicem quinquagenis flagellis et ab hereditate supradictorum, si idem avus aut avia, pater vel mater voluerint, repellendi. Tamen si resipiscentes a suo excessu, veniam a suprascriptis, quibus offerant, inploraverint, eosque in gratiam receperint paterna pietate aut rerum suarum successores instituerint, neque propter disciplinam, qua correpti sunt infamiam poterint ullatenus sustinere».*

⁶ Dice LETINIER, Rosine, «Abrogata legis illius sententia. A propósito del enigma contenido en la Ley dum inlicita de Chindasvinto (LV. IV 5.1)», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 1999, págs.367-372 que se trataría de una ley que regularía el poder de disposición de los padres, madres, abuelos o abuelas sobre sus bienes y de la mujer sobre su dote, de tal manera que se les permitía privar totalmente a sus hijos, hijas, nietas o nietos de sus bienes, siguiendo el principio del Derecho Romano que permitía la absoluta libertad de testar. Teniendo en cuenta lo manifestado por Chindasvinto, la voluntad de los disponentes no encontraba obstáculos

⁷ F.J 4,5,1: «*dum inlicita queque perpetrari cognoscimus legem ponere secuturis oportune compellimur... Hoc tamen, rationis intuitu prelucente, observandum adicimus ut pater vel mater, avus vel avia de supradicta tertia parte rerum suarum, si in nomine filiorum suarum atque nepotum aliquid specialiter scriptis conferre decreverint, iuxta testationis eorum ordinem cuncta erunt observanda perenniter; qualiter testatio talium de eadem tertia portione, iuxta quod eam in singulis voluerint prelargire, plenam et inconvulsibilem obtineat firmitatem.. Nec licebit filiis ipsis atque nepotibus, qui de hac tertia portione aliquid meruerint a*

donde también se incluyó la posibilidad de fraccionar la mejora y la posibilidad de gravar ésta con cargas de sus causahabientes.

Durante la Edad Media, casi todos los Fueros ignoraron la facultad de mejorar, aunque con excepciones como el Fuero de Fuentes de Alcarria⁸ o el Fuero de Burgos⁹.

Aun así, señala ÁLVAREZ MORENO¹⁰ que durante esta época existía una práctica constitutiva, en su opinión de fraude de ley, por la que un nieto recibía el legado del abuelo que en realidad encubría una mejora a su padre.

parentibus vel aviis percipere, quodcumque aliud indicare, excepto si a parentibus vel aviis nulla ad futurum videatur pro conlatis rebus testationis condicio intercessisse. Sane si filios vel nepotes habentes ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint de facultate sua largiendi voluntatem habuerint, extra illam tertiam portionem, que superius dicta est quinta iterum pars separabitur. De qua quinta parte iudicandi potestas illis indubitata manebit. Sed sive tertia rerum pars, que meliorandis impendi precipitur, sive quinta, que pro consolatione ecclesiarum vel libertorum seu quorumlibet impensione separari iubetur de propriis tantumdem rebus separabitur. Nam quod quisquis ille per auctoritatem percipere meruit precipitur, nullo modo in adnumeratione huius tertie vel quinte partis quolibet titulo admiscetur, sed iusta legem aliam hoc a rege perciperint habebunt licitum, quale voluerint de colantis sibi rebus a príncipe ferre iudicium».

⁸ Fuero de Fuentes de Alcarria. «Por mandamiento de auuelo o de auuela. Todo auuelo o auuela pueda mandar fasta XXX mencales a nieto o a nieta si no heredaren et si heredaren no les pueda mandar nada». Según OTERO VARELA, Alfonso, «La mejora del nieto», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 1961, pág. 396, comenzó a mejorarse a los hijos antes del resurgimiento legal de la mejora mediante la fórmula indirecta de mejorar al nieto.

⁹ Sobre el origen de la mejora, dice ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Imprenta de Eduardo Cuesta, Tomo IV, Madrid, 1876, pág.94, que probablemente una Ley de Eurico permitía a los padres y a los abuelos disponer libremente de sus bienes incluso a favor de personas extrañas, pero viendo el Rey Chindasvinto que algunos disponían de sus cosas con mal criterio «*vel causa luxuriae vel cujusdam malae voluntatis adsensu*», dándolas a personas ajenas a la familia y quitándoselas sin motivo a los hijos y a los nietos, derogó esta ley antigua por la Ley 1ª, Tit. 5, Lib. 4ª, del Fuero Juzgo, ordenando que de ahora en adelante ni los padres ni los abuelos pudiesen hacer de sus cosas lo que quisiesen, ni desheredar por causas banales a los hijos ni a los nietos, pero si querían mejorar a alguno de ellos, no lo pudiesen hacer si no en la tercera parte de sus bienes, fuera de la quinta de la que tendrían derecho a disponer a favor de la Iglesia o de otros lugares. Esta disposición de Chindasvinto relativa a la mejora, fue según Escriche, proscrita enteramente por los Fueros Municipales y por el Fuero Viejo de Castilla, pero volvió a ser sancionada de nuevo por el Fuero Real

¹⁰ *Ídem* nota 4.

A partir de entonces, la facultad de mejorar resurgió con fuerza en el siglo XIII en algunos Fueros¹¹ como el de Soria¹², el Fuero Juzgo o el Fuero Real y en el siglo XIV esta institución pasó a formar parte de las denominadas Leyes del Estilo¹³.

Dice OTERO VARELA¹⁴ que en el Fuero de Soria y en el Libro de los Fueros de Castilla, al recoger el tema de la colación hacen alusión a las mandas al nieto y ponen especial atención a aquellas que se hacen «*patre viviente*», las cuales califican como «*engannosas y encubiertas*».

El engaño y el encubrimiento que describen estos textos era el fraude al deber de colación. El autor antes mencionado, señala que el nieto, viviendo el padre, no era heredero y no tenía el deber de colación. Así, donándole o legándole al nieto se enmascaraba la mejora del hijo, su padre, y se defraudaba el «*derecho de los hijos*» que «*equalmientre deuen heredar los bienes del padre et de la madre*».

Por lo tanto, la manda al nieto abrió la puerta para establecer la mejora del hijo y su posterior reconocimiento en los textos. De hecho, en algunos Fueros que se aplicaban a

¹¹ En este sentido es de destacar el pasaje 125 del Libro de los Fueros de Castilla, cuya transcripción es la que sigue «*título de la hereditat o ropa que padre o madre dan afijo en casamiento. Esto es por fuero: que sy padre o madre dan a fijo hereditat o ropa en casamiento o coçedras o sauannas otra tal ropa ... et viene a tiempo que muere el padre o la madre e demandan los otros fijos, que adugan la hereditat o la ropa apartiçion qual fuere usada... Ca non puede dar padre nin madre mas aun fijo que a otro más de çinco sueldos. Más puede dar a nietos o nietas un dado qual quisiere, sacadas las meiores casas. Et sy non ouyere mas de unas de unas casas, puede dar la meatat o el terçio o el quarto. Et la hereditat que el padre da al fijo e da lo a otro omne por encubierta, sy fuere tiempo que los otros hermanos quieran demandar esta hereditat, non la deuen demandar a aquel que la compró, nin el que la compro non se deue saluar por ella; mas aquel su hermano cuya dice es la compra, a aquel la deue demandar*». vid. SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, Galo, *Libro de los Fueros de Castiella*, Barcelona, 1924.

