

Libertad civil y “*mores maiorum*”^{*}

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Notario

De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Notarioa

Jurisprudentziaren eta Legediaren Errege Akademiakoa

Debo, en primer lugar, agradecer a la Academia Vasca de Derecho y, especialmente, a su presidente, don Andrés Urrutia, el alto honor que me depara al confiarme el discurso inaugural del nuevo ciclo académico.

LA LIBERTAD CIVIL

He escogido el tema “*libertad civil y “mores maiorum”*”, pues creo que en esta dualidad radica el carácter propio de los antiguamente llamados derechos forales, perfectamente acorde con la esencia de la función notarial como garante de esa libertad civil y de la tradición que la anima, ayudando a su posible mejoramiento y adecuación a las nuevas necesidades. En palabras de Juan Vallet¹, “*la clave de la función notarial se halla en saber captar el sentido del derecho, en actuar dentro del ámbito de la libertad civil y de conformidad con los usos negociales*”.

En efecto, la libertad civil y los “*mores maiorum*” se presuponen, se encuentran inextricablemente unidos, “*quid leges sine moribus vanae proficiunt*” dejó escrito para siempre Horacio (libro III Oda XXIV).

* Este texto es la versión extensa de la Lección inaugural del curso 2022/2023 de la Academia Vasca de Derecho, pronunciada en Bilbao el día 10 de noviembre de 2022.

¹ “Metodología de la Determinación de Derecho”, II, p. 1152.

La libertad civil

“¿Qué es, señores, la libertad civil?” —se preguntaba en 1970 Félix María Falguera² en el Ateneo barcelonés:

“Yo no diré, con Dupont White, que consiste en el derecho de los individuos a no ser gobernados, porque no aspiro a convertir el derecho en anarquía; pero convendré con M. Bertauld en que la libertad civil aumenta a medida que un pueblo es menos gobernado, y por lo mismo consiste en ser poco gobernado, o en no serlo sino dentro de los límites de la necesidad o de una utilidad imperiosa. La legislación catalana coloca a las familias en una independencia tal, que podemos decir que son poco gobernadas, porque en ellas no se injiere la autoridad del Estado ni la del juez sino dentro de los límites de la necesidad o de una utilidad”.

Y añadía: “Casi todo nuestro derecho nace de la costumbre y de las prácticas contractuales, y hay que estudiarlo en los instrumentos públicos más bien que en los usajes y constituciones. Esta es la gran ventaja de las leyes forales de Cataluña, que dejan a cada cual que legisle a su placer y según conveniencias dentro de la familia”.

Joaquín Costa³ remarcaría, a su vez, que el principio “*Standum est chartae*” constituye: “El alma y piedra angular de nuestro edificio jurídico (...), la consagración de la voluntad privada como preferente a la regla estatuida por el legislador, el régimen de la ley individual enfrente y por encima de la ley pública. El legislador aragonés dictó tan solo los preceptos generales que estimó necesarios en su tiempo a la existencia del hombre en sociedad, y aun éstos, sin darles eficacia imperativa, relegándolos a modo de ley supletoria, para el caso en que no haya ordenado otra cosa en pacto privado o en contrato expresión de la soberanía individual”.

Sería digna de verse la reacción del León de Graus frente al artículo 3 de la ley aragonesa, que en la actualidad antepone “*las leyes imperativas aragonesas* sobre el señalado principio, apartándose de su formulación en la Observancia 16 “*de fide instrumentorum*”, a cuyo tenor: “*Iudex debe stare*

²“Conferencias de Derecho catalán”. Barcelona 1889. Conferencia primera, pp. 17-18.

³“La libertad civil y el congreso de juriconsultos aragoneses”. Zaragoza, 1881, pp. 51-52.

semper et iudicare ad chartam et secundum quod in ea continetur nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continetur in ea”.

El caso es que los dos notarios antecitados coincidían en que la libertad civil es la primera de las libertades y el fin de todas las demás. Solo disentían en la importancia de su respectivo derecho, pues, para Falguera, la legislación catalana era la de mayor libertad civil, aún más que la de Aragón, Vizcaya o Navarra, que “*se creen equivocadamente más libres*”, mientras Costa, que pensaba España compuesta de “*unidades vivas*” con aptitudes diferentes, proclamaba la preeminencia aragonesa en el culto a la justicia, sentido de la realidad y prudencia.

Sin embargo, como escribió García Granero no es la libertad civil cosa exclusiva de Aragón ni de Navarra con su “*paramiento fuero vence*”. Se recoge en Inglaterra desde una compilación de las “*leyes*” anterior al 1118; en Francia en múltiples “*Coutumes*” escritas; y en Alemania, al menos desde 1328; también en Cataluña merecen recordarse las “*Commeracions de Pere Albert “car las convinences la en us deuen esser servades per dret”*”⁴. Este principio, comporta que los pactos se convierten en observancias, como la anteriormente reproducida de “*fide instrumentorum*”.

Ocurre, pues, que el instrumento público repetido de generación en generación da lugar a una tradición que por irradiación genera una costumbre, establecida por los antepasados o mayores, “*mores maiorum*”, sancionadas luego en sentencias judiciales, “*fazañas u observancias*” o en “*fueros de albedrío*”, alguno de ellos, declarados en cartas confirmadas por el rey o señor.

El notario interviene muy directamente en este proceso genético; deviene un agente esencial para la creación o elaboración del derecho, con pleno respeto a la tradición, acompasada a las necesidades de la vida, adaptándola, mejorándola y actualizándola en atención a las circunstancias.

⁴ Cit. VALLET, “Metodología de la Determinación del Derecho” I. Parte histórica, p. 167.

Llegados a este punto, no me resisto a traer el ejemplo de mi padre, Ángel Martínez Sarrión en su primera notaria de Esterri de Aneu en relación con una escritura de capitulaciones matrimoniales que incluía el pacto de “*casamiento en casa*”; así lo narra en un libro que no pudo ver publicado⁵:

“Constituye algo que me dejó fuertemente impresionado y que el paso de los años no le ha mermado ejemplaridad. Es uno de mis recuerdos más gratos de mi vida notarial, algo que llena el ánimo de ilusiones y de esperanza. Me resisto a llamarla anécdota, porque no un hecho transitorio y circunstancial, sino manifestación de que lo que el sentimiento del pueblo ha impreso en sus hijos y que encarnado en lo más íntimo de su ser se mantiene con la fuerza de la sangre”.

Las capitulaciones pretendían regular el sistema moral, familiar y económico con motivo de un próximo matrimonio, de modo que en aquellas comarcas catalanas integraban el verdadero código de la familia, significada en “*la casa pairal*” en la que el “*hereu*” o la “*pubilla*” *eran o devenían circunstanciales o temporales soberanos de la misma, que recibían, conservaban y finalmente al igual que ahora a ellos, transmitían los usos y costumbres ancestrales, a manera de domestici magistrati semejantes a los aludidos por Cicerón en su tratado de officis*”.

