

Dos Lecturas de tradición jurídica romanística. Cataluña, 1339; Castilla, 1348*

Francisco Luis PACHECO CABALLERO
Universidad de Barcelona

La finalidad de estas pocas páginas es el análisis de dos preceptos que, pertenecientes a ámbitos hispánicos territoriales y jurídicos diferentes, presentan similitudes. Son preceptos cercanos en el tiempo y son preceptos que, aunque por razones diferentes, acaban adoptando soluciones y disciplinas similares. El primero es un privilegio barcelonés de 1339; el segundo es una de las leyes del *Ordenamiento de Alcalá* de 1348. En el primero, se reacciona contra el Derecho romano justiniano introducido por la práctica notarial; en el segundo, se reacciona contra el romanismo de las *Partidas*. En ambos casos, se trata de evitar que los testamentos acaben siendo nulos por aplicación de la disciplina procedente del Derecho romano justiniano en materia de solemnidades testamentarias. Veamos.

I. El privilegio barcelonés de 1339¹ comienza con una cruel invectiva contra los notarios. Su *insuficiencia seu ignorantia* provoca, dice el mo-

* Las presentes páginas tienen su origen en la intervención oral tenida en el *XIX Congreso Internacional y XXII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Barcelona del 5 al 7 de abril de 2017.

¹ 3.^a CYADC II, 6,1,1 (*Pedro III, Privilegio concedido a Barcelona 14 de las kalendas de noviembre de 1339*): «*Debita meditatione pensantes, qualiter ex insuficiencia, seu ignorantia aliquorum Notariorum plura testamenta rationibus infrascriptis possent de facili vitiari, ac etiam annullari, quod nedum in testantium, verumetiam quam plurimum aliorum dispendium redundaret, idcirco, cum intersit Reipublicae praemissis quae ex hoc possent imminere dispendiis, provisione Regia obviare, tenore presentis cartae nostra perpetuo valiturae, ad supplicationem humilem pro parte Consiliariorum, et proborum Hominum Civitatis Barchinonae propterea nobis factam concedimus, statuimus, ac etiam ordinamus, quod ex quo testator, seu alius quivis quemcunque disponens ultimam voluntatem fuerit testabilis, et capaces haeredes instituerit, tale testamentum, seu quaevis alia cuiuscunque ultima voluntas, non sit, nec possit dici nullum, sive nulla, seu valeat annullari, dato quod personae quae de juri communi institui habent praetereantur, sive exheredentur, vel de postumo, vel de postumis mentio nulla fiat, et dato etiam quod aliqua solemnitas juris, quae in eis requiritur omissa fuerit, in toto testamento, seu alia ultima voluntate, vel aliqua eorum parte, ex quo in ipso testamento, vel ultima voluntate fuerint duo testes, vel plures etiam non rogati, et ipsum testamentum, seu alia quaelibet ultima dispositio fuerit in publicam formam redactum, seu redacta*

narca, que muchos testamentos queden viciados y sean anulados, lo que redundaría tanto en perjuicio de los testadores como en perjuicio del interés público. Conviene, entonces, que mediante provisión regia, se obviesen dichos males. Evidentemente, no es que los notarios fuesen ignorantes o ineficaces², pero sí los culpables de la introducción de unas solemnidades y de unos requisitos en materia de validez de los testamentos que no estaban contemplados en el Derecho catalán más autóctono. El sometimiento a estos requisitos, formulados, además, en un Derecho oficialmente prohibido desde 1251, era lo que provocaba la nulidad de los testamentos. Como dirá más tarde Acacio de Ripoll en referencia a algunos de los requisitos de validez a los que se refiere nuestro privilegio, ya en un momento en el que el Derecho romano justinianeo es oficialmente supletorio del Derecho catalán, el hecho de que el Derecho catalán nada tenga previsto en materia de institución —como no tenía ni tuvo nunca nada previsto en torno al grueso de las grandes instituciones de Derecho privado—³ de los

*ita tamen, quod ipsis personis quae institui habent, vel de quibus mentio est fienda jus salvum remaneat super legitima, nisi fuerint juste praeteriti, ac etiam exhaeredati. Statuimus autem, et ordinamus, quod licet haeres scriptus non adeat haereditatem, vel adita repudietur, vel alias quocunque modo, et qualitercunque deficiat haeres ipsius defuncti universalis, ab initio, vel ex post facto, seu intervallo, nihilominus in Omni casu, ex quo testator, vel alius disponens aliam ultimam voluntatem fuerit testabilis, valeat legata, et fideicommissa, et caetera per aptum testatorem disponere in testamento, seu quavis alia ultima voluntate, dum legata, et fideicommissa facta sint capacibus, seu alia quaevis dispositio in capaces. Mandantes, &c.» [Utilizo *Constitutions y altres Drets de Catalunya, compilats en virtut del capitol de Cort LXXXII. de las Corts per la S. C. y R. Majestat del Rey don Philip IV. Nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona any M.DCCII. Volum primer, Barcelona, En Casa de Joan Pau Marti, y Joseph Llopis Estampers, 1704; Pragmaticas y altres Drets de Catalunya, compilats en virtut del Cap. de Cort XXIV. de las Corts per la S. C. Y Reyat Maiestat del Rey don Philip Nostre Senyor celebradas en la vila del Montso Any M.D. LXXXV. Y novament reimpresas conforme la disposicio del Capitol LXXXII. de las Corts celebradas en la Ciutat de Barcelona Any M.DCC.II. Volumen segon, Barcelona, En Casa Joan Pau Marti, y Joseph Llopis Estampers, M.DCC.IV; Constitutions y altres Drets de Catalunya, superfluos, contraris y corregits, compilats en virtut del cap. de Cort XXVIII. de las Corts per la S. C. Y R. Majestat del Rey don Philip Nostre Senyor celebradas en la vila de Montso, any M.D.LXXXV. Volum tercer, Barcelona, En Casa de Joan Pau Marti, y Joseph Llopis Estampers, 1704].**

Se han ocupado del privilegio, aunque desde distintos intereses, J. ALMEDA, «La constitución de D. Pedro III de 1339», en *RJC*, núm. 1, 1895, pp. 105-109 y 345-353; R. COLL Y RODÉS, «El privilegio del rey en Pere III de 1339», en *RJC*, núm. 17, 1911, pp. 300-329 y 391-403, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «El deber formal de instituir herederos y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles», en *ADC*, núm. 20/1, 1967, pp. 3-116; J. MARSAL GUILLAMET, *El testament*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2000, pp. 97 y ss.

² Todavía en época contemporánea parece que algunos notarios se sentían aludidos, *vid.* MARSAL, *El testament*, p. 97, nota 153.

³ Baste recordar aquí, a este respecto, J. M. PONS GURI y V. SANDALINAS FLORENZA, *Constituciones y otros derechos de Cataluña según su última compilación oficial, excluido lo notariamente derogado; con las demás disposiciones dictadas especialmente para Cataluña antes de la promulgación del Código Civil, textos originales y su traducción literal al castellano, anotados y puestos al día, extractos de jurisprudencia y concordancias con los derechos supletorios*, Barcelona, José M.^a Bosch Editor, 1952, p. xv: «Debemos recordar que los textos compilados en la *Constitutions y altres drets de Catalunya* no constituyen por sí mismos un sistema legislativo completo, que tampoco pretendieron los legisladores catalanes. Se trata, por lo general, de un conjunto de ampliaciones, aclaraciones, modificaciones, limitaciones y derogaciones del *dret comú* (romano y canónico), adaptándolo a las necesidades de la vida jurídica de Cataluña, y del mismo modo que los cánones fueron correctorios del Derecho civil justinianeo, las constituciones lo han sido de ambos» o las consideraciones hechas en el preámbulo del *Proyecto de Compilación de 1955*: «Las normas del Derecho que podríamos llamar autóctono o indígena, en su mayor parte se limitan

hijos provoca el que, si se sigue el Derecho romano justiniano, vengan considerados nulos todos aquellos testamentos en donde no esté contemplada la institución o no haya desheredación por justa causa⁴. Pues bien: el privilegio barcelonés de 1339 lo que hace es rebajar las exigencias procedentes de la disciplina romanojustiniana en materia de solemnidades testamentarias, aunque sea a costa de poner en duda la profesionalidad de los notarios.