¹² DE ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando, *El Derecho sucesorio del Fuero de Soria. Aproximación por vía de crítica institucional*, BOE, Madrid, 2006, pág. 94 dice que una de las instituciones típicas del Fuero de Soria (303) es la mejora que en este texto legal es de la cuarta parte de los bienes descontando el quinto libre. No se especifica de que modo puede efectuarse la mejora pero se entiende que debe ser mediante una manda. En este sentido, Fuero de Soria 303 «*toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fijos ... Esto mismo ssea de lo que el auuelo o la auuela o amos en uno dieren a alguno de sus njetos en casamiento o en otra manera, el padre o la madre, de qual parte los ouiere los auuelos seyendo muerto, que sea tenjido de lo adozir apartiçion con los otros hermanos et con sus tios, saluo sil fuera dado por soldada de sreucio quel fizo, como dicho es, et non en otra manera. Et por de derecho los fijos equal mjentre deuen heredar los bienes del padre et de la madre, et el padre et la madre, non puedan dar mas al un fijo que al otro sin non por meiorja en aquella quantia que dicho es. Los auuelos entendiendo esto, danlo al njetto o a los njetos, seyendo el padre biuo, a fuerça que finquen con ello et que lo non tornen apartiçion si les fuere demandado; et por que esto tal es fecho engannosa mjentre, si les dado fuere, non vala*».

¹³ «*Ley ccxiiii. Cómno se libra de la quinta et de la tercia parte que el omne quiere mandar et meiorar de sus bienes. Sobre la ley que comiença: «Ningún omne que ouiere fijos», que es en el Fuero de las Leyes, en el título De las mandas, en el capítulo: «pero si quisiere meiorar a l alguno de sus fijos et de los nietos, puédelo meiorar en la tercia parte de sus bienes sin la quinta parte sobredicha». Et es a saber sobresta quinta parte et sobresta terçera parte: Que do non a otro fuero nin costunbre que sea contra la ley, que sacan primero por razón del alma el quinto de quanto toviere et mandarlo a a qui quisiere. Et de todo lo al que finca meiorará a alguno de los fijos et mandarles a el tercio. Et así usan esta ley*». Vid. OLIVA MANSO, Gonzalo, *Las Leyes de Estilo. Conmemoración del octavo centenario del nacimiento de Alfonso X (1221-2021)*, Leyes Históricas de España, BOE, Madrid, 2022, pág.204.

¹⁴ *Ídem* nota 8.

pequeños territorios se consagró esta institución como en el ya citado Fuero de Soria, en el Fuero Real 3,5, 9¹⁵ y en el privilegio de Sancho IV Mejoría al Fuero de Cuenca (Ap.12)¹⁶.

En cualquier caso, el máximo desarrollo legislativo de la mejora se produjo en el siglo XVI con la aprobación de las Leyes de Toro por los Reyes Católicos. Estas normas pasaron a la Nueva Recopilación de 1567 y a la Novísima Recopilación prácticamente sin modificaciones.

Para hacer referencia a la evolución de la mejora debemos partir de los códigos de los reyes godos¹⁷, y es que el tercio de mejora trataba de imponer una especie de equilibrio entre todos los hijos del causante, lo que no comportaba dejar sin efecto el sistema romano de la cuarta falcidia. A modo ejemplificativo, podemos decir que en la hipótesis de que en el Derecho Romano clásico existía libertad de testar, podía darse el supuesto de que el testador instituyese herederos a todos sus hijos que tendrían derecho a una cuarta parte de modo que el causante podía instituir a uno solo de ellos, sin preferencia ni distinción, en los tres cuartos restantes.

Con la mejora del tercio, el testador podía instituir herederos a todos sus hijos en esa cuarta parte y mejorar a uno de ellos en el tercio. Ahora bien, debemos tener en cuenta que cuando una persona lleva a cabo un acto de este tipo debe existir necesariamente una motivación ya sea trivial, sentimental o puramente económica.

En este sentido, señala LAGARTOS PACHO¹⁸, más de las tres cuartas partes de las mejoras que se realizaban en el siglo XVIII no especificaban el motivo que llevaba al testador a llevarlas a cabo. El resto, tenían un componente afectivo y de fidelidad al matrimonio.

¹⁵ Fuero Real 3,5,10: «Ningun orne que oviere fijos o nietos , o dent ayuso que hayan derecho de heredar, non pueda mandar nin dar a su muerte mas de la quinta parte de sus bienes : pero si quisier mejorar a alguno de los fijos o de los nietos , puedalos mejorar en la tercia parte de sus. bienes, sin la quinta sobredicha que pueda dar por su alma. en otra. parte .i: do quisier , e non a ellos».

¹⁶ Dice MONTES SALGUERO, Jorge J., «Notas sobre el Derecho sucesorio en los Fueros de Cuenca y Úbeda», *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 3, UNED, Madrid, 1993, pág.146 que la mejora no estaría vigente ni en el Fuero de Cuenca ni en el Fuero de Úbeda, ahora bien, acepta la tesis de Otero Varela de su incorporación en el primero de los Fueros a través del privilegio de Sancho IV, influenciado según este autor por el derecho justiniano, privilegio éste cuyo tenor literal es el que se transcribe a continuación: «Alo que me/ enbiastes dezir/ quel marido non podie dar nin mandar nada asu muger, njin la muger al marido, njin el padre non podie mejorar mas al un ffijo que/ al otro, & los fijos de las varraganas o los que ffazen fijos en sus moras que heredan con los ffijos de las veladas, esto uos digo que non es derecho &/ Mando que sea como el derecho manda». Vid. UREÑA Y SMENJAUD, Rafael, *Fuero de Cuenca*, Real Academia de la Historia Madrid, 1936, pág. 894.

¹⁷ F.J 4.5.1 «igitur pater vel mater, avus vel avia, quibus quem piam filiroum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino mensuram, ut super tertiam partem rerum suarum meliorandis filiis aut filiabus, vel nepotibus atque neptibus ex ómnibus rebus suis nihil amplius impendant, neque facultatem suam ex ómnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit, eos legitimos filios vel nepotes non habere suprestes, Hoc tamen, rationis intuitu praelucente, observandum adiicimus, ut pater vel mater, avus vel avia de supradicta tertia parte rerum suarum, si in nomine filiroum suorum, atque nepotum aliquid specialiter scriptis conferre decreverint, iuxta testationis eorum ordinem, cuncta erunt observanda perenniter; qualiter testatio talium de eadem tertia portione, iuxta quod eam in singulos voluerit praelargire, plenam et incovulsibilem obtineat firmitatem. Nec licebit filiis ipsis atque nepotibus, qui de hac tertia portione aliquid maruerint a parentibus suis vel avis percipere, quodcumque aliud iudicare, excepto si a parentibus vel ab avis nulla ad futura videatur procolantis rebus testationis conditio intercessisse».

¹⁸ LAGARTOS PACHO, Francisco Javier, «La mejora como forma de corregir el igualitarismo castellano, comarca de Sahagún, siglo XVIII», *Estudios humanísticos, Historia*, nº 4, Universidad de León, 2005, pág. 142.

Por grupos, cuando la mejora se realizaba sobre los hijos no se indicaba ninguna motivación para hacerla, lo que nos puede inducir a pensar que no se necesitaba ninguna excusa o motivo porque lo que primaba en este supuesto era la estrategia de seguir dentro del grupo familiar que podía estar dirigida a impedir la dispersión patrimonial o la redistribución más equitativa de los bienes atendiendo a las necesidades de los hijos.

Por lo tanto, la aparición de la mejora como una forma de diferenciar o premiar a uno de los herederos tuvo una motivación puramente patrimonial, es decir, de la misma forma que en Derecho castellano se pretendió evitar la fragmentación patrimonial imponiendo que los cuatro quintos de la herencia pasasen a los descendientes del causante (recordemos el precedente del Fuero Real que finalmente no prosperó), con el tercio de mejora se intentó conseguir que los bienes se concentrasen o permaneciesen en la familia.