El casamiento se había acordado entre una “*pubilla*” y un “*fadri*” o “*cavaler*” de dos familias de la aldea de Unarre. “*Era una ceremonia, ésta de constituirse en la notaría, en presencia del notario y desvelar las viejas escrituras guardadas en el arca con las ropas y tocados más preciados, que, en alguna ocasión, he llamado “esponsales notariales”*. En ella, “*la norma moral y jurídica, preferentemente consuetudinaria, se viste con traje de faena de todos los días. Por eso, los muros de la casa pairal exhalan juridicidad*”.

⁵ “Cuando el hombre comienza a ser historia”. Fundación Matritense del Notariado. Madrid 2012, p. 121.

Estaban los padres de ambos: los de “*la pubilla*”, desenrollando las escrituras, tal como estaban cuando ellos se casaron, pues no había hecho falta consultarlas, y los del novio para decir lo poco que “*el haber y poder de la casa*” permitía aportar al nuevo matrimonio.

“*Les pregunté a los asistentes que es lo que querían hacer. La respuesta fue unísona: “Lo que dicen estas escrituras”*. Las escrituras, que sumaban más de un siglo, eran tres completamente idénticas y habían de servir de modelo para la cuarta generación. Mi padre se puso literalmente manos a la obra, pues hasta 1958 no se admitió el uso de la máquina de escribir. Antes de trasladarla al papel leía cada cláusula para obtener la debida conformidad.

Al llegar al final, apareció el pacto de casamiento en casa:

“Eso que es, señor Notario, inquirió con aire sorprendido la pubilla. Aunque todos guardaban silencio, éste se hizo más profundo. Casi al tiempo que yo levantaba la cabeza del papel, padres y madres la agachaban”.

El pacto de casamiento en casa suponía que, si ella moría con hijos pequeños, el marido continuaba en la casa pairal de su mujer con facultades dispositivas y libre de casarse con otra para que ocupare su lugar en la crianza y educación de los pequeños.

“¡Aixó no! ¡Aixó no!”.

Luego preguntó: *¿I aixi ho han fet ells mes besavis, avis i pares? (...)* Y ella misma concluyó:

“I qui soc jo pera no fer, lo que han fet el meus pares i els avis. Sería troncar la traditio de la nostra casa i no tic cap dret per a fer-ho. Posi el pacte, posi`il, senior Notari”.

Cuando *la pubilla* fue a poner la firma, una lagrima cayó sobre el papel emborronando su nombre. Intentó secarla con su pañuelo; y entonces:

“Yo, anticipándome, le sujeté el brazo para impedirlo.

Perdoni, senior Notari, que le he tocat l’escritura.

No la toque, déjela que se seque: En las escrituras se contienen voliciones, quereres e intereses de las partes. En ésta, además, ese borrón no la mancha, la dignifica y enriquece, porque encierra también sus sentimientos.

“Algunos días después, mi compañero de Sort, Germán M. León Pina (...) me enviaba una xerocopia de la matriz, en la que aparecía el borrón, a la vez que me indicaba en una carta, que también como yo, sabía que no era una mancha, sino la huella de un sentimiento”.

Agradezco a esta Academia la ocasión, que me brinda, para reproducir estos “*esponsales notariales*” que condensan la esencia del derecho foral y que mi padre relataba a menudo, como pueden atestiguar mi hermano Miguel, notario de Getxo y Juan Ignacio Gomeza, en aquellas soleadas tardes de agosto en su tierra albaceteña, al socaire de la casa en la que conoció a mi madre, al pie de la Sierra de Chinchilla en un paraje tan lejano como distinto de las montañas pirenaicas y de aquella Cataluña en la que acabó sus días.

El diálogo entre el notario y la “*pubilla*” y el expresivo silencio de los padres, reemplazado por las escrituras —“*hablen cartas y callen barbas*”— nos permite entrever alguno de los temas que quería traer a su consideración: la importancia de la tradición y de las costumbres vividas, del sentimiento implícito en ellas, que prefigura la libertad en interés de la familia y, finalmente el riesgo de que este reducto del derecho civil puro, que son los derechos especiales y forales, termine por encerrar la libertad civil en leyes más o menos artificiales en manos de teóricos ayunos de práctica, y expuestos, como están, a políticas cortoplacistas, supeditadas a intereses entre mercantiles y públicos, no siempre acordes al interés general, que mejor que nadie encarna la libertad civil. Y hay que reconocer que ese riesgo amenaza sobre todo al Código civil, menos protegido frente a los

embates del derecho mercantil, cuyas señas de identidad originariamente privadas igualmente peligran. Un ejemplo reciente de estas inmisiones, la absurda inscripción facultativa de las sociedades civiles en el Registro Mercantil, por obra de la ley de creación y crecimiento de empresas.

Durán y Bas, al comparar las distintas legislaciones civiles existentes en España, decía de la castellana que poseía una base más germánica; pero agregaba con razón que en ella *“la organización de la familia y de la propiedad apenas se relacionan y en estas otras provincias se compenetran por medio de pactos nupciales y del derecho sucesorio. En Castilla, el subjetivismo del derecho queda aprisionado, no por fórmulas jurídicas como en el antiguo derecho romano, pero sí por preceptos que dejan a la libertad en angostas condiciones de expansión y de vida; en estas otras provincias la libertad jurídica puede desenvolverse con desahogo, revestida de confianza por leyes que no dudan ni del amor paterno, ni de la previsión de los contratantes”*.

Bien es cierto, que el futuro Código civil de 1889 no desatendió completamente este objetivo, si bien en su ya larga historia la injerencia judicial y administrativa seguiría lamentablemente un curso ascendente, que algunos veníamos criticando⁶; en este sentido, la reforma introducida por la Ley 8/2021 en relación a las personas con discapacidad para avalar su autonomía, su libertad de decidir, al tiempo que realza y rehabilita la confianza en la familia y las soluciones adoptadas en su seno, por encima de la intervención judicial en que se basaba el derecho derogado⁷.

⁶ Por mi parte: “Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia”. Ponencia en el Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado en Montreal, publicada en RDN 1986 y, asimismo, en unas jornadas en el monasterio de Leire, organizadas por la Asociación interdisciplinar de Derecho Público, en las que traté de la “influencia del Derecho público en el Derecho privado”, cuya versión escrita se halla incluida en el libro “Derecho Público, Derecho Privado”, coordinado por María Roca, pp. 81 y ss.

⁷ He tratado este tema en mi conferencia del pasado curso de la Academia Matritense del Notariado, “Reflexiones ... pendiente de publicación en los Anales.