El privilegio de 1339 viene a establecer, en primer lugar, que el testamento es válido aunque en todo o en parte se hayan omitido las solemnidades según Derecho común establecidas y, específicamente, aunque aquellas personas que según Derecho común debieran instituirse hayan sido preteridas o no se haya hecho mención de los póstumos. Fuera de las causas de desheredación, bien para no incurrir en desheredación injustificada, bien para no incurrir en preterición, los descendientes por sus ascendientes o estos por aquellos debían ser instituidos herederos, *etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti* en el testamento. Ello significaba, por tanto, que la porción legítima debía dejarse *iure institutionis*, no por cualquier otro título⁵. El Derecho catalán bajomedieval ha ido progresivamente resquebrajando, con excepciones, tal principio procedente del Derecho romano justiniano⁶. A finales del siglo XIII, las *Costums de Horta*

a establecer las excepciones exigidas por concretas necesidades de la vida social de la Región, del ordenamiento romanocanónico, que en tiempos se llamara, con toda propiedad el Derecho común», que cito por *Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*. Estudi introductor i cura d'A. MIRAMBELL I ABANCO i P. SALVADOR CODERCH, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Textos Jurídics Catalans, Lleis i costums VI/2, 1995.

⁴ A. DE RIPOLL, *Variae iuris resolutiones multis diversorum senatum decisionibus illustratae, omnia sunt practicabilia quae hic resoluuntur et quotidianae praxi frequentissima ubi quamplurimae constitutiones Cataloniae declarantur*, Lugduni, Sumptibus Iacobii, Andreae et Matthaei Prost, M.DC.XXX, cap. 13, n. 36-37: «*Quaeritur an pater teneatur in Catalonia filium in potestate constitutum necessario haeredem instituere, et an casu qui ipsum haeredem non instituat, nullum sit testamentum. Respondetur quod ex generalibus constitutionibus huius principatus, nil circa filii institutionem est dispositum, unde sequenda est iuris communis dispositio, et observatio, nempe patrem tenere instituere heredem, aut iusta ex causa exhaereditare eum, alias ipso iura testamentum nullum erit*».

⁵ Novela 115,3 y 5. Utilizo aquí para la edición crítica del Corpus, P. KRÜGER y Th. MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis. Volumen Primum. Institutiones. Digesta*, Dublin-Zürich, Weidmann Verlag, 1967^{22a}; P. Krüger, *Corpus Iuris civilis. Volumen Secundum. Codex Iustinianus*, Dublin-Zürich, Weidmann Verlag, 1967^{14a}; R. SCHOELL, *Corpus Iuris Civilis. Volumen Tertium*, Berlin, Weidmann Verlag, 1895; Para la *vulgata*, *Corpus Glossatorum Juris Civilis .VII Accursii Glossa in Digestum Vetus. VIII Glossa in Digestum Infortiatum. IX Glossa in Digestum Novum. X Accursii Glossa in Codicem. XI Accursii Glossa in Volumen*, Augustae Taurinorum, Ex officina Erasmiana, 1969-1968.

⁶ Resquebrajamiento que encuentra, en último término, fundamento en un planteamiento, desarrollado ampliamente en sede canónica, según el cual la legítima se debe en todo caso por ser *debitum naturae* (X. 3,26,16; X. 3,26,18); en algún documento de la práctica catalana puede encontrarse la distinción entre la legítima que responde a un *debitum naturae* y la legítima que responde a un *iure institutionis*, como en la donación que en 1248 realiza Ramón de Gironella a favor de Agnes de Foixà, en la que el donante advierte que «*predicta omnia et singula que vobis superius dono eligo et accipio pro mea legitima qui in omni casu habere debeo iure nature de bonis patris mei, et si predicta excedunt legitimam mihi debitam iure nature, suppleatur dicta donatio in predictis bonis de legitima que mihi debetur iure institutionis*» [J. M. MARQUÈS (Estudi i edició a cura de), *Col·lecció diplomàtica de Sant Daniel de Girona (924-1300)*, Barcelona, Fundació Noguera, 1997. 208 (9 de septiembre de 1248), p. 301].

ya habían establecido, en consonancia con la no necesidad de instituir herederos *nominatim*, la posibilidad de que la legítima fuese diferida bien en cuanto tal, bien como una parte de la herencia (*dum tamen [...] legetur filiis [...] pro parte seu legitima*), aunque advertían de la posibilidad de reclamar el complemento de la legítima para el caso de que el descendiente hubiese recibido menos porción de la legalmente establecida⁷.

Pues bien, nuestro privilegio de 1339 introdujo otra importante excepción: los testamentos realizados por quien tuviese capacidad para testar e instituyese herederos capaces serían válidos aunque las personas que hubieran tenido que ser instituidas *de iure communi* hubiesen sido preteridas o desheredadas y aunque no se hubiese hecho mención alguna al hijo o hijos póstumos, siempre que el testamento hubiese sido hecho ante dos o más testigos, aunque no fuesen rogados (*etiam non rogati*) y de forma pública. Al contrario de lo que ocurriría según el *ius commune*⁸, lejos de invalidarse el testamento, el privilegio establece que las personas que debieran haberse instituido conserven intacto su derecho a la legítima, salvo que hubiesen sido justamente preteridas o desheredadas⁹.

⁷ CH 71 : «Item, quod non sunt necesse in testamentis institui heredes nominatim filios vel alios, dum tamen in eisdem testamentis aliquid legetur filiis legitimis pro parte seu legitima, et si minus legitima eis dimititur testamenta valeant, set possint agere ad complementum legitime. Et est sciendum quod si sint quinque filii vel utra est eorum legitima medietas bonorum patris; si vero sint quatuor vel infra est legitima tertia pars» [cito por J. SERRANO DAURA (Estudi introductor i edició), *Els costums d'Orta (1296) (amb la traducció catalana dels Costums a cura de Miquel Sitjar)*, Ajuntament d'Horta de Sant Joan, 1996].

⁸ La sedes textuales son D. [5.2] *De inofficioso testamento*; [28.2] *De liberis et postumis heredibus instituiendis vel exheredandis vel praeteritis*; [28.3] *De iniusto rupto irrito facto testamento*; Inst. [2.13] *De exheredatione liberorum*; C. [3.28] *De inofficioso testamento*; [6.28] *De liberis praeteritis vel exheredatis*, [6.29] *De postumis heredibus instituiendis vel exheredandis vel praeteritis*.

La Novela 115,3 *i. f.* establecía que la inobservancia de las prescripciones en materia de institución, si invalidaba el testamento en cuanto a la institución no impedía que los desheredados fuesen a la herencia *ex aequa tanquam ab intestato* y también establecía que aunque invalidado el testamento en cuanto a la institución, valiese en cuanto a los legados, fideicomisos, nombramientos de tutor o cualquiera otra disposición. Y la famosa *Authent. Ex Causa* [C. *De liberis praeteritis vel exheredatis* (6.28)] establecía que: «*Ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, caetera namque firma permanent*».

⁹ El carácter correctorio, respecto del *ius commune*, de este apartado del privilegio de 1339 lo explica bien CANCER, quien, además de zanjar las discusiones en torno a su ámbito de vigencia, incluye un caso en el que fue consejero: CANCER, *Variarum Resolutionum iuris Caesaris, pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae*, Barcinone, Ex typografía Iacobi Cendrat, pars prima, cap. 4, n. 38-41: «*In hac materia quid de posthumis statuatur, vide §posthumi, Ins. De exhere. Lib et leg. Maximum vitium §fin. Et per tot. titut. Codice de posthum. Hered. Institut. vel exhere. et not in dict. authe. licet, et dict. authen. ex causa. Praedicta etiam de iure municipali Cathaloniae procedunt, ut in usa. Exheredare [...] Barcinonane tamen per Privi. Reg. Petri 3. incip. Debita meditatione, que est in tit. de testamen. volum. 2. valet testamentum cuiusuis, in quo fuerint duo, vel tres testes, etiam non rogati, licet in eo praetereantur, vel exhaeredentur personae, que de iure institui deberent: et licet de posthumi nulla mentio in testamento fiat, nec aliae solemnitates sint observatae; ramanente salvo iure petendi legitimam illis personi, quae se iniuste praeteritas, aut exheredatas censent. Quod privilegium locale Barcinonae est, licet aliquos dubitare viderim, est extra controversim. Pro declaratione dicti Regii privilegii Regis Petri 3. quam pragmaticam aliqui practici nuncupantur, et ipse eos secutus, incipient. debita meditatione, quos est sub titul. de testament. In 2. volum. constit. libet aducere casum super quo consului.*