Señala LAGARTOS PACHO¹⁹, que existiría también detrás de la mejora algún que otro trasfondo sentimental, es decir, según este autor, una de las razones más habituales para mejorar era el cuidado de alguno de los hijos de corta edad que tuviera el matrimonio. Aquí cobrarían especial relevancia los tutores o curadores encargados de velar por el bienestar del menor.

En este sentido, cuando el mejorado era el cónyuge, el motivo puramente sentimental también cobraba especial relevancia, se premiaba la fidelidad en el matrimonio y su buen funcionamiento, aunque lo cierto es que también hay que tener muy presente que la mejora no dejaba de ser un nuevo ingreso que incrementaba el patrimonio del cónyuge supérstite.

Al margen de estas consideraciones sentimentales, debemos tener en cuenta que lo más probable es que esta concepción de la mejora obedeciese a algún tipo de estrategia familiar, lo que se hacía todavía más evidente cuando se dejaban especificados los bienes sobre los que recaía la mejora.

De este modo, era bastante habitual que los testadores intentasen que no se dividiese la casa familiar entre los hijos mediante la utilización de la mejora y que así esta pasase íntegra a la persona mejorada.

Pensemos, por lo tanto, que la mejora cobraba un papel fundamental cuando ésta recaía sobre la viuda, es decir, a través de esta institución se podía asegurar a la mujer una residencia estable de forma que no quedase amparada a su suerte en caso de mala relación con los hijos o de tener menores a su cargo.

En cualquier caso, en lo que respecta a las mejoras realizadas a favor de los hijos lo cierto es que en la mayoría de los casos ésta recaía sobre bienes muebles o raíces y el resto sobre la casa. Se trataba, por lo tanto, de diferenciar al hijo que había permanecido en el hogar con sus padres con el objetivo de cuidarlos.

Con estas prácticas, que en el siglo XVIII corrían paralelas a otras formas de evitar la dispersión del patrimonio, como el mayorazgo, se pretendía constituir una especie de primogenitura y de asegurarse que alguno de los hijos cuidase a sus padres en sus últimos días de vida.

¹⁹ *Idem* nota 18.

II. LA CONTROVERSIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

1. El movimiento codificador del siglo XIX

El Proyecto de Código Civil de 1851 se enmarca en un contexto histórico bastante complicado. A lo largo del siglo XIX se fueron sucediendo las disposiciones legales que abogaban por unificar la legislación en todo el territorio español.

Dice el art. 96 del Estatuto de Bayona de 1808 que «*Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales*».

Así, resumiendo brevemente, la Constitución de 1812 en su art.258 estableció que «*el código civil y criminal, y el de Comercio, serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las valoraciones que por peculiares circunstancias podrán hacer las Cortes*».

De esta forma, en los años 1813, 1814 y 1820 se nombraron comisiones codificadoras cuya actividad se vio interrumpida por el regreso del régimen absolutista de Fernando VII.

Las consecuencias no fueron otras que fuera de Castilla, en casi la totalidad el siglo XIX continuaron en vigor las fuentes escritas o consuetudinarias de sus Derechos forales mientras que en terreno castellano se continuó con las normas contenidas en las Partidas, en el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro o la Novísima Recopilación de las Leyes de España, utilizadas con frecuencia por las distintas sentencias del Tribunal Supremo anteriores a 1890.

De este modo, sostiene SERNA VALLEJO²⁰, que el fracaso de los sucesivos proyectos de Código Civil obligó a la continuidad del Derecho Civil del Antiguo Régimen durante la mayor parte del siglo XIX. Esta circunstancia explicaría que entre los años 1812 y 1888-1889, al mismo tiempo que se postulaba la ley como fuente preferente del ordenamiento español, en la práctica continuase vigente una parte muy relevante del Derecho Civil del Antiguo Régimen, incluida la diversidad de fuentes del pasado y los distintos sistemas de prelación en vigor en diferentes partes del territorio nacional, como el recogido en el Ordenamiento de Alcalá.

Por lo tanto, a lo largo del siglo XIX y hasta la promulgación del Código Civil continuó en vigor el sistema romano de la cuarta falcidia que permitía instituir heredero a un hijo o a un extraño en una porción de la herencia para asegurar su aceptación, y es que recordemos que en Derecho Romano si bien existía libertad de instituir heredero y libertad de testar la forma de asegurar la validez del negocio jurídico testamentario no era otra que garantizar la aceptación de la herencia por el instituido heredero.

La cuestión o el debate entre los partidarios del sistema de legítimas y la libertad de testar fue uno de los más polémicos y que más controversia suscitó entre los legisladores decimonónicos, como se verá en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1836 y en algunos pasajes de las «*Concordancias*» del Proyecto de 1851 de las que hablaremos en apartados posteriores de este trabajo.

²⁰ SENRA VALLEJO, Margarita, «La Codificación civil española y las fuentes del Derecho», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 2012, pág. 19.

En cualquier caso, lo cierto es que el sistema de legítimas terminó por imponerse después del arduo camino que tuvo que recorrer la comisión codificadora hasta llegar a un consenso y a la aprobación de un texto definitivo.

En definitiva, si bien es cierto que el afán de unificación legislativa en el ámbito civil subsistió a lo largo del siglo XIX lo cierto es que esta unificación no cristalizó sino hasta 1889 y aún a pesar de ello, lo cierto es que continúan subsistiendo los ordenamientos forales, algunos de ellos totalmente apegados a la tradición romanística, por contraposición de la división novedosa de la herencia que se planteó tanto el Proyecto de 1851 como en el Código Civil de 1889.

2. La primera mención a los herederos forzosos

Independientemente de esta breve introducción histórica y por lo que atañe a la cuestión sucesoria en el Proyecto de 1851, dice el art. 640 *«llámanse herederos forzosos aquellos á quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de la que no pueden ser privados sin justa causa y probada de desheredación»*.

En este sentido, continúa el art. 641 *«son herederos forzosos 1º los hijos o descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2º Faltando los del número anterior, los padres y ascendientes legítimos respecto de su hijos y descendientes legítimos»*.

Como hemos visto en apartados precedentes del presente trabajo, esta es la primera vez en la historia de la legislación civil en materia sucesoria en la que aparece la expresión herederos forzosos.

Estos herederos no aparecen por ninguna parte en la Novísima Recopilación, tampoco en su precedente legislativo más inmediato, las Leyes de Toro, ni siquiera es un concepto romanístico, como la mayoría de las disposiciones de Derecho sucesorio, entonces ¿de dónde procede?

Ni el propio autor del Proyecto de 1851 sabe explicar la motivación de la legislación que pretende aprobar.

Así, GARCÍA GOYENA²¹, dice *«la materia de las últimas voluntades y en particular de la legítima, fue la que presentó mayor disparidad en todos los Códigos y textos legales, embrolladísima entre los romanos y el mismo Justiniano (sic...)»*.

Continúa diciendo este autor que en la Ley de las XII Tablas no se contempló la legítima, pero que el padre que tenía derecho sobre la vida y la muerte de sus hijos, debía tenerlo también para disponer sobre sus bienes como quisiera.

Así, *«la supremacía de la autoridad paterna entraba en la constitución política del Estado y el presunto carácter severo de la disciplina doméstica templaba la libertad del ciudadano. A las conquistas, siguió el lujo, y a éste la corrupción de las costumbres, notándose abusos en la autoridad de los padres, por esto se creyó necesario restringirla»*.

En cualquier caso, lo que más llama la atención de este pasaje de las *Concordancias* de García Goyena es la imprecisa afirmación de que se introdujo a favor de los hijos, aunque se

²¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852, pág. 88.

ignora cuándo, la legítima de la cuarta parte de los bienes, fuese cual fuese el número de ellos.

No se puede justificar el establecimiento de una institución presumiblemente histórica cuando se desconoce en qué momento se aprobó.