Mores maiorum

Al igual que ocurrió en la España cristiana durante la Alta Edad Media, la antigua Roma se rigió por la costumbre de los primitivos pobladores, llamadas “*mores maiorum*”, las cuales, no casualmente, se correspondían con las propias de la aristocracia patricia traducidas en fórmulas, desconocidas para los plebeyos y no exentas de posibles manipulaciones. De ahí que finalmente estas costumbres se promulgaran mediante las XII Tablas. Escribía Cicerón⁸ que “*siempre se buscó un derecho igual para todos, porque, si no fuera así, no sería derecho. Si esto lo consigue un hombre justo y bueno, se contentaban con él; al no suceder siempre así, se inventaron las leyes, a fin de que hablaran con una sola e idéntica voz a todos*”.

De mores maiorum a bonos mores

El paso a la Ley de las antiguas costumbres permitió, según explica Ihering, la separación entre el derecho y la moral en dos cauces distintos, a pesar de que el secreto de la libertad reconocida en el derecho estriba en “*hacer por impulso propio lo que es moral y oportuno*”. Pero esto, tenía un riesgo, que era el mal uso de esa libertad jurídica. No era entonces un riesgo grave, sino menor dada la moralidad imperante, la de los antiguos “*mores maiorum*” en lo que no había sido codificado. Previsoramente, para evitar este posible riesgo se recurrió inicialmente al censor y solo cuando la relajación de costumbres sobrepasó sus posibilidades, aparecieron las restricciones legales. Merece la pena detenerse en las palabras del sabio alemán⁹:

⁸ “De officiis” II, 42.

⁹ “El espíritu del Derecho Romano”. Ed. Comares, p. 324: “*La gens jurídica, política abrazaba sin distinción toda la existencia moral y religiosa de sus miembros (parecidamente a la llamada por Le Play familia troncal). Cuando, gracias a la plebe, el derecho privado rompió los lazos del principio patricio de familia; cuando la igualdad de derecho hizo su irrupción con toda su fuerza, el equilibrio, encontró naturalmente un apoyo exterior en el lastre o contrapeso de la censura. No se había hecho más que transportar fuera del derecho el temperamento que hasta entonces se había encerrado en él.*”

Al igual que antes, “debió considerarse el matrimonio como sagrado, el padre abstenerse de tratar con crueldad a sus hijos y el propietario usar sus bienes con prudencia y con los miramientos debidos a la familia. Pero esta obligación no se dictaba como deber moral impuesto por el órgano público del censor, porque el derecho reconocía la libertad de hacer lo contrario. La extensión extraordinaria que se da a esta libertad prueba la gran confianza que ésta tenía en la propia moralidad. Basta echar una mirada a la censura para convencerse de que esa libertad, lejos de ser una prueba en favor de la indiferencia en materia moral, demuestra brillantemente el interés que el Estado tomaba por ésta. Si el Estado dejaba a la libertad jurídica un campo de acción tan vasto, es porque podía hacerlo, como lo confirma la vida de la antigüedad. Aquella época poseía fuerza moral bastante para usar de esta libertad con prudencia, teniendo el censor la autoridad necesaria para reprimir cualquier abuso por pequeño que fuese. Más tarde las restricciones legales produjeron ese resultado, caracterizando, los diferentes medios de que se valieron, para conseguirlo una y otra época”. Un ejemplo de esta evolución lo encontramos en el camino seguido por la libertad de testar.

El caso es que la generalización de los abusos, de los que dan cuenta Juvenal o Marcial, condujeron a las restricciones legales, a la transformación de los “mores maiorum” en “bonos mores” confiadas, no ya a la sociedad, sino a la ley.

Esta transformación la explica muy bien Biondi en su “Diritto Romano Cristiano”¹⁰: “En la jurisprudencia romana falta un término que corresponda a la palabra moderna moral o ética o a la griega Ethos. Los términos que generalmente se consideran correspondientes son: “bonos mores”, “aequum et bonum”, “honestas”, en contraposición a “turpitud” y a “turpis”. “En este sentido, Cicerón (de leg. 5,28) comprende en el “ius civile” “mores” y “aequitas”. De esta guisa, el “aequum et bonum” forma parte del “ius”, al lado de “lex”, “consuetudo”, “iudicatum” y “pactum”. Los “bonos mores” son la base del orde-

¹⁰ “Diritto Romano Cristiano”. II, 152 y ss, de quien tomo cuanto sigue sobre “bonos mores”.

namiento jurídico y de la vida romana. Tan es así que en D.45.1.35 la convención de hacer lo que en las leyes está prohibido se considera “*contra bonos mores*”. Esto es importante resaltarlo en atención a lo que después diremos respecto de la costumbre “*contra legem*”, por cuanto este pasaje de Paulo nos permite entrever que la fuerza prohibitiva de la Ley depende, sensu contrario, de que la propia ley no lesione las buenas costumbres.

En rigor, el concepto de “*mores*” incluye la moral en tanto se califican como “*bonos mores*” pero la moral no agota el campo de los mores. El concepto es mucho más amplio de lo que llamamos moral, tiene carácter político-social, de donde los preceptos impuestos por los mores devienen preceptos jurídicos.” Esto no quita, que en las buenas costumbres como el pacto del casamiento en casa exista, a veces, aspereza, lo advertía Séneca (4, 31,4), “*Etiam in bonis moribus aliquid existit asperitas: fecit humana natura ius duros animos, fecit ingratos fecit cupidos, fecit impíos*”. Las buenas costumbres no excluyen, pues, la aspereza, la ingratitud, la avaricia o la impiedad.

La influencia cristiana es claramente perceptible: “*bonos mores*” deviene un complemento de la ley que en cierto modo la condiciona; pero no enteramente, todavía subyace la advertencia de Paulo, “*non omne quod licet, honestum est*”. Los “*bonos mores*”, a veces, se manifiestan indiferentes respecto de la moral: la esclavitud, por ejemplo, se declara “*contra natura*”, pero no “*contra bonos mores*”; el maltrato del esclavo se reputa contrario a las buenas costumbres, pero no la esclavitud, que se mantiene en Bizancio por razones de utilidad para evitar, por un lado, la paralización económica y, por otro, que los propios esclavos murieran en el paro sin nada que llevarse a la boca. Ciertamente, se multiplican las manumisiones, pero la esclavitud, desde un punto de vista institucional, solo decae por la transformación del esclavo en siervo de la gleba, a causa del colonato, de que se valen los “*potentiores*” para la explotación de sus fincas y villas en las que se refugiarían lejos de las insalubres ciudades y de los impuestos, en lo que

fue un “*éxodo impío al campo*”, infructuosamente prohibido, por el emperador Arcadio en el 396, como explica brillantemente Ferdinand Lot¹¹.

La ley devenida costumbre

La caída del imperio de occidente no impidió que la ley romana continuara más o menos vigente; simplemente se convirtió en costumbre, sin que la gente tuviera conciencia de ello.