Viduam quaedam civis Barcinonae, dum vidua esset, et filios no haberet, condidit Barcinonae suum ultimum testamentum, in quo haeredem uiversalem instituit sororem suam, et de filiis cum nullos haberet, neque ad secunda vota convolare cogitaret, nullum fecit mentionem. Post factum

Posteriormente, una constitución aprobada en Cortes de Monzón de 1363, dedicada fundamentalmente a la sucesión de los impúberes, dejó de considerar necesaria la exigencia de que la legítima fuese diferida *iure institutionis*, al establecer que los testamentos fuesen válidos aunque dicha legítima fuese dejada *iure legati sive quocumque modo alio posito*¹⁰, lo que equivalía a ordenar la validez de los testamentos siempre que por cualquier medio, no necesariamente *iure institutionis*, se hiciese mención del legitimario o heredero necesario¹¹. Finalmente, un planteamiento similar, aunque más contundente, fue adoptado respecto de la legítima de los ascendientes, al establecerse, en Cortes de Barcelona, Lérida y Tortosa de 1363-1365, que aunque en los testamentos de los descendientes no se hiciese mención alguna del padre o de otros ascendientes *iure institutionis*, tales testamentos debían considerarse válidos, dejando intacto el derecho a la legítima de los ascendientes preteridos¹². Como dirá Cancer, en

dictum testamentum nupsit secundo, et cum viro in Italiam se contulit, et ibi ex illo secundo matrimonio peperit filiam: et duodecim dies post partum decessit, nullo alio condito tetamento. Dubitationis fuit an dictum testamentum, per praeteritionem filiae irritum fuisset, et sic filia esset haeres matris ab intestato: An vero sustineatur per dictam regiam pragmaticam, et seu privilegium, per quod licet filios, et posthumos praeterire, et testamentum non rumpitur, sed tantum ipsi possunt petere legitimam. Consului pro filia hac ratione, quod mens dictae Regiae pragmaticae, et seu privilegii et causa finalis suae dispositionis, ut ex eius praefactione, quae aperit mentem, et causam finalem dispositionis [...] et communiter scribentes apparet, est favere ultimis voluntatibus disponentium, ne propter imperitiam, aut negligentiam notariorum subverteretur, igitur est interpretantum privilegium, ut procedat in tali filii aut posthumi praeteritione, ubi ius praesumat in favorem retorqueatur in odium [...] Hoc accidit cum quis filium, aut posthumum ignoranter praeterit, instituto haerede extraneo, licet persona alias valde coniuncta, ut in casu de quo agimus, quo casu est prorsus indubitatum defuisse voluntatem testatricis, ut suum testamentum valeret, cum non sit verisimile fore, ut sic disponeret si scivisset se filiam habituram, ut bona sua filiae suae unicae infanti, quae nullam causam ingratitude commisisse poterat».

También RIPOLL, *Variae iuris resolutiones*, cap. 13, n. 591-593, quien señala el carácter correctorio del privilegio respecto de la *Auténtica ex causa*, al contemplarse para los barceloneses, no ya que el testamento se anule en cuanto a la institución, sino que el testamento sea válido incluso respecto a la institución: «*Nec obstare pragmaticam Petri III sub tit. de testamentis nam pragmaticam illa, sub tit. de estamentis, solum loquitur et disponet quod non dicatur nullum testamentum, ex defectu solemnitate intrinsecae illius, nempe quod institutionem, vel exhaerationem filiorum et intrinsecae, videlicet, testium, ut ex tenore illius apparet, si recte perpendatur, maximé attendit haec pragmatica ad corrigendum dispositionem text. in auth. ex causa C. de liberis, ubi testamentum ex causa institutionis, exhaerationis, et praeteritionis filii, annullabatur, quoad institutionem ex exharedationem, caetera firma remanebant, disponens dicta paragmatica quod intra civitatem Barcinonae neque quoad institutionem, exharedationem et praeteritionem testamentum rumpatur, et sic quod haec disponit; quod vero ad alia que in testamento sunt, non loquitur».*

¹⁰ La constitución puede verse en J. M. PONS GURI, *Actas de las Cortes Generales de la Corona de Aragón de 1362-1363*, Madrid-Barcelona, Ministerio de Cultura, Archivo de la Corona de Aragón, Colección de Documentos Inéditos del Archivo de la Corona de Aragón (2.ª época), vol. 50, 1982, p. 151: «*Et sive iure legati, sive quocumque alio modo posito, quod non iure institutionis de filio seu aliis liberis in testamento mentio fiat, testamentum ex hoc non debeat irritari seu censi irritum sive nullum».*

¹¹ *Vid.* Th. MIERES, *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, Barcinonae, Typis, et aere Sebastiani à Cormellas, 1621, pars secunda, col. 6, cap. 1, n. 151, p. 17; F. FERRER Y NOGUES, *Commentaria sive glossemata ad utilioream quadam ex constitutionibus principatus Cathaloniae incipientem Los impubers, sub rubro de pupillaribus, et aliis substitutionibus*, Ilerde, per Ludovicum Menescal, 1617, toda la glosa 8, ff. 195-206; B. TRISTANY BOFILL Y BENACH, *Sacri Supremi Regii Senatus Cathaloniae Decisiones*, Barcinone, Ex Typographia Raphaelis Figueró, tomus primus, 1686; tomus secundus, 1688; tomus tertius, 1701, dec. 92, pp. 277-286.

¹² CARAVYC [= *Cortes de los Antiguos Reinos de Aragón y de Valencia y del Principado de Cataluña. Cortes de Cataluña*, Madrid, Real Academia de la Historia, 26 vols., 1896 y ss.], II (Cortes

referencia a la decisión de Monzón de 1363 antes citada, *Iure vero speciali Cathaloniae, quocumque relictis titulo, sive institutionis, sive legati pater potest filio legitimam relinquere et nihilominus testamento valet*¹³.

Quedando a salvo —como se ha dicho— el derecho a legítima de aquellos que debieran instituirse, salvo que haya justa causa de preterición de desheredación, la validez de los testamentos queda condicionada, en segundo lugar y en el privilegio de 1339, a que en el testamento, redactado en forma pública, hayan intervenido dos o más testigos, aunque no fuesen rogados (*etiam non rogati*). Respecto del asunto del número de testigos, nuestro privilegio no hace sino incidir en un planteamiento ya iniciado desde antiguo por el Derecho catalán, consistente en el rechazo del Derecho romano justiniano, que exigía siete testigos para la validez del testamento¹⁴. Sobre la base de que el testigo único es rechazado tanto por las leyes como por los cánones, el *usatge Accusatores* había establecido, *ad omnia negotia probanda* (por tanto, también para los testamentos) la suficiencia de *duo vel tres testes idonei*¹⁵. El planteamiento es antiguo: *Pluralis enim elocutio duorum numero contenta est*¹⁶, había afirmado Ulpiano, pero la suficiencia de dos o tres testigos es planteamiento bíblico —*non stabit testis unus contra aliquem [...] sed in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum*¹⁷— que el papa Alejandro III utilizó, precisamente en materia testamentaria, para establecer que aunque *secundum leges humanas* existía la costumbre de que los testamentos se hiciesen con cinco o siete testigos, debían considerarse válidos y firmes los testamentos que se hiciesen *coram presbytero et tribus vel duabus aliis personis idoneis*¹⁸.

Después de los *Usatges*, todos los Derechos municipales catalanes admitieron la suficiencia de dos o, en su caso, dos o tres testigos, para la

de Barcelona, Lérida y Tortosa de 1363-1365, cap. 1), p. 307: I. «*Quod non minus valeant testamenta non faciencia mencionem parentibus. Primo siquidem ordinamus quod si de patre seu aliis ascendentibus in testamento liberorum iure institutionis nulla mencio fiat nichilominus ipsum testamentum validum censetur iure tamen legitime dictis ascendentibus semper salvo*».