Del mismo modo que tampoco se puede amparar la necesidad de proteger a los hijos en unos presuntos abusos paternos de los que no aporta ejemplos ni tampoco pruebas y que en todo caso obedecerían a planteamientos subjetivos de algunos autores y no en razones de equidad y justicia que son las que deberían inspirar las disposiciones legislativas.

Por otro lado, otro pasaje llamativo de las «Concordancias» de García Goyena es que el que pasamos a transcribir *«Legítima o reserva á favor de los descendientes legítimos. ¿Conviene hacerla, o más bien dejar á los padres y ascendientes en absoluta libertad para disponer y testar de sus bienes, aun en favor de estraños? Esta cuestión de tan alto interés social, bajo cualquier aspecto que se la mire, es precisamente la que mas divide la legislación Foral de la Castellana. Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos, por ser un artículo constitucional, y punto debatido ya, y resuelto en la Comisión general. Habremos, pues, de optar entre una ú otra legislación, sin que esta alternativa inevitable escluya algun temperamento ó término medio para suavizar el cambio recíproco de las dos legislaciones, conservando en lo posible el espíritu de ambas, comunicando sus ventajas, y facilitando la continuación de ciertas prácticas, tan antiguas como queridas; lejos de mi el sacrificar en este, ni en otro punto una legislación á otra, ni reconocer supremacía de la Castellana sobre la Foral, ó al contrario; vamos a proponer leyes que han de regir á todos los españoles, y no debemos consultar en su redacción sino lo mejor, ó lo bueno para todos²²».*

En algunas ocasiones, la legislación histórica recoge una breve introducción en la que basándose sobre todo en perjuicios se explica el porqué de algunas leyes²³. No parece ser el

²² GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias...*, op. cit. págs. 325-326.

²³ En el caso de Proyecto de C.c. de 1851 entendemos que quizás los motivos subyacentes a la imposición de este régimen sucesorio ya vendrían contemplados en la exposición de motivos del Anteproyecto de C.c de 1.836 que es extensísima y cuya ínfima parte pasamos a transcribir *«(...) Sin detenerse más en estos puntos que son de mera formalidad, pasa la Comisión a otras cuestiones de mayor importancia. Una de ellas es si convendría dar al padre la facultad de testar como mejor le pareciere, sin obligarle a dejar a cada uno de sus hijos la porción que llamamos legítima (...) (...) La Comisión es del dictamen que el señalamiento de una legítima se funda en razones de justicia y de conveniencia. En virtud de los estrechos y sagrados vínculos que unen a los padres con los hijos, tienen aquéllos impuesta por la naturaleza misma la obligación de asegurar la subsistencia de las personas a quienes dieren el ser; y la ley protectora de los débiles debe evitar las funestas consecuencias de un padre desnaturalizado por una pasión bastarda, o alucinado por otra causa pudiera disponer de todos o la mayor parte de sus bienes a favor de una persona extraña reduciendo a su hijo a una condición deplorable. Reflexiónese que cuando el padre haciendo testamento ejerce una magistratura doméstica, ésta no tiene los frenos de la publicidad y de la responsabilidad como la magistratura civil; y si bien es cierto que afortunadamente son más los padres buenos que los malos, también hay algunos de estos bien descastados y capaces de anteponer a sus propios hijos una favorita que los haya alagado y seducido. No era tan fácil resolver otra duda que ocurrió acerca de la distribución de la parte de la herencia que la ley señala como legítima cuando hubiere más de un hijo. ¿Deberá repartirse igualmente entre todos, o convendrá dar al padre la facultad de señalar a unos más y a otros menos? Desde luego parece esto último lo más acertado: ¿Quién conoce mejor que el padre el mérito respectivo de los hijos? ¿Quién podrá calcular con datos más positivos las verdaderas necesidades de ellos? Además, sabiendo los mismos que el padre tiene esta facultad discrecional serán más obedientes, se estimularán para proceder bien y granjearse la voluntad del*

caso de la legítima puesto que no se encuentran precedentes anteriores al Proyecto de 1851 que hablen de herederos forzosos²⁴ ni de porciones de la herencia que por ley debían ir a parar a manos de los hijos.

En este sentido es muy interesante la reflexión que hace SÁNCHEZ ROMÁN²⁵ cuando critica el Proyecto de 1851, y es que dice *«con relación al espíritu, parécenos exclusivo y estrecho el criterio observado por la proyectada reforma, y, por tanto, poco adecuado á su propio fin. Más parece un Código Civil para Castilla atendida la parcialidad favorable a esta legislación, que un proyecto de Código general. Verdad es que el derecho de Castilla era más completo y acertado en la mayor parte de sus preceptos; pero no puede desconocerse, sin incurrir en la merecida nota de apasionado y parcial, que la legislación foral ofrece algunas instituciones que debieron ser en gran parte respetadas y fundidas en una totalidad orgánica y conciliadora con las leyes castellanas, que por su generalidad, y aún por su indisoluble y relativa perfección, debieron ser preferidas en su mayor parte, pero no otorgárselas un exclusivo imperio. Este exclusivismo hizo estéril una reforma, cuyo planteamiento hubiera producido grandes bienes á la regularidad, progreso y certidumbre a las relaciones civiles, y hecho menos difícil y más provechosa la administración de justicia»*.

No podemos sino advertir una crítica de Sánchez Román a la exclusión de ciertas instituciones del Derecho foral que bajo su criterio debieron ser incluidas en el Proyecto de 1851 y es que si bien es cierto que en este pasaje en concreto no se pronuncia explícitamente a favor del mantenimiento de la libertad de testar lo cierto es que tampoco cierra las puertas a una regulación de la cuestión sucesoria en este sentido.

Así también es muy significativa la afirmación que hace este autor²⁶ sobre los sistemas sucesorios habidos a lo largo de la legislación histórica señala que el sistema del Derecho Romano era de carácter necesario. En cambio, el germano poco o nada formalista y más espiritual no podía prescindir de la necesidad de que concurrieran dos presupuestos de hecho, la muerte y la institución o llamamiento de la ley.

padre, de donde resultará la subordinación y el bienestar de las familias. Sin embargo, no faltarán razones en apoyo de la opinión contraria».

²⁴ Si bien es cierto que en el derecho común no existen precedentes de la institución de herederos forzosos, en el derecho histórico catalán se recoge una disposición muy interesante, *«II, por cuánto el Rey D. Pedro en el año 1343 á suplicación de los consejeros de Barcelona otorgó una Pragmática sobre los nietos tomasen á cuenta de la legítima de sus abuelos lo que se hubiese dado á sus padres y madres, y porque conviene que dicha Pragmática sea observada en el Principado de Cataluña y condados de Rosellón y Cerdaña, por eso ordenamos que la referida Pragmática sea habida por Constitución y en adelante generalmente observada en el Principado de Cataluña y condados de Rosellón y Cerdaña, sin perjuicio de los pleitos pendientes»*. En definitiva, lo que se viene a decir es que los nietos tienen derecho a tomar a cuenta de la legítima de sus abuelos, lo que se hubiera dado a sus padres. Se entiende de este modo, que en Cataluña existiría una porción fija a la que tendrían derecho los nietos en representación de uno de sus padres, eliminando así, la libertad de testar en Cataluña.

²⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación. Antes y después de la promulgación del Código Civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices de Derecho Foral (1811-1890)*, Tomo VI, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890. Pág. 35

²⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil...*, op. cit. pág. 24.

Sin embargo, este mismo autor²⁷ sostiene que el Derecho francés recogió una modalidad todavía más extrema considerando que la sucesión testada y por lo tanto, el dominio y la posesión de los bienes de la herencia, se entendían transmitidos al heredero por ministerio del Derecho, desde el momento del fallecimiento del causante, sin necesidad de aceptación expresa por parte del heredero, siempre que no fuese su voluntad contraria a aceptarla. El sistema del Derecho español, según este autor fue mixto de romano y germano, antes y después del Ordenamiento de Alcalá.