Se origina, entonces, la yuxtaposición de las costumbres romanas y bárbaras, rigiéndose cada pueblo por su ley personal, con el agravante de que dichas costumbres no estaban escritas, al menos las bárbaras. Mientras romanos y bárbaros se mantuvieron cada cual en su propio recinto legislativo la cosa no pasó a mayores; pero cuando se entremezclaron las relaciones jurídicas la incertidumbre subió de grado.

En España el Breviario de Alarico en el año 506 recogió el llamado por Brunner derecho romano vulgar, pero no existía un texto equivalente para los visigodos; por ello finalmente, la cuestión se resolvió mediante la implantación de un derecho territorial: el “*Liber Iudiciorum*” en el 654 de nuestra era. El Breviario, pese a su derogación en España, mantuvo su influjo en Borgoña y Provenza hasta el siglo XII.

Entre tanto, en Italia, de creer a Calasso¹², los escribas eran más proclives a la ley romana que a la longobarda. Liutprando en un Edicto dictado en el 727 intitulado “*De scribis*” trata de salir al paso y exige, a los notarios de entonces, que no escriban sus cartas en contra de la ley personal correspondiente, que se cercioren e interroguen a las partes, que si no

¹¹ “El Fin del Mundo Antiguo y el comienzo de la Edad Media”. “Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. Méjico 1956, pp. 111 y ss.

¹² Calasso aborda este tema primero en el “Medio Evo del Diritto”. Milan 1954, pp. 186 y ss. Y de forma más circunstanciada en el “Negozio giurídico” Milan 1959, pp. 86 y ss.

conocen el derecho aplicable se informen por terceros y, en su defecto, que no escriban la carta, so pena de pagar una compensación igual a la del asesinato de una persona libre. Pero, pese a la dureza inicial, se ve obligado a conceder que se aplique la ley consensuada por los otorgantes, sin que en ese caso la carta infrinja la ley, *“quia ambe partes voluntariae faciunt”*, quedando a salvo la responsabilidad de quienes las escribieran.

Esta capitular de Liutprando es muy interesante, por cuanto la voluntad de las partes se antepone a la Ley por esta vía indirecta. En los territorios longobardos los notarios insistirán todavía trescientos años después en consignar en sus cartas que estaban redactadas *“secundum legem”* u *“optimam legem”* y, en ocasiones, hasta transcriben casi literalmente el mencionado Edicto. Las cartas se acogen a la ley, pero uno tiene la impresión de que son los notarios los que se valen de ella para dotar de autonomía a sus documentos.

Dicho esto, aquel Edicto longobardo, aunque hablaba de leyes, en el fondo se refería a costumbres, que al no estar escritas obligaban al notario, que las desconociera a recurrir a terceras personas. Si se me permite la digresión, el conocimiento de las costumbres locales sería una de las razones por la que los testigos intervinientes en las cartas debían ser vecinos de la localidad.

En España, decíamos antes, la ley romana se vive como costumbre, con el resultado de que una y otra se confunden, como se desprende de las Etimologías (V, 3, 2-4):

“La Ley” es una disposición escrita. “Costumbre” es una práctica avalada por la antigüedad; es decir, viene a ser una ley no escrita. Por tanto, la costumbre es una especie de derecho instituido en la práctica y utilizado como ley cuando ésta no existe. Y no importa que una norma tenga su base en la escritura o solo en la razón, ya que la razón es lo que avala a cualquier ley. Pues bien, si toda ley tiene su fundamento en la razón, será ley todo lo que esté fundado en ella,

con tal de que esté de acuerdo con la religión, convenga a la doctrina y aproveche para la salvación. Se llama costumbre porque son de uso común.” El caso es que seguramente, por entonces, de uso más común que las leyes”.

Vemos, pues, que según San Isidoro la razón es una para la ley y para la costumbre.

El imperio de la costumbre

Pero la razón, donde no existe poder legislativo, es a menudo la del más fuerte. La teoría de la costumbre como nacida del consentimiento del pueblo¹³ o fruto del “*tacitus consensus populi*”¹⁴ pudo tener sentido entre los ciudadanos romanos, pero la ficción que encierra este planteamiento se torna dramática en la Alta Edad Media en una sociedad estamental, más o menos jerárquica, y muy compartimentada, hasta en siete ordenes sociales, de seguir a Salvador Moxó¹⁵: magnates, infanzones, caballeros villanos, cultivadores de sus tierras, cultivadores libres de las ajenas, hombres de behetría y siervos de la gleba o payeses de remensa o villanos solariegos. Entiende este autor que en la península existió una sociedad feudal, si se toman por sus rasgos esenciales, la comarcalización del poder y el surgimiento de autoridades intermedias que quiebran la relación directa del monarca con sus súbditos, aunque no se llegue a producir, como requería la historiografía clásica, una fusión inseparable entre vasallaje y beneficio¹⁶.

El feudalismo fue, en sí mismo, una institución consuetudinaria, generadora de usos y costumbres. En aquellos tiempos era literalmente cierta

¹³ Juliano D. 1.3, 32.

¹⁴ Hermogeniano D.1.3, 35.

¹⁵ “Repoblación y sociedad en la España cristiana medieval”. Ediciones Rialp, 1979, pp. 126 y ss.

¹⁶ *Op. cit.*, supra, p. 139.

la observación de Modestino (D.1. 3,11), “*todo el derecho o lo estableció el consentimiento o lo instituyó la necesidad o le dio fuerza la costumbre*”. El derecho provenía, en efecto, del pacto o de la costumbre o de la fuerza. Y es que, la costumbre no es ya fruto de un tácito consenso, sino que a menudo proviene de su imposición por los magnates de turno o de una decisión, más o menos condicionada del juez, “*fazaña*” u “*observancia*”, sin descartar su escrituración por “*fuero de albedrío*”, impulsada por los propios aforados y, en algún caso, pactada, al estilo del Fuero General de Vizcaya, con el señor. El riesgo de los malos usos era, en cualquier caso, notable¹⁷.

Los malos usos nos hablan de una época dura y ominosa, como revela, por ejemplo, la salomónica partición por mitad del hijo impar del siervo solariego, en Navarra entre el representante real y el señor solariego o en Aragón entre los hijos del señor¹⁸; o, igualmente, la controvertida “*firma de spoli*, prohibida en Cataluña por una sentencia arbitral de Fernando el

¹⁷ Calasso en el “y quienes, como consejeros del conde, habían de encontrar sentencia (*‘invenire sententiam’*) “*que les pareciera recta (ut rectum visut fuerit)*”. Cumplían los escabinos la función de fijar la costumbre de una manera recta. No muy diferente cosa hizo los vizcaínos para fijar por primera vez sus costumbres por escrito, recurrir a hombres prudentes

¹⁸ En el Capítulo XVII Libro II Título IV de la versión manuscrita del fuero de Navarra se regula el repartimiento de los hijos del *villano solariego* entre el “*seinal*”, el rico hombre que tuviese en honor el pueblo por el rey, y el señor solariego: el mayor para el primero y el siguiente para el segundo. Pero en el caso de los hijos impares, se previene que “*el seinal prenga la pierna diestra et el señor solariego la pierna siniestra y partan por medio todo el cuerpo con la cabeza. Si alguno de ellos digere, dar vos e ferme del cuerpo no debe partir; sabida cosa es que todo villano solariego la diestra part del cuerpo de la seina, et la siniestra part del solariego...*”.