¹³ CANCER, *Variarum Resolutionum*, pars prima, cap. 3, n. 14-15: «*Quaero III. An legitima debeat relinqui filio titulo institutionis? Respondeo quod sic de iure communi, alias filius censeretur praeteritus, et testamentum esset nullum [...] Iure vero speciali Cathalonia, quocumque relictis titulo, sive institutionis, sive legati, pater potest filio legitima relinquere et nihilominus testamento valet, ut in const. 2 de pupillaris y altres subtituts, ad fin. [...] Et quemadmodum iure communi sufficit filium, vel in re minima institui, ut testamentum valeat, licet possit filius agere ad supplementum [...] sic et in hoc Principatu sufficit, ut filio vel minima pars legitimae, quoquo titulo relinquatur, ut testamentum valeat, ad supplementum tamen filium agere, et ita etiam communis consuetudo praesentis principatus observetur*».

¹⁴ C. 6,22,8 pr; C. 6,23,21,4; C. 6,23,26; C. 6,23,31,2; C. 6,23,31,3.

¹⁵ La regla estaba inicialmente en el *us. Si quando* (*Us. 87*): «*Si quando cujuscumque injusta appellatio comprobatur, sumptus quos pro appellatione adversarius suus compellitur sustinere, non in simplum sed in quadruplum ei reformare cogatur. Duo vel tres idonei testes ad omnia negotia probanda sufficiunt. Unius testimonium legibus et canonibus improbat*» (cito por *Usatges de Barcelona* editats amb una introducció per Ramon d'Abadal i Vinyals i Ferran Valls i Taberner, Barcelona, Impremta Provincial de la Caritat, 1913), pero en el texto recopilado llegó a formar parte del *us. Accusatores* (*Us. 89*).

¹⁶ D. 22,5,12.

¹⁷ Deut. 19,15; Ep. Paul. ad. C.r. II,13.1.

¹⁸ X. 3,26,10. *Vid.*, además, en este volumen, la contribución del profesor Justo GARCÍA SÁNCHEZ sobre este texto.

validez de los testamentos. En las *Costums de Lérida* puede leerse que *Ad sollempnitatem testamenti sufficiunt duo testes*, siendo válido el testamento aunque no esté sellado ni se publique¹⁹, planteamiento que se sigue en Tortosa (en donde se deja a elección del testador llamar a más de dos testigos y donde es preceptiva la intervención de notario), Horta, Miravet y Balaguer²⁰. En Barcelona, es válido el testamento, *et non infirmatur racione testium*, en el que han intervenido *duo vel tres testes*²¹, según el *Recognoverunt Proceres*, e incluso el testamento en el que no han intervenido testigos, cuando el notario, *solo existente cum testatore*, llama posteriormente, una vez redactado el testamento, a los testigos, de forma tal que el testamento vale *ac si audivissent testamentum ipsi testes*²². Nuestro privilegio, además, al no exigir la *rogatio* de los testigos, difumina las diferencias entre testamento y codicilo, como veremos después. La única excepción a esta regla sobre la suficiencia de dos o tres testigos para la validez de testamentos y codicilos la constituye la diócesis de Gerona, cuyas costumbres establecen, al margen de lo establecido *in locis foraneis*, que *est consuetudo et observantia [...] quod VII testes requiruntur in testamentis; in codicilis autem quinque*²³.

Parece, sin embargo, que la cuestión en torno al número de testigos que debían intervenir en el testamento, ha sido en algún momento problemática, a pesar de lo establecido en los *Usatges* y en algunos Derechos especiales, probablemente como consecuencia de haberse recibido inten-

¹⁹ CL 144: «*Ad sollempnitatem testamenti sufficiunt duo testes, nec sigillantur testamenta et ita nec publicantur, et valet cum manumissoribus et sine manumissoribus testamentum*» [cito por P. LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, *Costumbres de Lérida*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, 1946; también puede utilizarse J. J. BUSQUETA RIUS (ed.), *Els costums de Lleida*, Lleida, Col·lecció Guillem Botet, Documents de l'Arxiu Municipal de Lleida, Ajuntament de Lleida, 1997].

²⁰ CT 6,4,1: «*En tots testaments o codicils o altres darreres volentats, basten II testimonis, menys del Escriva. Si més n'i vol hom metre, sia electio lur, dels més a metre*» [utilizo B. OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, IV, Madrid, Imprenda de Miguel Ginesta, 1881; existe reproducción en Tortosa, Centre de Lectura de Les Terres de l'Ebre, 1996 cuatro tomos en seis vols.; puede utilizarse también J. MASSIP I FONOLLOSA (edició crítica a cura de; amb la col·laboració de C. DUARTE y A. MASSIP), *Costums de Tortosa*, Barcelona, Fundació Noguera, 1996]; CH 60; CBM 117: «*Ad sollempnitatem testamenti sufficiunt duo testes et testamenta non sigillantur et sic non publicantur; et valet testamentum cum manumissoribus vel sine manumissoribus*» (cito por G. SÁNCHEZ, *Constituciones Baiulie Mirabeti*, Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1915); CB 51: «*In omni instrumento sufficiunt duos testes et in testamento et codicillis, licet heres institutos in testamento non sit. Manumissores electi vel ordinati, non tamen minorem obtineant firmitatem*» (utilizo «*Consuetudines Balagarii*», en J. M. FONT I RIUS, «El antiguo derecho local de la ciudad de Balaguer», en FONT I RIUS, *Estudis*, pp. 252-269).

²¹ Rec. Proc. 26: «*Item quod testamentum in quo sunt duo vel tres testes adhibit valet et non infirmatur racione testium*» (cito por el texto recopilado en CYADC).

²² Rec. Proc. 25: «*Item quod notarius potest facere testamentum ipso solo existente cum testatore, et quod, ipso facto sive notato in papiro, vocet testes coram quibus dicat se fecisse testamentum ipsius testatoris, et quod valet ac si audivissent testamentum ipsi testes*».

²³ CG 21,2: «*Item est consuetudo et observantia in diocesis gerundensis quod VII testes requiruntur in testamentis; in codicilis autem quinque. Et hoc nisi in locis foraneis ubi suficiunt quinque testes in testamento, et tres in codicillis*» [A. COBOS FAJARDO (edició crítica i traducció), *Costums de Girona de Tomàs Mieres*, Girona, CCG Edicions, Associació d'Història Rural de les Comarques Gironines, Institut de Llengua i Cultura Catalenes de la Universitat de Girona, 2001].

samente en algunos lugares la regla justiniana en torno a la necesidad de siete testigos para la validez del testamento. Montjuïc se esforzó por probar que cuando los *Usatges* hablaban de la suficiencia de dos o tres testigos *ad omnia negotia probanda*, no estaban excluyendo a los testamentos, aunque por Derecho romano se exigiesen siete testigos y, en último término, que los *Usatges* —*lex in hac patria*— derogasen la ley romana se justificaba a partir del razonamiento de que *comes non habebat imperatorem vel alium superiorem in temporalibus et ita potuit in sua terra legem condere sicut imperator in Imperio, nec lex imperialis astringit dictum comitem vel ejus patriam*²⁴. Aunque no llegó a convertirse en norma de Cortes, en las de Tortosa de 1429-1430, se planteó la dificultad, *en algunes parts e lochs*, de reunir a siete testigos, por lo que se pidió, para evitar la muerte intestada de algunos, que el rey hiciese ley perpetua en la que ordenase *que tot testament qui daciavant se fara os fermara en poder de notari e presencia de tres testimonis per deffalliment de nombre de testimonis no puixe esser impugnats ans sia de tanta efficacia e valor com si fos fet solennament ab nombre de set testimonis*²⁵, lo que significa, por tanto, que la idea de la suficiencia de dos o tres testigos no era generalizada, al menos desde que con la recepción comenzó a circular la exigencia de los siete testigos. De la *forma de testament* que se incluye en el *Art de Notaria* que acompaña al catecismo de *Jutglar* parece deducirse que los testigos pueden ser tres si no se encuentra un número mayor: *Sint autem testes septem vel quinque vel tres saltem, si maior numerus haberi non potest*, dice el formulario dirigido a los párrocos²⁶, aunque parece estar claro para los juristas que en Cataluña son suficientes dos o tres testigos²⁷.

²⁴ J. DE MONTJUÏC, *Gl. Si quando, cap. Ad omnia probanda, us. Si quando cujuscunque* (87) [cito por A. IGLESIA FERREIRÓS, «Las glosas de Jaume de Montjuïc a los *usatges* de Barcelona (edición del Ms. BNP latín 4670A)», en *Initium*, núm. 7, 2002, pp. 849-961].