El sistema romano lo remitía todo a la aceptación, y a falta de ella, no solo impedía el disfrute de la herencia, sino que privaba de eficacia a la institución y de validez al testamento que la contenía, o de aplicación a la ley que ordenaba el llamamiento al heredero, en la sucesión *abintestato*

Esto reforzaría la teoría de que, en algún punto de la historia, se produjo una interpretación equivocada del sistema romano que estuvo vigente durante siglos, la cuarta parte de la herencia o *cuarta falcidia* romana era una forma de asegurar la aceptación de la herencia no una porción legítima que necesariamente hubiese de caer en manos de los hijos como herederos forzosos. Si existía libertad de instituir heredero, resulta del todo punto razonable pensar que existía libertad de testar.

En estos mismos términos se expresa MANRESA Y NAVARRO²⁸ cuando apunta que la naturaleza de los antiguos testamentos romanos, así como la organización de la familia y sus caracteres de universalidad y perpetuidad, impusieron la necesidad de un heredero que continuase la personalidad jurídica del causante, revistiendo a su vez, a dicha institución de las mismas condiciones de universalidad, perpetuidad y necesidad. Era necesaria la institución como cabeza y solemnidad interna del testamento, era universal puesto que tenía que ser hecha sobre todo el patrimonio, no permitiéndose testar sobre una parte de él y no sobre el resto, y era por último perpetua, porque siendo el medio de continuación y subsistencia del testador, no podía ser ordenada la institución con limitación de tiempo, y el heredero, una vez aceptada la herencia, no podía dejar de serlo.

Lo más destacable del Ordenamiento de Alcalá al que aluden los autores decimonónicos y que sitúan como punto de inflexión en esta materia es que recogió un sistema de prelación de fuentes del Derecho que se mantuvo en vigor hasta la promulgación del Código Civil actual. Y es que de acuerdo con el Tit. XXVIII, Ley I²⁹ en primer lugar se aplicaba el Ordenamiento de Alcalá, en segundo lugar, los Fueros Municipales, en tercer lugar, Las Partidas de Alfonso X y, en cuarto lugar, habría que recurrir al Rey.

²⁷ *Idem* nota 25.

²⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1898, pág. 79.

²⁹ «É mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas, que se usaron, salvo en aquellas cosas Nos fallaremos que se deben mejorar, è emendar, è en las que son contra Dios, è contra raçon, è contra Leys, que en este nuestro libro se contienen, por las quales Leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos ceviles è creminales, è los pleitos è contiendas que se non pudieren librar por las Leys deste nuestro libro, è por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leys contenidas en los Libros de las Siete Partidas, que el Rey Alfonso nuestro visabuelo mandò ordenar. Et si alguna contrariedad pareciere en las Leys sobredichas entre si mesmas, è en los fueros, ò en qualquier dello, ò alguna dubda fuere fallada en ellos, ò algunt fecho porque por ellos non se puede librar, que Nos que seamos requeridos sobrello, porque fagamos interpretación, ò declaración, ò enmienda, do entenderemos que cumple, è fagamos Ley nueva la que entenderemos que cumple sobrello, porque la justicia y el derecho sea guardado (sic...)».

Esto vendría a confirmar la hipótesis de hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1889 continuó aplicándose el sistema de la cuarta falcidia romana.

Por otro lado, dice el art. 642 del Proyecto de C.c. de 1851 que *«la legítima de los hijos o descendientes será de los cuatro quintos de los bienes. Quedando un solo hijo descendiente, será de los dos tercios. La de los padres y ascendiente será de los dos tercios, siendo aquellos dos ó más y de la mitad, siendo un solo»*.

He aquí la primera referencia histórica de lo que después se recogería en el Código Civil, es decir, la legítima entendida como porción de la herencia que obligatoriamente debía destinarse a los hijos.

Se establece, en primer lugar, una legítima muy amplia a favor de los hijos como herederos forzosos, de cuatro quintas partes de la herencia que debían ir a parar si o si a manos de los descendientes del causante. No hay precedente histórico de esta legítima tan restrictiva

La única explicación razonable para la imposición de esta institución la encontraríamos en una interpretación errónea del derecho justiniano y del Fuero Real de Alfonso X el Sabio que ni siquiera llegó aplicarse y es que lo cierto es que ni en la legislación de Justiniano ni en la Alfonsina existió una sucesión forzosa como la que parece querer imponer el legislador decimonónico a través del Proyecto de 1851.

Lo que sí se llevó a cabo en el Fuero Real es una ampliación de la legítima colectiva de los hijos que ya existía en época justiniana. Justiniano recogió que la mitad del haber hereditario conformaría la legítima de los hijos lo que recogería después Alfonso X el Sabio imponiendo la obligatoriedad de esa legítima colectiva si los hijos eran instituidos herederos reforzando la posición de estos dejando únicamente un quinto de libre disposición.

En este sentido, dice el Fuero Real en 3.4.10 que *«ningún home que hubiere fijos, ó nietos ó dent ayuso, que hayan de heredar, no pueda mandar, nin dar á su muerte, más de la quinta parte de sus bienes; pero si quisier mejorar á alguno de los fijos, ó de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que pueda dar por su alma, ó en otra parte do quisiere, é no a ellos»*.

De este modo, la distribución de la herencia es la siguiente, la mitad más un tercio hacen 5/6 partes restando por lo tanto 1/6 y para favorecer la libertad de disposición sobre los bienes se aumentó a 1/5.

Es muy interesante la opinión de MANRESA Y NAVARRO³⁰ cuando haciendo un recorrido por la legislación histórica señala que ni en la legislación castellana, ni en el Fuero Juzgo, ni en los Fueros Municipales inspirados en el mismo espíritu, ni en el Fuero Viejo de Castilla, ni aún en el Fuero Real se encuentra disposición alguna que atribuya el carácter de necesaria a la institución de heredero, acusando en ellos la referida institución un concepto completamente diverso, hasta que las Partidas sin tener en cuenta los elementos distintos de nuestro derecho y la diferente organización de la familia española, importó de plano la doctrina romana y con ello todo el complicado organismo de su sistema sucesorio. En opinión de este autor, el Ordenamiento de Alcalá hizo desaparecer ese régimen tan en oposición con el derecho español, asignando a la institución los caracteres de libertad e independencia que

³⁰ *Ídem* nota 28.

ha conservado hasta la publicación del Código, puesto que las leyes posteriores a dicho Ordenamiento no introdujeron ninguna novedad, manteniendo la libertad de institución de herederos, sin más limitaciones que el respeto a la moral y a los derechos legitimarios, y también mantuvo la total independencia entre dicha institución y el testamento, hasta el punto de ser válido éste aunque no exista heredero o no se haya dispuesto en él la totalidad de la herencia, lo cual permitiría que el causante muriese en parte testado y en parte intestado.

También plantea este autor³¹ que en España los godos fueron de los primeros pueblos que admitieron el testamento (afirmación un tanto controvertida si partimos de que los hispano-romanos ya organizaban su sucesión a través de documentos testamentarios) A ello debió de contribuir, en su opinión, la Iglesia y la excesiva piedad y celo religioso de los albores de la religión cristiana, al encontrar una forma eficaz de privar a las familias de una parte de los bienes que les correspondían para cumplir con sus deberes emanados de la religión. Tal vez, también pudo alagar la idea de que siendo el individuo el propietario de los bienes, debía disponer de ellos con entera libertad.

