

## CAPÍTULO XII

### EL DERECHO ESPAÑOL EN EL PERÍODO DE LA RECONQUISTA (Sexta Parte)

#### Derecho Privado (III)

Ante las divergencias entre el Derecho Romano y el Germánico que en materia de sucesiones se manifiestan en la legislación española, brevemente deberán examinarse ambas fuentes para explicar el Derecho Español.

#### Antecedentes romanos

Bien sabido es que para la transmisión de bienes a título universal, o sea por vía de sucesión, existen dos medios, el testamentario y el de intestado o sucesión legítima. Y se sabe también, a ciencia cierta, la predilección que los romanos tuvieron para el testamento ante el peligro degradante para ellos de morir sin heredero, de allí que desde las *Doce Tablas* hayan quedado consignados los principios básicos de la sucesión testamentaria, facultando al testador para disponer libremente de sus bienes y acerca de la tutela de sus hijos: *uti legassit super pecunia tutelare suae rei, ita jus esto*.<sup>31</sup> No omite la citada Ley

---

31 *Tabla V, 3.*

fijar las bases de la sucesión legítima, pero la preferencia por la testamentaria fue siempre manifiesta.

Las diversas formas de testamento que a través del tiempo van apareciendo, son: el *testamentum calatis comitiis*, *testamentum in procincu* (militar), *per aes et libram*, éste mismo modificado más tarde, el *nuncupativo*; y, por último, el *tripartito*, que era una mezcla de los anteriores. De estas diversas formas de testamento, sólo los dos últimos trascendieron al Derecho Español.

Era elemento esencial en el testamento la institución de heredero, uno o varios, a quienes se transmitían los bienes sin que pudieran disponer sólo de parte de ellos: *nemo pro parte testato pro parte intestato descendere potest*. Y una vez instituido el heredero, no podía ponérsele condiciones o modalidades que le hicieran perder este carácter: *semel heres, semper heres*. Entre las modalidades solamente la condición suspensiva era válida, no así la resolutoria, como tampoco la de término.

Como precaución para no morir sin heredero a pesar de haber hecho testamento, se establecieron las tres formas de substituciones: vulgar, pupilar y *quasi* pupilar; la primera de las cuales se combinó más tarde con el fideicomiso, apareciendo así lo que se ha llamado substitución fideicomisaria, expresamente prohibida en nuestro Derecho.

Muy minuciosamente reglamentaron las Leyes romanas la capacidad de testar y la de ser instituido heredero,

---

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

---

o sea, la *factio testamenti* activa y pasiva. Después de la libertad absoluta que las *Doce Tablas* otorgaban al *pater familias* para disponer de sus bienes, aparecieron limitaciones tales como la doctrina de la desheredación, y más tarde la del testamento inoficioso, intentado por medio de querrela de ese nombre, que procedía siempre que no se hubiera dejado a aquéllos que, sin testamento, hubieran tenido el carácter de herederos legítimos más próximos, una parte de los bienes que fue fijada en la cuarta, llamándose por eso *cuarta legítima*. Muy detalladamente también consignaban las Leyes romanas las causas de ineficacia de los testamentos, que se distinguían en cuatro clases, a saber: testamento *injustum*, por falta de forma o de capacidad; *ruptum*, cuando siendo válido en un principio, se anulaba por testamento posterior o por nacimiento de un póstumo; *irritum*, cuando el testador capaz de otorgarlo, se hacía incapaz; y, *destitutum*, cuando los herederos no podían o no querían aceptar la herencia.

Respecto a la adquisición de la herencia, se distinguían en Roma tres categorías de herederos: herederos necesarios, que no podían negarse a recibir la herencia; los suyos y necesarios, aquéllos que sometidos a la patria potestad del testador, se convertían en *sui juris* al morir éste; y, los extraños o voluntarios, que podían aceptar o rechazar la herencia según su voluntad.