²⁵ CARAVYC XVI (Cortes de Torsosa de 1429-30) 27, p. 351: «*Item, Senyor, com moltes vegades en algunes parts e lochs sia cosa difícil haver nombre de set testimonis, e per tal se sdeve alguns morir intestats qui havien voler de fer testament, placia a vostra senyoria per ley perpetual ordonar que tot testament qui daci avant se fara os fermara en poder de notari e presencia de tres testimonis per deffalliment de nombre de testimonis no puixe esser impugnats ans sia de tanta efficacia e valor com si fos fet solennament ab nombre de set testimonis*».

²⁶ H. ALONSO RODRÍGUEZ, «Los formularios notariales como instrumentos para la aplicación del Derecho. Análisis de un *Art de Notaria* catalán del siglo XVI», en J. SAINZ GUERRA (ed.), *Actas III Jornadas de Historia del Derecho «La aplicación del Derecho a lo largo de la historia*», Jaén, Universidad de Jaén, 1998, p. 231, que puede verse ahora en H. ALONSO RODRÍGUEZ, «L'«Art de Notaria» del Catecisme de Jeroni Juttlar (1568)», en *EHDAP*, núm. 16, 1998, pp. 259-281.

²⁷ CANCER, *Variarum Resolutionum*, pars prima, c. 4, n. 1-3: «*In testamento, ad eius validitatem iure communi, septem testes requiri, notum satis superque est [...] In Cathalonia tamen duo aut tres testes ad testamenta, et ad omnes res sufficiunt, ut in usat. Accusatores [...] not. Marquil. in usa. Si quando et ibi Iaco. De Monte Iudai. Et Guliel. De Vallesi. [...] Et ad hoc optima Senatus decisio quam nuper vidi referente doctissimo praeceptore Anton. Oliba die 17. Decemb. 1588. in causa Don Onophrii de Lentorn. Baronis de Seto, contra nobiles coniuges Quarteronis, super oppido de Puigvert*».

En Cortes de Barcelona de 1706, sobre la base de que en «*molts parts del Principat de Catalunya pera la solemnitat dels Testaments, codicils y altres especies de ultimàs voluntats basta lo numero de dos testimonis*», se vuelve a insistir en «*que en los testaments y codicils baste lo numero de dos testimonis*» mientras respecto del testamentos de los ciegos se efectúa una remisión a «*la disposició del dret comú (Constitucions, capitols y actes de cort, fetas y atorgats per la S. C. R. Magestat del rey nostre senyor, Don Carlos III, rey de Castella, de Aragó, comte de Bar-*

Finalmente, el privilegio de 1339 establece la validez de las disposiciones particulares, los legados y feideicomisos, aunque no se haya producido adición de herencia, aunque, adida la herencia, se repudie y aunque falte heredero universal, siempre que el testador sea capaz y siempre que tales disposiciones se hayan hecho en favor de personas capaces para recibir.

Veamos ahora. Hasta bien entrado el siglo XIII, los testamentos catalanes de toda zona se hacen *a la visigoda*. Esto es, se hacen de acuerdo con uno de los cuatro *ordines* fijados en LV 2,5,12 y de acuerdo con las exigencias de adverbación fijadas en LV 2,5,14²⁸. La documentación es abundantísima y no es sitio, ahora, de traerla a colación. Los testamentos catalanes no llevaban institución de heredero no solo porque a estas alturas se había perdido el concepto de *hereditas* como *universum ius*, sino porque la estrecha dependencia del Derecho sucesorio catalán de la disciplina visigoda, que no contemplaba la exigencia de la institución como requisito de validez de los testamentos, así lo determinaba. Lo que vino a desnaturalizar esta tradición autóctona, por utilizar una terminología contemporánea muy cara a algunos esencialistas, fue la puesta en circulación de una *nueva moda* venida de fuera, consecuencia de la recepción del *ius commune*, consistente en que los testamentos, para su validez, hubiesen de contener *haereditis institutio*. Pues bien: lo mismo que, como después veremos, el Derecho castellano acaba reaccionando contra el influjo romanizante de las *Partidas* de Alfonso X en relación a esta exigencia, el Derecho catalán, el genuino, el de producción propia, hizo lo mismo, de forma tal que a partir del siglo XIII, coincidiendo con el proceso de más intensa penetración del *ius commune*, la *haereditis institutio*, como exigencia aportada por este Derecho, comienza a ser expresamente rechazada por el Derecho catalán más autóctono. El redactor de la *Costums de Lleida* no solo está, según ya sabemos, perfectamente familiarizado con el derecho de la Recepción, sino que nos ha informado de que *Legibus quidem romanis pluribus utimur [...] ut in cotidianis tractatibus causarum liquere potest*. Prueba de ello es que el mismo Guillermo Botet, en 1228, no tiene inconveniente en decir, a propósito de la legítima observada en el Derecho municipal leridano, que *in legitima servamus legem romanam de triente et semisse*. Resulta que en el mismo texto en que Guillermo Botet nos informa de que la legítima observada en Lérida es la justiniana de

*celona, etc., en la cort celebrà als Catalans, en la ciutat de Barcelona, en la Casa de la Deputació del General de Catalunya, en lo any de 1706», Barcelona, en la Stampa de Rafel Figueró, 1706, cap. 50, p. 39), pero todavía se refieren a la posibilidad de que en algunos lugares, siguiendo el Derecho romano, se exigiesen siete testigos, G. M.^a DE BROCA Y MONTAGUT y J. AMELL Y LLOPIS, *Instituciones del Derecho civil catalán vigente ó sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una reseña histórica*, I-II, Barcelona, 2.^a ed., ampliada, corregida y adicionada con un repertorio alfabético, Imprenta Barcelonesa, 1886, II, p. 301, n. 3.*

²⁸ J. BASTIER, «Le testament en Catalogne du IXe au XIIe siècle: une survivance wisigothique», en *RHDFE*, núm. 51, 1973, pp. 371-417; F. L. PACHECO CABALLERO, «*Et quod tale testamentum vocatur sacramentale*. Algunas consideraciones sobre una antigualla jurídica visigoda», en *Initium*, núm. 2, 1997, pp. 517-547.

tercio y mitad, tiene la precaución de advertir que *Non instituuntur heredes nominatim per consuetudinem*, sino que en los testamentos se nombran manumisores a los que se ruega la distribución de los bienes del difunto²⁹. Todos los textos de Derecho municipal catalán influidos por el texto leridano, que también han adoptado la legítima romana, siguen el mismo planteamiento: en Horta, en 1298, en un contexto caracterizado por la preocupación por evitar la preterición de los legitimarios, se advierte que, mientras se deje a los hijos algo *pro parte seu legitima*, *non sunt necesse in testamentis institui heredes nominatim filios vel alios*³⁰, y en Balaguer, en 1311, se advierte de la validez de los testamentos realizados con dos testigos *licet heres institutos in testamento non sit*³¹. El Derecho municipal tortosino, intensamente imbuido del Derecho de la Recepción y dependiente del Derecho valenciano —que tampoco exige la institución de heredero—³², al mismo tiempo que establece la posibilidad por parte del testador de nombrar los herederos que quiera con tal de que sean personas que *puxen pendre* por testamento, y al mismo tiempo que admite la posibilidad de *establir Deu* como heredero, consagra la excepción más conocida, aunque, como hemos visto, no la única ni la más antigua, a la regla en torno a la necesidad de la institución de heredero ya que, se dice, *es costuma que testament sens establiment o institucio d'ereu, que val y es ferm, sens contrast y embarc de nuyla persona*³³. Algunos otros Derechos municipales catalanes, como Miravet en 1319³⁴ o la más tardía redacción de la Torre del Español³⁵, guardan silencio respecto de la necesidad de

²⁹ CL 145: «*Non instituuntur heredes nominatim per consuetudinem, set fiunt manumissores in testamento qui rogantur sic, "precor ut dividant omnia bona sicut inferius apparebit". Et in legitima servamus legem romanam de triente et semisse*».

Y el testamento de Guillermo Botet no contiene *heredis institutio*: F. VALLS TABERNER, «Las "Consuetudines ilerdenses" (1227) y su autor Guillermo Botet», en *RJC*, núm. 19, 1913, 8 (28 de abril de 1231), pp. 198 y ss.

³⁰ CH 71: «*Item, quod non sunt necesse in testamentis institui heredes nominatim filios vel alios, dum tamen in eisdem testamentis aliquid legetur filiis legitimis pro parte seu legitima, et si minus legitima eis dimititur testamenta valeant, set possint agere ad complementum legitime. Et est sciendum quod si sint quinque filii vel utra esto eorum legitima medietas bonorum patris; si vero sint quatuor vel infra est legitima tercia pars*».