En cualquier caso, según este autor, prueba la Ley 1ª, Tit. V, del Lib.IV del Fuero Juzgo³² que existía libertad de testar y que los mismos abusos que la desprestigiaron en Roma, movieron al legislador a cortar ese abuso de raíz, creando en favor de los descendientes la legítima de cuatro quintos y permitiendo a los ascendientes disponer de la quinta parte de su caudal en favor de las Iglesias y otros lugares.

Al margen del Fuero Real, otra fuente de inspiración para el Proyecto fue el tercio de mejora de los códigos visigodos que suponía dejar libre un quinto de la herencia, siendo los cuatro quintos restantes de libre disposición.

Como ya hemos visto, el Fuero Real³³, recogió la facultad de mejorar de todo aquel que tuviese hijos en una tercera parte de la herencia dejando un quinto de libre disposición. Si bien es cierto, que este texto nunca llegó aplicarse por la fuerte oposición de la nobleza y de los habitantes de los lugares en donde el monarca pretendía imponerlo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que el Fuero Real recogió la tradición justiniana de ampliación de la legítima, no desconoció en absoluto la legislación romana tomándola como fuente en la que basarse.

Desde la Ley Falcidia se reservaba a favor del heredero instituido en el testamento una cuarta parte de la herencia, como ya hemos señalado en párrafos precedentes, no obstante, la institución de los hijos como herederos debió ser una práctica bastante habitual para los romanos quizás para garantizar la validez del testamento ante el nacimiento de un hijo póstumo. Por este motivo, el emperador Justiniano amplió la parte que debía reservarse

³¹ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios...*, op. cit. pág. 191.

³² F.J. Ley 1, Tit.V, Lib. IV «*Cuando nos entendemos algunas cosas malfechas, devemos poner túrmino á las que son de venir. E porque algunos son que biven sandiamente, ú despienden mal sus cosas, 6 danlas á las personas estrannas, ó tuóllenlas á los fijos é á los nietos sin razon, que ó atos non pnedan aprovechar en el pueblo los que solien seer escusados de su trabajo por sus padres. Mas que el pueblo non pierda lo que non deve, ni los padres sean gin piedad Á los fillos ó á los nietos cuemo non deven: por ende tollemosla ley antigua que demandaba al padre y á la madre, y al avuelo y al avuela dar su buena á los estrannos si quisies, y á la muier que fizies de sus arras lo que quisiese; é mandamos por esta ley que se deve guardar daqui adelante, que ni lospadres ni los avuelog non pnedan fazer de sus cosas lo que quisieren, ni los fillos ni los nietos non sean deseredados de la buena de los padres y de los avuelos.*»

³³ Vid nota 15.

cuando los instituidos herederos eran los hijos porque una cuarta parte de la herencia parecía del todo insuficiente.

En consecuencia, la distribución de la herencia en la etapa justiniana era de un tercio si los hijos eran menos de cuatro y la mitad de la herencia si eran más de cuatro. Por lo tanto, si el testador tenía hijos y quería instituirlos herederos si tenía más de cuatro tenía que atribuirles al menos la mitad de la herencia.

De estas disposiciones justinianas, tomó el Fuero Real su ampliación de la legítima para el caso de que existieren hijos y estos fueren instituidos herederos.

Sea como fuere, en 1851 se suprimió totalmente la libertad de testar, a pesar de que este principio del Derecho Romano había estado presente en el Derecho de Sucesiones a través de siglos y siglos de tradición legislativa³⁴.

Pero las disposiciones sin precedentes en materia sucesoria del Proyecto de Código Civil no terminaron aquí, así para el caso de que se tratase un solo hijo, la legítima era de dos tercios, justificando García Goyena esta disposición del siguiente modo: *«en que en este caso quedaba embotada en manos del padre el duplo o la doble porción a la que se refería el art.654, o sea la mejora. Y esta disposición cesaba cuando el hijo tuviera otro u otros hijos, nietos del testador»*³⁵.

Por otro lado, dice el art. 643 *«la legítima no admite gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie»*. Según el autor del Proyecto de 1851 esta disposición era consecuente con el concepto de deuda natural que las leyes antiguas daban a la legítima.

Otra contradicción no fundamentada en las fuentes históricas, no existía la legítima como tal en Derecho Romano, solo la reserva de una cuarta parte de la herencia a favor del heredero instituido, probablemente para asegurar su aceptación. No se detecta en los textos antiguos ninguna expresión que aluda a ningún tipo de deuda natural de los padres respecto de los hijos, solo una reserva de una porción hereditaria que no tiene nada que ver con los cuatro quintos ni con los dos tercios de legítima establecidos por la legislación civil decimonónica.

En el siguiente precepto del Proyecto, el art. 644, se recoge que *«la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el*

³⁴ MANRESA Y NAVARRO, José María, Comentarios..., *op. cit.* pág. 196 plantea el debate en torno a la legítima y la libertad de testar en los siguientes términos *«creemos firmemente que la legítima se funda en el derecho natural, y constituye por tanto un deber, cosa que no todos admiten. Pero la intervención de la ley en ese hecho, bien ó mal calificado de deber por el sentimiento, se funda hoy solamente en el temor del abuso. En este punto estamos conformes con los partidarios de la libertad de testar. Una cosa es que la legítima tenga un fundamento innegable de razón y justicia, y otra muy distinta el que la ley la imponga como forzosa. El temor del abuso, ¿es suficiente motivo para justificar la intervención legal? Ese bien ó mal llamado deber por la naturaleza y por la sangre, rara vez deja de cumplirse. Pero si existen casos en los que no se cumple, sea por virtud de un segundo matrimonio, de malas pasiones, por sugestión por el deseo, no tan raro como pudiera creerse, de mantener nnido un patrimonio, ó por cualquier causa, ¿debe la ley, aun en esos casos excepcionales, imponer como forzoso, lo que no se realiza voluntariamente, convirtiendo el deber en obligación, ó ha de tolerar esas excepciones de la regla, por lo mismo que son poco frecuentes, respetando siempre la absoluta libertad, presenciando impávida el despojo de los hijos, y dejando que el deber se cumpla ó no se cumpla voluntariamente?»*.

³⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias...*, *op. cit.* pág. 93.

testamento o nazcan después, aun muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuánto no sean inoficiosas».

«Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto».

Se establece así, otra restricción a la libertad de testar, de forma que no se permite que el testador disponga del todo de la porción libre, los herederos forzosos, preteridos o no, tendrán derecho a su legítima, hayan muerto antes o después que el propio testador.

A continuación, en la legislación de 1851 se recoge la acción de complemento de la legítima, así en el art.645 se dice *«el heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de esta».*

Lo que hace García Goyena a través de estas disposiciones, es establecer un sistema sucesorio que no tiene precedentes históricos, se recoge una forma de sucesión en la que se hereda por cabezas que nunca se dio en Derecho Romano.

Esto en el siglo XIX, ya no tiene sentido, el Proyecto de 1851 se inspiró en una legislación totalmente anacrónica como fue el Fuero Real, que no tuvo apenas aceptación y cuya vigencia fue más bien limitada, en cualquier caso, el resto de disposiciones del citado Proyecto sí que son concordantes con la naturaleza de los herederos forzosos.

El art. 646 dice *«Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre aquellos que la deben y sus herederos forzosos, es nula; y los segundos podrán reclamarla cuando mueran los primeros; pero deberán traer a colación lo que hubieran recibido por la renuncia o transacción».*

El precepto anterior tiene sentido si se piensa, como señala el legislador decimonónico, que los herederos tienen derecho por ley, a acceder a una parte de la herencia, si la ley impone esta obligación, es lógico pensar que no se pueda renunciar a lo que la ley expresamente reconoce, como una especie de deuda natural de los padres en favor de los hijos, idea esta que toma el Proyecto como referencia y que entendemos que constituye la base de la institución de los herederos forzosos pero que no existía en Derecho Romano.