Además de la institución de heredero, el testamento podía contener disposiciones a favor de legatarios, especie de donación hecha por el difunto a cargo del heredero:

*donatio quaedam a defuncto relicta et ab heredes prestanda*. Cuatro fueron las primitivas formas de establecer los legados, que seguramente son conocidas y no ameritan describirse. Para evitar que el caudal hereditario fuera distribuido íntegramente en legados, se tomaron, sucesivamente, varias medidas, de las cuales sólo la última fue eficaz, y no es otra que la *cuarta falcidia*, por la que el heredero tenía el derecho de recibir, por lo menos, una cuarta parte del caudal, pudiendo ser distribuidos los restantes tres cuartos en calidad de legados.

Bajo Augusto aparecieron los fideicomisos y los *codicilos*; consistiendo los primeros en el acto por el cual una persona encomienda a otra que transmita, total o parcialmente, la herencia. En cuanto a los *codicilos*, eran actos de última voluntad, carentes de formalidades, y más usualmente empleados con el fin de modificar un testamento ya hecho, aún cuando podía existir sin testamento. Volviendo a los fideicomisos de herencia, conviene recordar que estas instituciones, después de su primitiva forma, sufrieron ciertas modificaciones, en virtud de los Senado-consultos *Trevellano*, *Pegasiano* y más tarde en la legislación justineana.

Si de la forma testamentaria pasamos a la intestada o legítima, se encuentra también que las *XII Tablas* consignan las bases para la transmisión de bienes por causa de muerte cuando no hay testamento, y establece una gradación de herederos en tres grupos, a saber: herederos suyos, agnados a falta de aquéllos, y gentiles a falta de

---

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

---

unos y otros. Debe hacerse notar la denominación de *heres sui*, que ocupa el primer lugar, ya que significa *herederos de sí mismos*, lo que denota el aspecto familiar del patrimonio hereditario, que aunque sometido a la exclusiva administración del *pater familias*, era en realidad una especie *sui generis* de propiedad comunal familiar.

El primitivo sistema de las *XII Tablas* sufrió modificaciones, imprimiéndole un sistema marcadamente individualista, propio de todo el Derecho Romano; siendo las principales transformaciones, en primer lugar, las introducidas por los edictos de los magistrados, más concretamente, pretorianos, estableciendo la *bonorum possessio*, que por no haber pasado a la legislación española, no tiene especial interés en este resumen. Más importancia tuvo el cambio introducido por los pretores, para dar entrada y admitir como herederos legítimos a los cognados o parientes por consanguinidad. En segundo lugar, los Senado-consultos *Tertuliano* y *Orficiano*, otorgaron derechos sucesorios a la madre respecto de los bienes de los hijos, y éstos, a su vez, se hacían herederos de su madre.

En tercer y último lugar las modificaciones de Justiniano, introducidas en sus famosas *Novelas* 118 y 127, que dejaron establecidas las bases comúnmente aceptadas por todas las legislaciones posteriores, entre ellas la española, consignando nueva gradación entre los herederos legítimos que son: 1.- Los descendientes; 2.- Los

ascendientes y los hermanos carnales del mismo padre y de la misma madre; 3.- Los hermanos y hermanas consanguíneos (del mismo padre) o uterinos (de la misma madre); y, 4.- Los colaterales.

## Antecedentes germánicos

A diferencia de los romanos, los germanos no conocían el sistema testamentario. Los herederos eran natos, no elegidos –dice Brunner en su *Historia del Derecho Germánico*–, y asienta además que el Derecho Hereditario germánico era un derecho de familia. Los bienes pasaban del difunto a los miembros más próximos de su familia, dándose preferencia a los hombres sobre las mujeres, pero sin excluirlas; a los hombres se transmitían los bienes propios de su sexo, tales como armas, caballos, etc. (*pars gladii*), y a las mujeres pasaban aquéllos adecuados a sus actividades, como la rueca, el hueso, etc. (*pars fusus*). En la partición hereditaria se aplicaba el principio de que *el mayor divide, el menor escoge*, aún cuando no fue extraña la indivisión en algunos casos. Apartándose de los principios germanos que exigían la toma de posesión o investidura formal en todo caso de transmisión o adjudicación de bienes, tratándose de la sucesión no era necesario este requisito, pues se aplicaba un aforismo concebido en estos términos: *El muerto hace herederos a los vivos (mortus aperit oculos viventis)*, o como lo expresaba el Derecho Francés: *le mort saisit le vif*; estableciendo así la ficción de que el muerto, como tal, realiza un acto jurídico.