³¹ CB 51: «*In omni instrumento sufficiunt duos testes et in testamento et codiciliis, licet heres institutos in testamento non sit. Manumissores electi vel ordinati, non tamen minorem obtineant firmitatem*».

³² FAV 86,13: «*Valeat testamentum vel quelibet alia ultima voluntas, licet testator nullum heredem instituerit, ita tamen, quod legatarii sive illi, qui singulares res ex testamento habuerit, solvant debita hereditaria secundum quod de eisdem bonis habuerint, nisi de forte testator uni vel pluribus imposuerit honus sua debita exsolvendi*» (cito por M. DUALDE SERRANO, *Fori Antiqui Valentiae*, Madrid-Valencia, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950-1967).

³³ CT 6,4,2: «*En tot testament por lo testador establir hereu o hereus quals que'es vulla, ab que sien persones que de testament puxen pendre. Encara si en son testament departira sos bens, pot o fer e departir que no y fara ne y establira hereu ni hereus, si no's vol, et val aquel testament e es ferm et estable per tots temps que no's pot rompre ni revoar; per ço, car es costuma que testament sens establiment o institucio d'ereu, que val y es ferm, sens contrast y embarc de nuyla persona. Item, encara es costuma, que tot hom o tota femma pot establir Deu, hereu en son testament, e val aytal testament, y es ferm*»; vid. E. ROCA TRÍAS, «El testamento de Tortosa sin institución de heredero. Configuración y consecuencias jurídicas del mismo en el Derecho histórico y en la Compilación del Derecho Civil catalán», en *Costums de Tortosa. Estudis*, Tortosa, UNED, 1979, pp. 327-360.

³⁴ CBM 117.

³⁵ TE 112.

la institución de heredero, limitándose, en sede testamentaria, a advertir de la suficiencia de los dos testigos y advertir de la posibilidad de que los testamentos puedan hacerse con o sin *manumissores*, como ya indicaba Guillermo Botet para el Derecho leridano. Este recorrido por los Derechos municipales bajomedievales viene a demostrar que unas cuantas décadas antes y unas cuantas décadas después de que un texto como las *Partidas* de Alfonso X, en Castilla, se hiciesen eco de la regla romana, ya suavizada, en torno a la esencialidad de la *haereditis institutio*, en Cataluña, en cambio, se mantenía de forma expresa el planteamiento contrario como una característica de todos los Derechos especiales catalanes, frente al *ius commune*. No hay una sola constitución, no hay un solo capítulo de cortes y no hay un solo texto de Derecho especial catalán en donde se exija la *haereditis institutio* para la validez del testamento. Los únicos textos, como hemos visto, que se pronuncian sobre dicha exigencia, lo hacen para rechazarla. Dicho de otra manera: el Derecho catalán autóctono, sobre la base de la circulación de una regla formulada en el Derecho romano, no contiene sino excepciones dicha regla³⁶. La práctica notarial posterior se ha encargado de conferirle el carácter que hoy tiene³⁷.

El privilegio que ahora nos ocupa no hace sino seguir transitando por el camino ya emprendido por la tradición autóctona catalana, afectando de forma radical a la caracterización de la *heredis institutio* como *fundamentum* del testamento. Que la institución de heredero fuese, además de *caput*, fundamento del testamento significaba que la validez del testamento todo dependía de la validez de la propia institución de heredero. Ello implicaba, según la disciplina justiniana, que la institución de heredero debía mantenerse válida en el momento de la muerte del testador porque, de lo contrario, se entendía que moría intestado no solo el que no había hecho testamento, sino también quien *nemo ex eo heres extitit*³⁸. Paralela-

³⁶ Bajo la coartada de la castañiana *tradición jurídica catalana*, cierto discurso ha llegado a asumir como caracteres e instituciones propios del Derecho catalán caracteres e instituciones que no se encuentran en el *ius proprium*, sino en el *ius commune* que, por ser común, no es Derecho propio. La distinción entre un Derecho catalán (entendido como el vigente solo en Cataluña y producido de acuerdo con las formas propias de producción del Derecho) y un Derecho vigente en Cataluña (entendido como aquel otro Derecho que, además de en otros lugares, está vigente también en Cataluña y como aquel Derecho que no emana directamente de las fuentes de producción propias) no es distinción contemporánea que sirva para oponer el Derecho catalán al Derecho estatal. Es una distinción que ha existido siempre, consecuencia de ser el ordenamiento jurídico catalán un ordenamiento compuesto en parte por un Derecho propio y en parte por un Derecho común. Ocurre que el grueso de las instituciones de Derecho catalán no han encontrado su desarrollo en las fuentes propias, sino en un Derecho vigente en Cataluña que ha funcionado como Derecho común y como Derecho supletorio, sea este el Derecho visigodo en un primer momento o sea, en un momento ulterior, el Derecho romano justiniano. Basta echar una ojeada a la compilación histórica y contar las disposiciones compiladas referentes al Derecho privado para darse cuenta de ello.

³⁷ El autor del *Art de Notaria*, ya citado, incluido en la *Doctrina Christiana* de Juttlar, de 1568, que recomendaba el esquema propuesto por Rolandino para la ordenación de los testamentos realizaba la siguiente advertencia a los destinatarios de la «*Breu instructiu: Y tindràs la orella a la institució del hereu, perquè ací es lo pas lo qual molts dels notaris erran y cauen, per llur ignorància y sequedat, en mig del infern per no saber dictar y ben scudrinhar la voluntat del testador en lo que toque a les substitucions y segons grau de hereu*» (ALONSO RODRÍGUEZ, *Los formularios*, p. 221).

³⁸ Inst. 3,1 pr.

mente, también se consideraba que moría intestado aquel testador cuyo heredero no procedía, porque no quisiese o no pudiese, a la adición de la herencia, produciéndose un supuesto de *testamentum destitutum, irritum* o *desertum*³⁹, con la consecuencia añadida de que todas las demás disposiciones particulares del testamento dejaban de tener valor, ya que *omnis vis testamenti solvitur*⁴⁰. Pues bien: el privilegio de 1339, al contrario, establece que valgan los legados y los fideicomisos y el resto del testamento, siempre que el disponente pudiese hacer testamento y siempre que los legados y fideicomisos *seu alia quavis dispositio* se realicen en favor de personas capaces, aunque —y aquí radica la modificación respecto a la disciplina justiniana— *haeres scriptus non adeat haereditatem, vel adita repudiatur*⁴¹, *vel alias quocumque modo, et qualitercunque deficiat haeres ipsius defuncti universalis, ab initio, vel ex post facto, seu intervallo*. El Privilegio de 1339, por tanto, no es que prescinda de la necesidad de la inclusión en el testamento de la *heredis institutio* como tal cláusula, pero prescinde de cualquier consideración ulterior sobre su validez y eficacia, con lo que la validez del resto del contenido del testamento deja de estar condicionada a la validez de aquella, al permitirse que valgan los legados y los fideicomisos, aunque no se haya producido la adición de la herencia, aunque producida, se repudie y aunque por cualquier otra causa falte (*deficiat*) al principio, después o en medio, el *haeres universalis*⁴².

Una última consideración sobre el privilegio barcelonés. Como es sabido, el efecto práctico de la cláusula codicilar —derivado de aquello para lo que son idóneos los codicilos, en tanto declaraciones *menores* de la voluntad del difunto—⁴³, es la persistencia de los legados y fideicomisos independientemente de la validez del testamento y la conversión en sustitución indirecta o fideicomisaria de la sustitución directa, inválida por razón de la invalidez del testamento. La persistencia de los legados y de los fideicomisos, al margen de un testamento inválido que, por las razo-

³⁹ Inst. 3,1,7; D. 28,3,1.

⁴⁰ Inst. 2,17,2; D. 26,2,9; D. 29,7,3,2; D. 50,17,181.

⁴¹ Debe recordarse que, en tema de repudiación de herencia, en Barcelona, desde 1283, *heres potest aditam hereditatem repudiare* (*Rec. Proc.* 3: «*Item quod heres potest aditam hereditatem repudiare sine diminutione tamen hereditatis, nisi habeat justam causam retentionis*»), aunque de acuerdo con el Derecho común, en el que la adición no puede hacerse parcial ni condicionalmente [D. (29.2) *De acquirenda vel amittenda hereditate*], una vez producida la adición de la herencia solo era dable una *restitutio in integrum* por menor edad.