Continúa el Proyecto de 1851, art. 647 *«las disposiciones testamentarias que menguen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas».*

Por otro lado, el art. 648 recoge *«para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del testador, con deducción de las deudas y las cargas, sin comprender entre ellas, las impuestas en el testamento».*

«Al valor líquido de los bienes hereditarios, se agregará el que tenían todas las donaciones del mismo testador, en el tiempo que las hizo».

El art. 649 recoge *«fijada la legítima con arreglo al artículo anterior, se hará la reducción como sigue:*

1º No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o dejando absolutamente sin efecto, si necesario fuere, las disposiciones testamentarias.

2º La reducción de éstas se hará a prorrata sin distinción alguna.

3º Si la disposición consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposición o abandonar la parte disponible».

3. Disposiciones complementarias: la mejora, el legado de usufructo y el quinto de libre disposición

Se recoge en el Proyecto de Código Civil de 1851 una extensa regulación de la mejora que se encuentra dispersa entre otras disposiciones relativas al legado de usufructo y al quinto de libre disposición que ya existía en derecho visigótico.

Según el art. 652 *«los padres y ascendientes pueden disponer en vida o en muerte en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigurosa de sus hijos o descendientes, según lo dispuesto en el art. 642».*

El art. 653 recoge *«los padres y ascendientes pueden además disponer, en favor de su cónyuge, en usufructo:*

1º De la cuarta parte de la legítima del hijo, si queda uno solo o descendientes que le representen.

2º De un quinto de la legítima, si deja dos o más hijos o descendientes que le representen.

Si el testador deja sólo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer de hasta la mitad de su herencia en propiedad a favor de su cónyuge.

El cónyuge binubo no gozará de la facultad concedida en este artículo».

Por otro lado, el art. 654 dice *«pueden además los padres y ascendientes disponer a favor de cualquiera de sus hijos o descendientes, hasta el duplo o de una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno de los primeros».*

«Esta doble porción de llama mejora».

En este sentido, continúa el art. 655 *«en la mejora del duplo se observará lo dispuesto en el art.643 sobre la legítima en general».*

Sobre el quinto de libre disposición dice el art.656 *«el quinto disponible a favor de extraños, se sacará de los bienes con preferencia a la doble porción, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo cuando hubiere dispuesto antes e irrevocablemente lo primero».*

En cuanto a la distinción entre donaciones y mejora, dice el art. 657 *«ninguna donación, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos se reputa mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar».*

Además, para ser válida la declaración, ha de expresarse en ella si la mejora es de la parte disponible a favor de extraños, o de la legítima disponible entre hijos, o ambas.

En otro orden de cosas, el art. 658 dice *«la promesa de mejorar hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificación prescrita en el artículo anterior, y aceptada por aquel a quien se hace, equivale a mejora. Si la promesa fuese de no mejorar,*

y se hiciese en escritura pública, será nula toda mejora que se hiciese en contravención de ella».

También el art. 659 señala *«lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado».*

Sobre la procedencia de la mejora el art. 660, *«cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto; y en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos».*

Existía también la mejora en cosa cierta, tal y como señala el art. 661 *«el que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda de la medida legal de aquélla; pero no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado. Lo determinado en este artículo comprende también la mejora del quinto hecha a favor de un extraño y deja a salvo la facultad concedida en el artículo 900».*

También se recoge en el art. 662 que la facultad de mejorar no puede cometerse a otro.

Una disposición curiosa y que no se recogió ni en la legislación anterior ni en la posterior al Proyecto de 1851 se contiene en el art. 663 *«sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto».*

La forma de pagar la mejora en cosa cierta, se establece en el art. 664 *«cuando no fue señalada la mejora en cosa cierta, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en lo que puedan tener aplicación, los artículos 908 y 90».*

Por último, el art. 665 dispone *«el hijo o descendiente legítimo mejorado puede renunciar la herencia y admitir la mejora que le fue hecha entre vivos, pero no la hecha en testamento».*

4. La ley de Bases de 1888

La tarea de la Ley de Bases fue harto difícil. No se podía unificar el ordenamiento jurídico de todo el país, de modo que se optó por conformarse con una aplicación supletoria.

Para contextualizar vamos a citar en primer lugar la base vigésimo séptima de la Ley del 11 de mayo de 1888 por la que se autorizaba al gobierno a publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma y que recogía lo siguiente: *«la disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el derecho civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto del Código, y aunque no sean contrarias a él, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en su concepto de leyes directamente abrogatorias, como en el derecho supletorio».*

En este sentido, señala PACHECO CABALLERO³⁶, que a diferencia de lo que ocurriría posteriormente con los Derechos forales, la Ley de Bases y su correlato articulado supusieron, una ruptura radical con la historia, con los códigos antiguos, por lo tanto, este

³⁶ PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, «Derecho histórico y codificación. El Derecho sucesorio», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 2012, pág.114.

autor confirma que la tradición legislativa anterior se vio desplazada por las nuevas ideas del movimiento codificador.

Independientemente del carácter de esta Ley, por lo que atañe a la materia objeto del presente trabajo, el Derecho de Sucesiones, resulta fundamental la base decimosexta donde se dice *«el haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales; una que constituirá la legítima de los hijos, otra que podrá asignar el padre á su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra que podrá disponer libremente. La mitad de la herencia en propiedad adjudicada por proximidad de parentesco, y sin perjuicio de las reservas, constituirá, en defecto de descendientes legítimos, la legítima de los ascendientes, quienes podrán optar por entre ésta y los alimentos. Tendrán los hijos naturales reconocidos derecho á una porción hereditaria, que si concurren con hijos legítimos nunca podrá exceder de la mitad de lo que por su legítima le corresponda á cada uno de éstos, pero podrá aumentarse esta porción, cuando solo quedaren ascendientes»*.

La división de la herencia en tres partes era y es algo totalmente novedoso si partimos de los antecedentes históricos analizados hasta el momento.

Así lo recoge el propio SÁNCHEZ ROMÁN³⁷ cuando dice *«en orden á estas relaciones civiles del Derecho hereditario contiene el Código numerosas, importantes y generalmente plausibles innovaciones (sic.). Son también novedades en esta materia, la reducción de la legítima corta de los descendientes á la tercera parte del caudal hereditario, y la legítima larga á las dos terceras partes, pudiendo consistir las mejoras en uno ó dos tercios del caudal, cuando el ascendiente no aplica de otra manera el tercio del mismo, del cuál puede disponer libremente; la legítima de los ascendientes se reduce á la mitad. Son heredero forzosos, además de los hijos o descendientes legítimos, y en su defecto, los padres y los demás ascendientes, como en la legislación anterior, el viudo o la viuda, en el Derecho de Castilla, el usufructo de viudedad en uno de los dos tercios de la legítima de los hijos y descendientes, cuando fuere uno solo, que en este caso adquiere únicamente en la nuda propiedad mientras dure la supervivencia del cónyuge supérstite, ó sea, derecho á una cuota en usufructo igual a la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos o descendientes legítimos no mejorados, siempre que el viudo ó viuda no se hallaren divorciados, á no ser que lo estuvieren por culpa del difunto ó que hubiere mediado perdón o reconciliación; la porción legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos, la de sus padres naturales y la de los legitimados por concesión real consiste en la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los hijos o descendientes no mejorados, siempre que queda dentro del tercio de libre disposición, deducidos previamente los gastos de entierro y de funeral»*.

Independientemente de lo recogido en el párrafo anterior, en ningún momento se recoge esta división tripartita en Derecho Romano, ordenamiento jurídico que constituye las bases del Derecho civil español y cuyas instituciones en otras materias se han mantenido inalteradas hasta la actualidad³⁸.

³⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil...*, op. cit. pág. 64.

³⁸ Vid. FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita; NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia, *Derecho de Sucesiones: Antiguas y nuevas controversias*, J.M. Bosch Editor, Madrid, 2020.

No hay antecedentes históricos que justifiquen esta distribución de la herencia, recordemos que en Derecho Romano³⁹ se pasó de la reserva genérica de una parte del haber partible a favor del heredero que podía ser un hijo o un extraño a la reserva de una cuarta parte, la famosa cuarta falcidia.

Por lo que respecta a la mejora, si bien es cierto que ésta aparece en el Derecho visigodo y que puede considerarse como una institución característica de este ordenamiento jurídico, esta mejora podía ser de un tercio o de un quinto de la herencia, y en cualquier caso, tampoco se estableció una división tripartita de la herencia de un modo si quiera similar a lo recogido en la Ley de Bases de 1888.

Pero esta no fue la única novedad introducida a finales del siglo XIX, sino que también se consideraron legitimarios los ascendientes de una forma análoga a lo recogido en la Novísima Recopilación.

La única explicación que podríamos encontrar a esta calificación de los padres como herederos forzosos o legitimarios es la intención del legislador de hacer una especie de asimilación con la troncalidad, es decir, entendemos que la finalidad de esta disposición no sería otra que mantener la propiedad dentro de la misma familia a pesar del fallecimiento de alguno de sus miembros más jóvenes.

Esta pretensión tendría algún sentido si nos encontrásemos en los siglos XIV, XV, XVII, XVII-II, cuando la riqueza de las familias se basaba en la concentración de tierras, pero dejó de tener sentido en una sociedad como la decimonónica cada vez más industrializada donde las clases sociales y las relaciones de poder se subvirtieron.

Sea como fuere, ciñéndonos a las fuentes, lo cierto es que es aquí donde sin ningún tipo de precedente histórico en el Derecho Civil, ni en el castellano ni en el foral, se introduce esta división de la herencia en tres porciones, sirviendo la base 16, inexplicablemente de inspiración para la redacción del actual art.808 del C.c.

III. CONCLUSIONES

El sistema sucesorio vigente en España ya poco tiene que ver con la tradición romanística relativa a la libertad de testar, y todavía menos con los antecedentes histórico-legislativos del Derecho castellano.

Los herederos forzosos vinieron a cambiar totalmente el panorama legislativo. No podemos si no conjeturar acerca de los motivos de este cambio de paradigma o de política legislativa puesto que como se ha dicho, no existe ningún precedente en el Derecho histórico que ampare la institución de los descendientes y ascendientes como legitimarios.

Teniendo clara esta idea, podemos pensar que, en algún punto, durante los trabajos de codificación, se produjo una interpretación extraña a la finalidad de la *portio ex lege* que necesariamente se reservaba al heredero en Derecho Romano y que no implicaba la existencia de ningún heredero forzoso, solo la reserva de una porción a favor del heredero instituido por el testador en el testamento que podía ser un hijo o un extraño.

³⁹ Vid. FUENTESECA DEGENEFTE, Margarita, «La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia», en *Seminarios complutenses de derecho romano. Revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, nº 29, Madrid, 2016, págs.111-138.

En cualquier caso, a día de hoy está claro que la sombra de la legítima es alargada. El sistema de Derecho sucesorio español se vertebra en torno a este concepto con independencia de que esta supresión de la libertad de testar se muestre como una medida manifiestamente inadecuada para la realidad social en la que vivimos.

Conviene no olvidar que no en pocas ocasiones los testadores salen de las notarías con los testamentos que pueden hacer, no con los que realmente quieren hacer.

Nuestras normas están empeñadas en proteger a los hijos frente a posibles desmanes de sus padres, así lo manifiesta en no pocas ocasiones el Proyecto de 1851 de García Goyena, pero ahora la pregunta es ¿quién protege a los padres del comportamiento de sus hijos?

Al margen de esta reflexión, lo cierto es que de la lectura de las fuentes del Derecho se puede colegir que los herederos forzosos aparecen como tal por primera vez en el Proyecto de 1851.

Las fuentes anteriores como la Novísima Recopilación o las Leyes de Toro se limitan a recoger la tradición visigótica del tercio de mejora y el quinto de libre disposición.

Los legitimarios del Código Civil actual, que no olvidemos data de 1889, derivan de la política codificadora del siglo XIX sin precedente histórico anterior que los ampare.

Por lo tanto, en la sociedad española de 2023 compuesta por una cada vez más amplia variedad de modelos de familia, con hijos, sin hijos, familias monoparentales, parejas de hecho, parejas del mismo sexo, etc., resulta totalmente necesaria una reforma del Derecho sucesorio, una reforma que no sería tal, sino una vuelta a los orígenes, a Roma, la cuna del Derecho y del ordenamiento que puso la libertad del individuo por encima de todas las cosas. Porque a veces tiempos pasados sí que fueron mejores.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La mejora en favor de los nietos*, ed. Edisofer, Madrid, 2003.

DE ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando, *El Derecho sucesorio del Fuero de Soria. Aproximación por vía de crítica institucional*, BOE, Madrid, 2006.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Imprenta de Eduardo Cuesta, Tomo IV, Madrid, 1876.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Fuero del Señorío de Vizcaya en lo Civil durante los siglos XVIII y XIX*, RGLJ, Reus, Madrid, 1946.

FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita; NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia, *Derecho de Sucesiones: Antiguas y nuevas controversias*, J.M. Bosch Editor, Madrid, 2020.

FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, «La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia», en *Seminarios complutenses de derecho romano. Revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, nº 29, Madrid, 2016.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna*, Departamento de Historia del Derecho, Universidad de Murcia, 1991.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852.

IBARRA, Joaquín, *El Ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares de mil trescientos y quarenta y ocho. Publicanlo con notas, y un discurso sobre el estado, y condicion de los judios en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio, y D. Miguel de Manuel y Rodriguez*, Madrid, 1774.

LAGARTOS PACHO, Francisco Javier, «La mejora como forma de corregir el igualitarismo castellano, comarca de Sahagún, siglo XVIII», *Estudios humanísticos, Historia*, nº 4, Universidad de León, 2005.

LETINIER, Rosine, «Abrogata legis illius sententia. A propósito del enigma contenido en la Ley dum inlicita de Chindasvinto (LV. IV 5.1)», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 1999.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1898.

MONTES SALGUERO, Jorge J., «Notas sobre el Derecho sucesorio en los Fueros de Cuenca y Úbeda», *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº3, UNED, Madrid, 1993.

OLIVA MANSO, Gonzalo, *Las Leyes de Estilo. Conmemoración del octavo centenario del nacimiento de Alfonso X (1221-2021)*, Leyes Históricas de España, BOE, Madrid, 2022.

OTERO VARELA, Alfonso, «La mejora del nieto», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 1961.

PACHECO, Joaquín Francisco, *Comentario histórico y jurídico á las Leyes de Toro*, Imprenta y Fundición de M. Tello, Tomos I y II, Madrid, 1862.

PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, «Derecho histórico y codificación. El Derecho sucesorio», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 2012.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, *Ley de Bases del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, José, *Las Siete Partidas (El libro del Fuero de las Leyes*, Reus, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación. Antes y después de la promulgación del Código Civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices de Derecho Foral (1811-1890)*, Tomo VI, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890.

SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, Galo, *Libro de los Fueros de Castiella*, Barcelona, 1924.

SENRA VALLEJO, Margarita, «La Codificación civil española y las fuentes del Derecho», *Anuario de Historia del Derecho*, Madrid, 2012.

UREÑA Y SMENJAUD, Rafael, *Fuero de Cuenca*, Real Academia de la Historia Madrid, 1936.