Este uso desapareció del texto impreso y no se tienen noticias de que fuera aplicado según nos cuentan Marichalar y Manrique (Historia de la legislación, Recitaciones de Del Derecho civil de España, Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, p. 172) aunque, en su opinión, da testimonio de una época en la que sobre dichos villanos solariegos el señor disponía de un derecho de vida y muerte. Apuntan, igualmente, estos autores a su conexión con el tratamiento de los hijos de los “*collazos*” en Aragón, mencionados por Vidal Canellas. que refieren algunos antiguos escritores, que podían ser divididos por la espada para repartirlos entre los hijos del señor solariego. La verdad es que cuesta creer

Católico y que, en la autorizada opinión de don Francisco Cárdenas¹⁹, aun en el caso de ser un laudemio, como creía el notario y jurisconsulto Solsona, debió cumplir la función de sustituir o excluir el llamado derecho de pernada, introducido en el Principado “*more francorum*”.

que semejante práctica tuviera lugar. Obsérvese la analogía con el juicio de Salomón, que permite entrever el propósito de que se pongan de acuerdo sobre el hijo impar o en caso aragonés entre los hijos de señor solariego. Lo que si revelan estos usos es la proximidad de la servidumbre con la esclavitud.

¹⁹ Este mal uso figura entre los suprimidos en Cataluña por Fernando el Católico en una sentencia arbitral de 21 de abril de 1486 donde, después de calificar de pecaminosos e intolerables los malos usos, declara abolidos, aunque conmutados por una reducida pensión a pagar por los payeses de remensa; los malos usos suprimidos fueron: la remensa personal, intestetia, cugucia, xorquia, arcia y firma de spoli. En la cláusula novena de dicha sentencia insiste el rey católico en negar que se puedan tomar como nodriza,s en contra de su voluntad, a las mujeres de dichos payeses y que “*pugan la primera nit que lo pages pren muller, dormir amb ella, o en seyal de seyloria la nit de las bodas, apres que la muller sea colgada a lo lit passa sobre aquel sobre la dita muller*”.

La veracidad de este mal uso, el llamado derecho de pernada, se suele negar actualmente, en el sentido de que pudo haber abusos, pero no un mal uso que otorgara semejante derecho. No obstante, los argumentos de Cárdenas son considerables, cuando sostiene que dicho uso corresponde a la “*firma de spoli*”, por más que el notario y gran jurisconsulto Solsona lo considerase un laudemio a cargo del siervo, que quisiera garantizar la dote de su mujer con el predio. El ilustre historiador pensaba que este laudemio fue la contraprestación por la eliminación de aquel derecho. En todo caso, a título de curiosidad cita la investigación de un notario D.N. Tomaso, que halló en el archivo del ducado de Cardona un proceso a instancias de un señor, a quien el payés había negado que pasara por el lecho de su esposa, en virtud de mal uso llamado firma de spoli forzada; y dice Cárdenas literalmente que “*el docto jurisconsulto Don Felix María Falguera me ha asegurado haber visto casualmente hace ya años este proceso, añadiendo que el payés fue condenado, aunque no recuerda ahora por los muchos años transcurridos desde que vio el documento, si la condena al vasallo consistió en permitir al señor el ejercicio de aquel derecho o una pena por haberlo resistido*”.

Véase: “Estudios Jurídicos”, Biblioteca judicial. Madrid 1884. TII. “Los derechos del señor”, p. 117 y ss. Publicado por primera vez en la revista de la universidad, n° 4 correspondiente al mes de abril de 1874.

Pero también existieron buenos usos como los resultantes del pacto previsto en la *“ley Dum cuiuscumque”* (*Liber. 4.2, 16*), que permitió la preservación e instauración de la sociedad de gananciales, de la mano de los formularios notariales, como explica Prieto Bancos²⁰, por referencia a la fórmula XX visigótica; y, del mismo modo curiosamente, la aparición del régimen de separación de bienes en Cataluña, merced a la reinterpretación de aquella costumbre inicial, al establecerse cautelarmente la práctica de ligar dicha comunidad a la adquisición conjunta por los consortes, con el fin de evitar tentaciones de exclusividad, de donde andando el tiempo ocurrió que lo adquirido individualmente dejó de ser común, como explica Lalinde²¹.

Otro ejemplo de buenos usos es el quinto a favor del alma, punto en el que seguiré a Juan Ignacio Gomeza²². Esta institución, que remonta a la *“Ley Dum illicita”*, origen de la mejora castellana, reproducida en el Fuero Juzgo, pasaría igualmente al Fuero Viejo y a las Leyes de Toro, pero, además aparece también en Vizcaya en el Fuero Viejo de las Encartaciones de 1394 en su ley 33, que, al regular el usufructo universal, genuino

²⁰ “Los notarios en la historia de la sociedad de gananciales”. AAMN, t. IX.

De esta interesantísima conferencia se desprende, si no me equivoco, que el pacto se impuso sobre el sistema legal, en aras de una mayor equidad y compenetración entre los esposos, que con bellas palabras recoge la fórmula XX de las visigóticas, descubiertas en Oviedo, aunque probablemente procedentes de un notario cordobés del siglo VII, que se hace eco de la *“aequalitas christiana”* a modo de justificación: *“dispare sexus membra efficiamur in unum/ Quidquid intra vel extra nunc corpore cuncto/ Nos in iure titulis ex multis habere. Amplius Christi deberit quod gratia nobis/”*. Y este es con toda probabilidad el origen de nuestra sociedad de gananciales.

²¹ “Los pactos matrimoniales catalanes”. AHDE, n.º 33, pp. 133 y ss.

Del pacto o del uso contrario a la expresada práctica cautelar derivan los regímenes de comunidad subsistentes en determinadas comarcas catalanas como *“el pacte de convenença”* *“el pacte de mig per mig”* *“la asociació de compres e millores”* y las costumbres gerundenses.

²² “Limitaciones sucesorias (reservas y reversiones), pp. 225-226.

antecedente del Alkar Poderoso, imponía a la muerte del usufructuario la obligación de que “*queden los tales bienes así mandados, para sus hijos o nietos legítimos, excepto el quinto, que de tal quinto de sus bienes puede el testador lo que quisiere y mandarlo a quien quisiere o por su alma allende de tal usufructo*”. Igualmente, se recoge en el número 125 del Fuero Viejo como costumbre existente y en la ley 18 del título XX del Fuero Nuevo.