De la distribución o aplicación de los bienes entre herederos, fue tradición de época muy remota apartar un conjunto de determinados objetos de uso personal, tales como el caballo, el ropaje y ciertas armas que se enterraban con el difunto, para que éste pudiera valerse de ellas en la vida de ultratumba, dándose el caso de que cuando estos bienes no se consideraban suficientes, se echaba mano para este fin de bienes ajenos. Estos bienes constituyen, seguramente, el antecedente de lo que se designó como *parte del muerto* (*totenteil*). Cuando el Cristianismo dejó sentir la influencia de sus doctrinas en el Derecho, esta parte del muerto no desapareció, sino que se convirtió de equipo del cuerpo, en equipo del alma, aplicándose cierta parte de los bienes hereditarios en sufragios por el alma, ya fuera mediante actos de culto o en distribuciones o limosnas a los pobres (*mortuarium*). Si más tarde apareció entre los diversos núcleos germanos la facultad de disponer de sus bienes por testamento a influencia romana, siguió subsistiendo la parte del muerto (*pars mortui*), que ha de pasar a la legislación española en las usuales disposiciones testamentarias *pro anima*.

Otra característica del Derecho Germánico, fue la división de los bienes por razón de procedencia, es decir, que aquéllos que procedían de la rama paterna recaían en los descendientes de esa rama, y los de la materna a los de ésta, constituyendo así un vínculo de abolengo.

## **Derecho Español**

En el Derecho Español se siguieron los dos sistemas de sucesiones, la testamentaria y la legítima. La primera,

sin la amplitud que el Derecho primitivo romano había establecido en las *Doce Tablas*, sino tendiente más bien a las normas romanas de épocas posteriores, o sea otorgando a los parientes próximos derechos de que no podían ser privados por el testador, en los términos que más adelante veremos.

Respecto de las reformas a los testamentos, ya el *Fuero Juzgo*<sup>32</sup> había establecido que el testamento era válido si era escrito por su autor ante testigos o, no sabiendo aquél firmar, lo hiciera alguien por él; también se consideró válido el testamento hecho verbalmente ante testigos, pero en este caso debía ser confirmado o probado ante el obispo en el plazo de seis meses, jurando los testigos que el testador les rogó que concurrieran a dar testimonio de su última voluntad, y en este último caso cuál fue el contenido del testamento. Posteriormente el *Fuero Real* declaró válido el testamento hecho ante notario o ante testigos.<sup>33</sup>

Más adelante, las *Siete Partidas* establecieron como requisito para la validez del testamento *nuncupativo* que se hiciera ante siete testigos, aún cuando no fueran rogados; pero según comentarios de Gregorio López, los testigos debían ser siempre rogados. También establecieron las *Siete Partidas* que el testamento podía ser escrito ante igual número de testigos rogados, quienes debían poner su firma y sello pendiente del pliego o documento

---

32 *Fuero Juzgo*. 2, 5, 11.

33 *Fuero Real*. 3, 5, 1.



en que se otorgaba el testamento, debiendo también firmar el testador.<sup>34</sup>

El *Ordenamiento de Alcalá* simplificó estas formalidades, estableciendo que el testamento debía hacerse ante un notario y tres testigos, o sin notario ante cinco testigos, modificando los antecedentes romanos al establecer que no era requisito el nombramiento de heredero para que el testamento tuviera validez.<sup>35</sup> El testamento cerrado aparece por primera vez en la legislación de *Partidas*. El pliego que lo contiene debía doblarse, dejando siete cuerdas con que se cerraba, y cada una para el sello de otros tantos testigos, ante los cuales el testador declaraba que aquel pliego contiene su última voluntad. Todo testamento, según los precedentes romanos, debería redactarse en un sólo acto sin interrupción. La Ley 3 de *Toro* exige la concurrencia de siete testigos y el escribano, y no reconocía validez al testamento ológrafo, derogando en esto a las *Partidas*.

Una modalidad especial apareció en la legislación española, y fue la relativa al testamento por apoderado. Esta modalidad surgió primero en diversos Fueros locales, y así lo confirma más tarde el *Fuero Real*,<sup>36</sup> pero las *Partidas*, a fin de evitar abusos que esta forma podía ocasionar, no consintieron la procuración para el caso de testamento sin que en ella se hiciera la designación de here-

---

34 *Partidas*. 6<sup>a</sup>, 1, 1.