⁴² Sobre el argumento, CANCER, *Variarum Resolutionum*, pars prima, cap. 4, n. 66-67, quien hace hincapié en la imposibilidad de aplicar la disciplina de la famosa *Authentica Ex Causa* en aquellos lugares en donde no está vigente el privilegio de 1339: «*Certum est, quod si ex testamento no adeatur haereditas per heredem scriptum nihil ex his quae scripta sunt, valent [...] nunquid tali casu habebit locum d. auth. ex causa? Repondeo quod non. Qui ut dictum est, d. auth. non habet locum alias, quam cum defectu praeteritionis, aut exhaereditationis testamentum corrui [...] Estque advertendum, quod praedicta regula habet locum in prasenti Principatur praeterquem Barcinonae, ubi per d. R. Pragma. Licet ex testamento non adeatur haereditas, vel adita repudietur, et denique quocumque modo nomem haredis et effectus enervetur ab initio, sive expostfacto, valent legata et fideicommissa, et caetera per testatorem testabilem in testamento relicta, modo capacibus sint relicta. Si autem testator no esset testabilis, diposita per eum non valerent, ut nec de iure communi*».

⁴³ AZZO, *Summa super Codicem*, De codicillis rubrica (C. 6,36) (= pp. 241 y ss. de la paginación moderna) (cito por *Corpus Glossatorum Juris Civilis II*, Augustae Taurinorum, Ex officina Erasmiana, 1966).

nes que sea, provoca el que, para el resto, se abra la sucesión *ab intestato*, abrió una brecha en el principio de la incompatibilidad entre sucesión testada e intestada, procedente de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*⁴⁴. En Cataluña, esta brecha, aunque solo con carácter privilegiado, fue abierta, también, por el privilegio de Barcelona de 1339. Este privilegio, al permitir la validez de *legata, et fideicomissa, et caetera*, aunque el testamento adoleciese de la falta de algunas de las solemnidades de Derecho, hizo que, salvo para los casos relativos a defectos de capacidad —el privilegio, como se ha dicho, exigía en todo caso capacidad del heredero—, para un sujeto sometido al Derecho privilegiado de Barcelona, la inclusión, en el testamento, de la cláusula codicilar, no tuviese más razón que la de una cláusula de estilo sin demasiadas consecuencias⁴⁵.

II. Si el planteamiento del privilegio catalán es el del rechazo a unas *solemnitates iuris* no contempladas por el Derecho propio pero que, introducidas por la práctica notarial y de ser observadas, producirían la nulidad de muchos testamentos, el de la ley única del Título 19 del *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 es el rechazo a esas mismas *solemnitates iuris* introducidas no por la práctica notarial, sino por la legislación alfonsina y en concreto por las *Partidas*.

La primera parte de la ley viene referida a número de testigos:

«Si alguno ordenare su testamento, ò otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes à lo ver otorgar tres testigos à lo menos vecinos del lugar, dò se fiçiere; et si lo fiçiere sin Escrivano publico, sean y cinco à lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere logar do los pudiese aver; et si fuere tal logar dò non puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, y sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat»⁴⁶,

lo que venía a constituir una modificación al planteamiento de *Partidas*, que exigía, de acuerdo con el Derecho romano justiniano, siete testigos⁴⁷. La ley pasó a venir referida a la solemnidad de testigos necesarios en el llamado testamento nuncupativo, fundamentalmente porque desde la

⁴⁴ Inst. 2,14,5; D. 50,17,7, salvo para el *miles* (D. 29,1,6). Sobre la regla, últimamente, M. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona, Col·legi de Notaris de Catalunya, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.

⁴⁵ COLL, *El privilegi*, pp. 401-403.

⁴⁶ OA 19, única, que cito por *El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos quarenta y ocho. Publícanlo con notas, y un estudio sobre el Estado, y condición de los judios en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio y D. Miguel de Manuel Rodriguez*, Madrid, por D. Joachin Ibarra, Impresor de Camara de S. M., 1774.

Pasó a R. 5,4,1 (= NR 10,18,1).

⁴⁷ P. 6,1,1.: «E son dos maneras de testamento. La una es, a que llaman en latin *testamentum nuncupativum*, que quiere tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que se demuestra el que lo faze, por palabra, o por escrito a quales establece por sus herederos, e como ordena o departe las otras sus cosas» (cito por *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad*, Salamanca, por Andrea Portonaris, 1555).

Ley 3 de las de Toro se distinguieron con toda nitidez las solemnidades del abierto (las de la ley única del Título 19 del OA) de las solemnidades exigidas en los testamentos *in scriptis* o cerrados: «Ordenamos y mandamos que la solemnidad del Ordenamiento del Señor Rey Don Alonso, que dispone cuantos testigos son menester en el testamento, se entienda é platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legitimos, ora entre herederos estraños»⁴⁸ y cuando el texto pasó a la recopilación, se incorporó una adición procedente de 1566, referente a la validez del testamento hecho sin escribano y ante siete testigos aunque no fuesen vecinos del lugar: «Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vezinos, ni passe ante escrivano, teniendo las otras calidades, que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vezinos del lugar adonde se hiziere el testamento»⁴⁹. Que la corrección, en cualquier caso, operada tanto sobre el Derecho romano justiniano como sobre las *Partidas*⁵⁰, venía referida tan solo al número de testigos pero no a los requisitos y calidad de los mismos, es algo que dejó después bien explicado Matienzo:

«Nota ex his verbis, quod licet solemnitas iura communia imperatorum et regio antiquo requisita relaxetur per legem nostram, respectu numeri testium, in reliquis vero qualitatibus testium eodem iure requisitis remanet illaesum, nec per legem nostram derogatur qualitati testium, et si negaveris hoc ex lege ista deduci, quandoquidem loquatur in casu, in quo solemnitas iuris communis servatur, quod numerum testium, tunc nimirum si caetere qualitates testium concurrere oporteat, imo potius in alio casu videatur sentire contrarium. Adhuc tamen concedendum est iura probari praefatam conclusionem, tum quia solemnitas legis nostrae subrogatur loco solemnitates iura communi et regio antiquo requisitae, quare cum omnibus qualitatibus iuris antiqui subrogata esse intelligitur»⁵¹.

Al contrario de lo que ocurría en el Derecho catalán, el Derecho castellano sí tenía formulada expresamente, aunque sacada de los textos romanojustinianos, la regla en torno a la sustancialidad de la *haereditas institutio*. Esta regla estaba en *Partidas*:

«Fundamento e rayz de todos los testamentos de qual natura quier que sean es establecer herederos en ellos, como quier que alas vegadas se comiençan de otra manera, segun es voluntad de aquellos que lo fizieren»⁵².

⁴⁸ LT 3 [cito por *Cortes de los Antiguos Reinos de León y de Castilla publicados por la Real Academia de la Historia IV* (Madrid, 1882), III (*Ordenamiento de las Cortes de Toro de 1505*), pp. 192-219].

⁴⁹ R. 5,4,1 = NR 10,18,1 (cito por *Recopilacion de las Leyes destes Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la ultima impresion se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor*, Madrid, por Catalina de Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, 1640).

⁵⁰ Vid. LÓPEZ, *gl. Ante siete testigos*, P. 6,1,1 y *gl. Otrasi dezimos*, P. 6,1,1, y *gl. Cinco testigos*, P. 6,1,22, en donde se deja constancia de la inutilidad de estas leyes alfonsinas a la vista de la disciplina instaurada por el Ordenamiento de Alcalá y por las Leyes de Toro.

⁵¹ J. MATIENZO, *Commentaria [...] in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpentanae, Excudebat Ludovicus Sanctius, 1613, 5,4,1, gl. 8, n. 1, 72 v.

⁵² P. 6,3 pr.

«Heredem instituere, en latin tanto quiere dezir en romance, como establecer un ome a otro por su heredero, de manera que finque Señor despues de su muerte de lo suyo, o de alguna partida dello: en lugar de aquel quel establescio. E tiene muy gran pro a aquel que lo establescio, porque dexa lo suyo a ome que quiere bien e parte de su anima deste mundo mas folgada porende. E otrosi tiene por al heredero, porque se le acrecen mas los sus bienes deste mundo por ello»⁵³.