Concluye el autor, que la subsistencia de este quinto ha sido esencial, pues no operaba frente a estas causas piadosas la prohibición de disponer de los bienes troncales, lo que dio lugar al florecimiento de las múltiples fundaciones que pueblan Vizcaya. De ahí su fundada crítica del artículo 24 de la Ley de 1992 que decretaba la nulidad de la disposición gratuita de bienes troncales a personas distintas de los parientes tronqueros; cosa que no habían hecho ni el Fuero Viejo ni el Nuevo ni la Compilación, que solo opusieron a tales donaciones la saca foral y que gracias a ello se llevaban a cabo con el consentimiento de los tronqueros. La Ley vigente de 2015, al sustituir la nulidad por la anulabilidad, ha sabido corregir el rumbo para posibilitar aquella vieja práctica; muy vieja por cuanto enlaza con la “*la laudatio parentum*” extendidísima en la época medieval y muy certeramente estudiada por Braga da Cruz.

El control ético de la costumbre

El comportamiento ético de la costumbre preocupará sobremanera a la Iglesia, con el fin de erradicar los usos inmorales. Esto traerá consigo una visión paulatinamente desfavorable de la costumbre en beneficio de la Ley, pues según el Fuero Juzgo de ella nacen las buenas costumbres. Su influencia se intuye igualmente en el prólogo del Fuero Real: “*Entendido que la mayor partida de nuestros reinos no hubieron fuero hasta nuestro tiempo y juzgáronse por fazañas o por albedríos de los hombres e por usos desaiguados sin derecho*”.

El Derecho Canónico establecerá como referente de validez la concordancia con la moral, que en su caso viene a coincidir con el Derecho Natural, sin perjuicio de impulsar en la práctica la fijación por escrito de tales usos y su aprobación por el príncipe.

Constantino había dicho de manera oscurísima que la costumbre no podía vencer a la razón o a la ley (“*rationem aut legem*”). También San Isidoro, como hemos visto, supeditaba toda ley, incluida la costumbre, a la razón.

Pero, ¿qué cosa es la razón? Los romanos no la determinaron, al contrario que la Iglesia, que tenía una idea clarísima, como apunta Calasso²³: “*ratio*” es igual a “*veritas*” y la verdad es la norma divina. Tertuliano sentenció que Cristo dijo “*Ego sum veritas*” no “*Ego sunt consuetudo*.” Las “*Exceptionnes Petri*”, por su parte, adulteran hábilmente el Digesto, al imputarle la supuesta exigencia de “*longui temporis usu approbata*” como condición para igualarla con la ley escrita. Pero, el texto de Hermogeniano (D.1.3,35) solo habla de “*longa consuetudine*”, en ningún momento de “*longui temporis*”, locución que se extrae gratuitamente de la prescripción. Tampoco hablaba el Digesto —si se me permite— de “*usu approbata*” sino de “*larga consuetudine comprobata*”, no aprobada sino comprobada, que no es lo mismo, pues como explica Paulo en el paso inmediato, equivale a probada (“*id tantum probatum est*”), esto es demostrada.

Esta misma doctrina pasará, sin embargo, a las Partidas 1.2.5, que requieren el uso durante diez o veinte años; la glosa de esta ley dice que, estando siempre presente el pueblo, deben bastar diez años, pues no procede aplicar el plazo de la prescripción entre ausentes. También requieren las Partidas la aprobación tácita del señor, que tenga conocimiento de ella y no la contradiga, y que la costumbre sea, además probada. Exigen, por supuesto, que corresponda “*a derecha razón*” y no sea contraria a la ley divina, natural o de interés procomunal.

²³ “Medio Evo dell Diritto”, pp. 202 y ss.

La fijación escrita de la costumbre y su aprobación

La verdad es que una serie de factores diversos aconsejarán plasmar la costumbre en una verdadera carta o instrumento público; la carta podía ser de concesión real como el Fuero de Logroño, dado a Vitoria y las villas, o el Fuero de San Sebastián, pero también podía expresar un pacto con el señor respecto del contenido de las viejas costumbres, como ocurriera con el Fuero Viejo y Fuero Nuevo de Vizcaya. En ambos tipos de fueros el rey o señor solía confirmarlos, pero esa aprobación no era una promulgación, solo expresaba las obligaciones asumidas por el señor.

En el caso de los fueros otorgados unilateralmente por el señor, en teoría su juramento proporcionaba una garantía, la de atenerse al fuero y cumplirlo. Lo mismo ocurría con los fueros de albedrío de origen popular, pero con un matiz esencial, expresaban un pacto recíproco, que en caso de infracción por el señor daba lugar a la desvinculación de sus compromisos para con él por parte de los vecinos, al menos esto era claramente así en el caso de Vizcaya.

En efecto, según Marichalar y Manrique²⁴, los vizcaínos resolvieron trasladar sus viejos fueros a escritura pública; y eso mismo ocurrió con el Fuero Nuevo otorgado por los representantes de los aforados y el corregidor ante los escribanos Iñigo Urtiz de Ibarguen y Martín de Bassaraz.

El Fuero Viejo fue jurado por Juan II y seguidamente por Isabel la católica ya en 1473 y tres años después por su esposo Fernando en la Iglesia de Santa María de Guernica y “*so el árbol de Guernica*”. Merece la pena detenerse en lo que le dijeron los vizcaínos al rey sentado en la piedra debajo del árbol, según la transcripción, que tomo de Marichalar y Manrique²⁵:

²⁴ “Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho civil de España”. Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava”. Madrid, 1968.

²⁵ Marichalar y Manrique, *op. cit.*, p. 309.

“Que por quanto ellos avían y han de fuero y de uso e de costumbre loada y aprobada de diez, veinte y treinta, cincuenta y ochenta y ciento años a esta parte, y más tiempo, en tanto tiempo que memoria de hombres no es en contrario, que quando viene nuevamente señor en el dicho condado de Vizcaya a recibir el señorío della, el tal señor les ha de fazer juramento en ciertos lugares acostumbrados del dicho condado, de les confirmar y guardar todos sus fueros y privilegios, buenos usos y buenas costumbres e franquezas, libertades, mercedes, tierras y lanzas, acostamientos y privilegios”.

Aquellos vizcaínos conocían las Partidas pues cumplían los plazos de prescripción, que, al igual que las “*Excepciones Petri*”, aquéllas habían trasladado a la costumbre: los diez años para presentes, los veinte, para ausentes, los cincuenta para superar los cuarenta que se requerían por los canonistas para la costumbre contra ley y, por último, la prescripción inmemorial que ambos derechos requerían en lo que atañe a las cosas reservadas al príncipe “*tanto tiempo que memoria de hombres no es en contrario*”; costumbre por el mismo tiempo “*loada y aprobada*” y jurada por los señores de Vizcaya. Y buenas costumbres no contrarias ni a Dios ni al Derecho Natural. De este modo, el Fuero General resulta valedero, aún en la hipótesis de incluir costumbre contraria a las leyes del Reino, pues ocupa el primer lugar en el sistema de fuentes, anteponiéndose a cualquier legislación castellana.