35 *Ordenamiento de Alcalá*. Título XIX, Ley única.

36 *Fuero Real*. 3, 5, 6.

dero por el propio testador; y la Ley 31 de *Toro* declaraba que el apoderado no podía ni debía nombrar heredero, ni mejorar en tercio y quinto, ni desheredar a hijos o descendientes del autor de la herencia, ni hacer substituciones de ninguna clase, a menos que en el poder que se le otorgara fueran consignadas estas facultades; esta disposición fue reglamentada cuidadosamente por las *Leyes de Toro* estableciendo, entre otras cosas, que el otorgamiento de los poderes debía ser hecho ante escribano y testigos. En el caso de que el poder fuera general, o sea, cuando el poderdante se limitaba a decir que daba poder para hacer testamento, las facultades del comisario o apoderado se reducían a pagar las deudas y cumplir las obligaciones personales del difunto, a aplicar en beneficio de su alma la quinta parte de los bienes, y a entregar el resto de ellos a los parientes a quienes correspondiera heredar como herederos legítimos; debiendo, si no hubiera parientes, disponer de toda la herencia para obras pías y en beneficio del alma del causante. Para que el comisario o apoderado pudiera instituir heredero, era necesario que en el poder se designara a la persona instituida.

Respecto de la facultad para otorgar testamento, el *Fuero Viejo* estableció la facultad a los mayores de siete años que se vieren en trance de muerte, para disponer a favor de su alma de la quinta parte de sus bienes. Si eran mayores de doce años, podían dar la mitad de cuanto hubiere con fines a sufragios del alma y después de los dieciséis años podían disponer de la totalidad de los bienes con toda libertad. Las *Partidas* establecían la edad de

catorce años para los varones, y la de doce en las mujeres para poder hacer testamento. A la manera romana, las *Siete Partidas* mantuvieron la facultad de otorgar *codicilos*, para los que eran necesarios cinco testigos; y las *Leyes de Toro*, determinaron que se deberían llenar los mismos requisitos para otorgar *codicilo*, que para el testamento.

Como restricción a la facultad de testar, se estableció, siguiendo los antecedentes romanos de la época clásica y posterior, la *legítima*, que era la porción de bienes de que el testador no podía disponer por reservarla la Ley a determinados herederos, llamados por estos herederos forzosos. El *Fuero Real* concede derechos de la legítima a los descendientes legítimos, pero no a los ascendientes ni a los colaterales, y concuerdan con estas normas las contenidas en diversos Fueros Municipales. Las *Partidas*, en cambio, conceden derecho de legítima, a falta de descendientes, a los ascendientes. Desde el *Fuero Juzgo*, seguido más tarde por el *Fuero Real*, se dispuso que los que tuvieran descendientes legítimos, sólo podían disponer a su muerte de la quinta parte de sus bienes, de suerte que la legítima consistía en los cuatro quintos de la herencia,<sup>37</sup> y era aplicable esta norma a las donaciones *intervivos*, que no podían exceder del quinto, cuando había herederos legítimos.

Las *Siete Partidas* siguieron la legislación de Justiniano, señalando como legítima de los hijos, si no pasan

---

37 *Fuero Juzgo*. 3, 5, 10.

de cuatro, la tercera parte de la herencia, y si pasan de cuatro, la mitad;<sup>38</sup> pero dado que la legislación de *Partidas* se consideró como Ley supletoria, en España siguió rigiendo hasta la expedición de los Códigos Civiles el principio consignado en el *Fuero Real*, que establecía la legítima en los cuatro quintos del caudal hereditario.

Se estableció también lo que en la legislación de la época se denominó como *mejora*, que consistió en una parte de la legítima de la que el padre o la madre podían disponer para alguno o algunos de sus hijos o descendientes, quienes, de esta manera, podían percibir mayor porción que los otros. Algunos Fueros locales desconocieron el derecho a la mejora, con excepción del primogénito que podía ser mejorado (*Fuero de Cuenca*, de *Zorita* y de *Brihuega*), y el *Fuero Viejo*, así lo consignó también.<sup>39</sup> Diversos Fueros locales comenzaron a conceder los beneficios de la mejora a partir del siglo XIII, y el *Fuero Real* estableció que tal mejora podía ser de un tercio. Por último, las *Leyes de Toro* permitieron acumular el tercio de mejora y el quinto de cuota disponibles.