Es contra este planteamiento, contra el que se manifiesta ahora nuestra ley de Alcalá:

«Et el testamento sea valedero en las demandas [sic], è en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, è costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador no fiçiera testamento; è cumplase el testamento. Et si fiçiere heredero el testador, è el heredero non quisiere la heredat, vale el testamento en las mandas, è en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad heredat, ò manda, ò mandare que la den, ò que la aya otro, è aquel primer à quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, ò otros que la puedan tomar, è aver»⁵⁴,

de forma muy parecida a, en primer lugar, los Derechos especiales catalanes, incluido el de Barcelona, en torno a la innecesidad de la institución de heredero como requisito de validez del testamento y, en segundo lugar, de forma muy parecida a como el privilegio barcelonés ya examinado había dado cauce a aquellos supuestos que, de aplicar la disciplina justiniana, hubiesen desembocado necesariamente en la nulidad, en la irritación o en la ruptura del testamento.

El párrafo que ahora examinamos contiene dos excepciones a la disciplina justiniana y a la disciplina de *Partidas*. La una se refiere al carácter no esencial de la institución de heredero, cuya ausencia no provoca la invalidez del testamento en cuanto a los legados y fideicomisos establecidos en el mismo, aunque por falta de institución, se abra para el resto de la herencia la sucesión *ab intestato*⁵⁵. Se trata, según Gómez, de que la omisión de una solemnidad ya calificada de leve no impida el estricto cumplimiento de la *voluntas testatoris* y haga perder a legatario o al fideicomisario lo dejado por vía testamentaria:

«*Quarto et principaliter testamentum postes annullari propter defectum institutionis, quia bene est adhibitus legitimus numerus testium, sed deficit institutio haereditatis: Quo casu legata et fideicommissa in eo relicta non valent, quia militant ratione superiores [...] Hodie tamen in hoc corrigitur jus commune, quia legata et fideicommissa in tali testamento relicta valent et tenent, licet in eo nullus haeres sit institutus; vel si fuerit institutus, repudiavit haereditatem: et ita disponet lex I. tit. De los testamentos, lib. 5. Ordin. Cujus ratio est, ne omissione*

⁵³ P. 6,3,1.

⁵⁴ OA 19, única.

⁵⁵ LÓPEZ, gl. *Fundamento e rayz*, P. 6,3,1: «*Hodie vero per l. ordina. Primam ti. 2 lib. 5 etiam si desit institutio haereditatis et sic fundamentum istud deficiat adhuc debentur relicta in testamento et quae alias in eo disposita sunt*».

*tam levi solemnitatis desinat servari voluntas defuncti, et legatarius et fideicommissarius amittat commodum sibi relictum»*⁵⁶.

La segunda excepción se refiere a la validez de las mandas o legados y otras disposiciones, como las provisiones sustitutorias, independientemente de que se haya producido la adición de la herencia⁵⁷, lo que, como dejó explicado Matienzo, no viene sino a constituir una excepción a los modos a través de los cuales el testamento, tanto según el *ius commune* como según el *ius regium*, alcanzaba su perfección:

*«Praemittendum est, iure communi Imperatorum, et regio antiquo partitarum, quadruplicem perfectionem testamento requiri [...] Prima consistit in perfectione voluntatis ipsius testatoris per eum plene declaratae et completae [...] nam si testator prius decedat quam voluntatem suam plene explicet, testametum erit imperfectum nec valebit etiam ad pias causas [...] Secunda perfectio consistit in haeredis institutione, quae forma substantiali est, et caput testamenti, sine qua corruiit testamentum iure communi [...] licet hodie iure regio secus, ut dixi in gl. 10 in prin. Tertia perfectio testamenti consistit in solemnitate testium, quae forma substantiali est [...] Quarta et ultima perfectio testamenti concernit effectum, quae duplex est, prima contingit per mortem testatoris, qua testamentum efficitur irrevocabile, morte siquidem testantis, testamentum confirmatur [...] Sed haec confirmatio, et perfectio testamenti pendet a voluntate haeredis in eo instituti, quippe qui si adire nolit haereditatem, testamentum corruiit, et causa reducitur ab intestato [...] Hac haereditatis aditio est ultima testamentum perfectio, quae non finit causam ab intestato [...] Hodie autem iure regio, etiam si haereditas ab haerede instituto non adeatur, non definit valere testamentum in omnibus in eo contentis, quae solvere et executione mandare omnino tenebitur haeres legitimus qui successurus erat ab intestato, censetur vocatus in defectum haereditatis in testamento scriptorum, un in hac lege, quae omnia iura vetera immutat, quoad firmitatem testamenti, et eorum quae in eo continentur»*⁵⁸.

El Derecho castellano acabó por adoptar el planteamiento de la *Auténtica Ex causa* en materia de mejora de tercio y quinto, al establecerse en Cortes de Toro que:

«Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de pretericion o exheredacion, en el qual oviere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa ni menos dexa de valer tercio e quinto, como si el dicho testamento no se rompíesse»⁵⁹.

⁵⁶ La obra de GÓMEZ aparece por primera vez en Salamanca, en 1552, pero aquí utilizo A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri Commentarium absolutissimum. Editio nova caeteris longe locupletior, in qua distinctum hic tomus tomus obtinet materia Indicem*, Matriti, Typis Vidua et filii Marin, 1794, in l. 24, n. 1, p. 205.

⁵⁷ Vid. LÓPEZ, gl. *Apremiar el judgador*, P. 6,5,14; gl. *Entrar la heredad*, P. 6,7,2; gl. *Entrado en la heredad*, P. 6,8,4; gl. *El señorío*, P. 6,9,34.

⁵⁸ MATIENZO, *Commentaria*, 5,4,1, gl. 14, n. 1-4, 83v.

⁵⁹ LT 24. Eco esta Ley de Toro en la doctrina catalana, con consecuencias para la intelección del privilegio catalán de 1339: CANCER, *Variarum Resolutionum*, pars prima, c. 4, n. 43-44: «*Hinc cum in Regno Castellae, leg. 24 Tauri disponat, ut licet rumpatur testamentum ex causa praeteritionis melioratio conservetur, intelligitur illa lex si filius esset scienter praeteritus, secus si ignoranter, ut not. Anton. Gomez [...] Ob haec semper ipse censui, dictam regiam pragmaticam quae inducit validitatem testamenti, no obstante filii aut posthumi praeteritione, esse intelligendam, ubi tantum esset testamentum vitio praeteritionis affectum, quod est cum filius, aut posthumus scienter sunt*

Si quedaba claro, a partir de dicha *Auténtica*, la validez de legados y fideicomisos independientemente de que el testamento fuese considerado *irritum quantum ad institutionis*, la doctrina planteó si dicha validez podía predicarse también de la mejora de tercio y quinto. La consideración de esta mejora como una especie de prelegado justifica para Gómez una respuesta afirmativa:

«*Item adde, quod quando testamentum deficit ratione praeteritionis vel exhaeredationis, licet predicta clausula codicillaris non sit posita, omnia legata et fideicomissa in eo contenta conservatur: textus est formalis et expressum in Authentic. Ex causa [...] Et si limitaer valet, et conservatur substitutio pupilaris, item substitutio fideicomissaria, item tutela, item executoria, et alia iura similia, per quae nos succeditur directe ipsi defuncto secundum Glossam et communiter DD. in dict. Authentic. Ex causa. Ex quo subtiliter poterat dubitari, an hodie, stante illa Authentica, conservetur melioratio Tertii et Quinti filio facta, quanto testamentum rumpitur vel annullatur ex causa praeteritionis, vel exhaeredationis? Et videtur quod no, qui talis melioratus reputatur haeres, et tenetur ad omnia debita defuncti, pro rata, tam quam verus haeres [...] ergo sicut ipsa institutio irritatur, ita ista melioratio. Sed contrarium est dicendum, imo quod predicta melioratio velet et teneat, et non irritetur, rupto vel annullato testamento ex praedictis causis exhaeredationis, vel praeteritionis: Cujus ratio est, qui talis melioratio potius censetur praelegatum, quam institutio universalis [...] Et in expreso ita dicit et determinat nostra lex, et iste est verus et realis intellectus ejus»⁶⁰.*

praeteriti, non tamen ubi ultra vitium praeteritione is adesset defectus voluntatis, quod accidit cum essent ignoranter praeteriti».

⁶⁰ GÓMEZ, *Ad leges Tauri Commentarium*, en l. 24, n. 4, p. 208.