El juramento implicaba una obligación personal para el señor; por ello, el Fuero General prevenía que se hubieran de jurar —tanto dicho fuero como los de las villas— de forma sucesiva por cada señor. Los fueros eran normas consuetudinarias, sobre las que, en este caso, se superponía un pacto que cada señor renovaba; de esa renovación no dependía la vigencia de los fueros, que regían por su condición consuetudinaria, sino el compromiso de cumplirlos por parte del señor, con la advertencia de que, en caso de omitir su juramento, los vizcaínos no le responderían ni le pagarían sus derechos censales, al tiempo que sus mandamientos

y provisiones solo serían obedecidos, pero no cumplidos. Esta fórmula, exquisitamente jurídica, era la que se aplicaba, igualmente, a las cartas desaforadas, es decir a las disposiciones contrarias al Fuero, que serían obedecidas, pero no cumplidas, porque, si se me equivoco, carecían de la fuerza de obligar y no eran ejecutivas.

La costumbre y la equidad

La redacción escrita de las costumbres representa un cambio de paradigma, ya que con ella se depuraban las buenas costumbres, libertades y franquezas. Pasa, entonces, a ocupar un primer plano su correspondencia con “*bonum et aequum*, es decir con la equidad, pero ¿qué es la *aequitas*”?

En este punto cobraron ventaja los canonistas, a cuyo entender, explica Calasso²⁶, “*aequitas es igual a Dios*”. La equidad coincide, pues, con el Derecho Natural. Sin embargo, esta conclusión al principio indisputable encuentra una cierta reacción por parte de los civilistas frente al poder expansivo del Derecho Canónico en persecución del pecado. Odofredo protesta por la intromisión de papa “*dominus papa ratione peccati intronitit se in ómnibus*” y lo mismo Cino de Pistoia ante la invasión jurisdiccional, “*Ecclesia sibi ursupavit ratione peccati totum iurisdictionem*”. Finalmente, Accursio pondrá de manifiesto la separación de jurisdicciones: “*Nec papa in temporalibus, nec imperator in spiritualibus se debeat inmiscere*”²⁷.

El caso es que el libro II del Digesto inaugura el título XIV con un paso de Ulpiano que reconduce el cumplimiento de los pactos a la “*aequitas naturalis*”. Se produce de alguna manera una tripartición: “*aequitas canonica, aequitas naturalis, aequitas mercatoria*” si bien todas confluyen en la idea de fidelidad o de atenerse a lo pactado.

²⁶ “Medio Evo...”, *op. cit.*, p. 336.

²⁷ *Cit.* de Calasso en el “Medio Evo del Diritto”, pp. 485-486.

Ahora bien, abstracción hecha de cual sea la adjetivación de la “*aequitas*”, ¿qué hacer si el *ius* se opone a la *aequitas*?

Esta cuestión la ha tratado Juan Vallet²⁸ en el segundo tomo de su Metodología de la Determinación del Derecho, a la que es obligado remitirse. De forma muy sintética podemos, sin embargo, sentar las siguientes conclusiones:

La opinión dominante, con la excepción de Martinus Gosia, apeló a una Constitución existente el “*Codex*” (C1.14,1) por la que el emperador se reservaba la solución de la controversia.

Ahora bien, cuando la controversia se producía entre dos normas escritas, la posición preponderante era favorecer la interpretación en pro de la “*ratio aequitatis*” y en contra del “*ius strictum*”.

Finalmente, quedaba el tema de las lagunas legales. En este punto, una celebre Decretal de Honorio III (1226-1227) permitió al juez servirse de la equidad, a falta de norma escrita.

En todo caso, escribe Vallet²⁹, para los glosadores la equidad se observaba de conformidad a la naturaleza de las cosas. Ya Irnerio había dicho “*aequitas enim in ipsis rebus percipitur*” y Placentino “*Aequitas est rerum convenientia, que in paribus causis paria iura desiderat, et omnia bene coequiparat: Dicitur aequitas quasi aequalitas et vertitur in rebus, idest in dictus vel factus hominum*” y también Cino “*aequitas est rerum convenientia*”, añadiendo después, “*quod iustitia respicit animam et aequitas re ipsa*”.

²⁸ “Metodología de la determinación del Derecho” II, p. 1474 y ss.

²⁹ “Metodología de la determinación del Derecho” II, p. 1482.

Naturalem sensum o buen sentido

Esta misma orientación seguirían algunos derechos territoriales, así la Compilación de Huesca de 1247 “*Ubi fori non sufficiunt ad naturalem sensum vel aequitatem recurrentur*” y agrega Vallet la versión romance: “*e por si ventura en alguna cosa el fuero no abastase que fuere juzgado por naturales sesos de buenos homes y leales*”. En igual caso, las Costums de Valencia, “*ad naturalem rationem et aequitatem iudicantes possunt*”.

No se alude en esta Compilación al Derecho común, que su redactor Vidal Cañellas bien conocía, quizá por prudencia, pero como señala Sánchez Arcilla³⁰, todos los juristas de la época entendían que “*naturalem sensum vel aequitatem*” entrañaba una llamada al Derecho común. Cuando en 1264 los nobles aragoneses protestaron por la aplicación del derecho romano en los juicios, Jaime I contestó que la utilización del “*ius commune*” se fundaba en el “*naturalem sensum vel aequitatem*”. Se trataba de una vía indirecta, pero al no haberse explicitado, no se puede considerar desajustada, la caustica determinación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1884, a cuyo tenor: “*El Digesto no tiene autoridad legal en Aragón*”.

Es muy importante esta cuestión porque explica la identificación entre equidad y sentido común que dará lugar a la aplicación del Derecho Romano no “*ratione imperi*” sino “*imperio rationis*”.

Vallet recuerda en otro lugar de su obra el “*usatge 81 iuditia curia*”, según parece del siglo XII, y a cuyo tenor se juzgará conforme a los usatges y, si no bastaren, con arreglo a las leyes y al arbitrio del príncipe. Pues bien, Jaime II suprimió en una Constitución de las Cortes de Barcelona en 1251 el arbitrio del príncipe por “*sensum naturale o seny*”. Y en 1409 Martí el Humano, a propuesta de las Cortes de Barcelona, dispuso que en defecto del derecho de la tierra se juzgará “*dret comú, aequitat y bona rahó*”.

³⁰ “Manual de Historia del Derecho”. Madrid, 2004, p. 259.

En Navarra, sigue Sanchez Arcilla, el derecho era muy rudimentario e incompleto. Durante mucho tiempo, las lagunas se subsanaban bien acudiendo al derecho aragonés, bien generando nuevas costumbres. Es posible que por la vía notarial y procesal se fuera lentamente romanizando la vida jurídica navarra por obra de letrados y prácticos.