Para la ejecución y aplicación de la voluntad del testador, se establecieron en el Derecho español lo que el *Fuero Real* designó *cabecaleros*, que no son sino lo que en nuestro Derecho moderno se conoce como albaceas, que las *Partidas* ya mencionan con este nombre.

---

38 *Partidas*. 6<sup>a</sup>, 1, 17.

39 *Fuero Viejo*. 5, 2, 4.

---

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

---

Fue institución muy característica del período que nos ocupa, la disposición de ciertos bienes destinados a sufragios, tomando como antecedente la legislación germánica en cuanto se refiere a la parte del muerto o *totenteil*, y se llegó a establecer esa finalidad; de universal aceptación en el Derecho Español, transmitida a América, fue la disposición de una parte de los bienes con fines a sufragios del alma, hasta que nuestros Códigos modernos, especialmente el que nos rige, dispuso en su artículo 1330, en relación con las Leyes de Beneficencia, que semejante disposición se entiende hecha en beneficio de ésta.

Por lo que hace a la sucesión *ab intestato* o legítima, en la época de la Reconquista las Leyes, tanto generales como locales, reconocían a los descendientes legítimos derechos preferentes a la herencia intestada; y a falta de descendientes, el *Fuero Real* llamaba a los ascendientes, en primer lugar a los padres, y si no hay más que uno, éste recibía toda la herencia; y en el caso de falta de padres, heredaban los abuelos.<sup>40</sup> Las *Siete Partidas*, siguiendo la legislación contenida en la *Novela 118* de Justiniano, llamaron a ascendientes y colaterales conjuntamente, es decir, que los hermanos concurrían con los padres, y si no existían éstos con los abuelos.<sup>41</sup> Los parientes colaterales, sólo heredaban cuando no había descendientes ni ascendientes, excluyendo los más próximos a los más remotos.

---

40 *Fuero Real*. 3, 6, 12.

41 *Partidas*. 6<sup>a</sup>, 13, 4.

---

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

---

Quedó establecido el derecho de representación en línea descendente, y en esta virtud los descendientes de primer grado heredan por cabeza, en tanto que los de ulterior grado heredan por estirpes, en representación de su padre o madre premuertos. Estas normas las establecen tanto el *Fuero Real* como las *Partidas*. Respecto de este derecho de representación, puede decirse que en sustancia no modifica lo dispuesto por las normas justinianas, que en realidad han subsistido hasta nuestros días.

Se confieren también por el *Fuero Real*, derechos hereditarios a los hijos naturales, siempre que estén reconocidos y a falta de descendientes legítimos; pero si fueren legitimados por subsecuente matrimonio o por disposición del rey, heredarán en las mismas proporciones y con la misma amplitud de derechos que los legítimos. Subsistió el derecho llamado de troncalidad, aplicable a los ascendientes y a los colaterales, que consiste en que los bienes hereditarios se apliquen a parientes que lo sean por la misma línea, sea paterna o materna, de donde los bienes proceden.

Fue usual en la legislación española y en su aplicación práctica, la institución del *mayorazgo* que, por otra parte, no requería necesariamente de testamento para constituirse o establecerse. Consistió esta institución en la vinculación de ciertos bienes para que fueran transmitidos de padres a hijos, sin que aquéllos a quienes pasaran tuvieran facultad de enajenar, sino que, forzosamente, se debían transmitir a sus descendientes en la línea que el

---

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

---

*mayorazgo* establecía al ser constituido. Como esta institución se estableció preferentemente con la mira de mantener el nombre y casa del fundador en situación económica que contribuyera a su prestigio y dignidad, el *mayorazgo* se estableció a favor del hijo mayor y usualmente mediante la asignación del tercio y quinto de libre disposición. Como esta institución tuvo arraigo en la vida jurídica de la Nueva España, en su oportunidad se hará especial alusión de esta materia.