La incorporación de Navarra a la Corona de Castilla en 1512 suscitó problemas, pues se intentó que el derecho castellano se introdujera en Navarra, como auténtico derecho común o derecho supletorio de todo el reino. Finalmente, las Cortes de Pamplona de 1576 zanjaron la tensión disponiendo que en defecto del Fuero General se juzgarían los pleitos por el “*ius commune*”.

El Derecho romano vino así a complementar todas estas legislaciones, incluida la de Castilla, de la mano de las Partidas, que sufrieron, como es sabido, el consiguiente rechazo, por lo que su vigencia hubo de esperar al Ordenamiento de Alcalá de 1348.

Por tanto, de alguna manera, existía una cierta correspondencia en este punto en los distintos territorios hispánicos. Séame permitido traer aquí las palabras de Félix María Falguera³¹ en su segunda conferencia en el Ateneo barcelonés, se preguntaba: “*Puesto que las leyes de Partida no son leyes en este territorio, ¿por qué las citamos con tanta frecuencia? (...) El señor Oliver nos increpa por ello, y en esto funda un grave cargo contra nuestro derecho, tachándole de confuso e incierto, porque pronto acudimos para suplir los Usajes y Constituciones a las leyes romanas como a las de Partidas*”. Reconoce Falguera, que “*yo he incurrido en esta falta*” y explica: “*Los letrados catalanes tienen la costumbre de citar las leyes de Partida, sabiendo que aquí no rigen, porque son iguales a las romanas, porque están sacadas de ellas, y el aprecio que ha adquirido en Cataluña el derecho romano hace que se le busque en todos los parajes en que se encuentra, como para reforzarlo, para darle cuerpo y en prueba de que esta es la verdadera causa de la abundancia*”.

³¹ “Conferencias de derecho catalán”. *Cit.* Segunda conferencia.

*de citas de leyes de Partida, nótese que nunca las citamos solas, sino acompañadas de las romanas correspondientes. Lo que nos proponemos con esto es duplicar la cita, creyendo que, si una ley romana tiene fuerza como a uno, acompañada de su relativa del Código alfonsino la tendrá como a dos, y acaso como a tres por estar más vulgarizado este Código en los Tribunales españoles a quienes nos dirigimos”. Y concluye: “El señor Oliver no nos ha comprendido. Nosotros nos comprendemos sin hablarnos. Yo sé porque se citan las leyes de Partida y no lo he preguntado a nadie. Citamos las leyes de Partida porque nos interesan, porque nos gustan, porque forman un duplicado del derecho que nos rige que merece todas nuestras afecciones y todas nuestras simpatías; no citamos las leyes de Toro, no citamos las Recopiladas anteriores al decreto de nueva planta; esto, si alguno lo hiciera, sería un delito de lesa derecho catalán”. Este Bienvenido Oliver no comprendía muchas cosas ni siquiera, pese a ser subdirector de los Registros, la esencia de la Ley Hipotecaria, que radica en el título inscrito, razón por la que escribía su añorada inscripción sustantiva “*more germánico*” en mayúsculas y reservaba las minúsculas para la inscripción prevista en nuestra Ley; pero esto es otra historia.*

La costumbre contra *legem*

El Derecho Romano procuraba un suelo más o menos común, pero su misma evolución no permitía resolver con claridad el papel del príncipe o de las leyes a él vinculadas y el valor de las costumbres. Es aquí donde se produce una bifurcación fundamental entre aquellos territorios que anteponen sus libertades y costumbres y la legislación castellana que los supedita al príncipe y por consiguiente a las leyes. El punto máximo de tensión se percibe en el tratamiento de la costumbre contraria a la ley. Por un lado, los Reinos de Aragón, Valencia, Navarra, Mallorca, el Principado de Cataluña y el Señorío de Vizcaya y, por otro, las Partidas.

Todos aquellos territorios partían de la primacía del pacto, de las conveniencas, cartas o paramientos y, tras ellos, privilegios, inmunidades, y los

buenos usos y costumbres. Respecto de estas últimas destaca Vallet³²: “El *usatge una quaque gens; en Aragón el fuero “de iis quae dominus rex; en Navarra la divisa de los infanzones de Obanos “Pro libertate patria gens libera etate; en Vizcaya el apotegma “herrick bere legea ,etxetbere aztura”. En 1283 Pedro el Grande en Barcelona respecto del Principado catana, y en Zaragoza para el Reino de Aragón —convino con las respectivas cortes— “el respeto de las libertades, franquicias, costumbres, buenos usos y de todos los privilegios aplicados en tiempos de su padre, el rey Jaime. Respeto ratificado por diversos soberanos y, especialmente en Cataluña por Jaime II en las cortes de Barcelona de 1299; en Aragón en el fuero antes citado, por Pedro el Ceremonioso 1348; para Navarra por los reyes Teobaldo II, en 1252, y Carlos el Noble, en 1417. Todos estos reconocimientos fueron reforzados por juramentos y con la exigencia de que sus sucesores en la monarquía los reiteraran antes de posesionarse del reino.” Este procedimiento es muy parecido al que se seguía y seguiría en Vizcaya en 1452 y 1526, con la diferencia, que estos últimos reconocimientos se realizaron por los reyes de Castilla, en su caso Fernando el Católico como consorte, y por Carlos I, de modo que se antepusieron expresamente a la legislación castellana.*

Las Partidas (P.1.2.5.)³³, antes lo decíamos, siguieron la línea de las *“Exceptiones Petri”* en el sentido de equiparar la costumbre con la pres-

³² “Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho”, II, p. 522.

³³ P.1.2.5, “*Quien puede poner costumbre, e de qué manera*”: “E tal pueblo como este, o la mayor partida del, si usaren diez o veinte años a fazer alguna cosa, como en manera de costumbre, sabiéndolo en Señor, e no contradiciendo e teniendo por bien, puedenla fazer, e debe ser tenida e guadaada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejaramente dos juicios por ella de homes sabidores, e entendidos de juzgar, o no habiendo gelas controle, eso mismo sería cuando contra tal costumbre en el tiempo sobredicho, alguno pusiese demanda o su querella o dixese que no era costumbre que debiese valer , e el juzgador ante quien acaesciese tal contienda, oídas las razones de ambas partes juzgase sque era costumbre de todo en todo. . . E otrosi decimos que la costumbre que el pueblo quiere poner, e usar de ella, debe ser con precisa razón, e no contra Ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra ley procomunal de toda la tierra, del lugar do se fase, e debenla poner con gran consejo e non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho e razón, e pro; cas si de otra guisa la pusieren, no serái buena costumbre, mas dañamiento de ellos e de toda la justicia”.

cripción, a la par que quedaba supeditada al tácito consentimiento del príncipe y a su justificación por “*precisa razón*; es decir, que no fuera contra la Ley Divina ni el Derecho Natural ni ley procomunal; y todo ello bajo la condición de resultar acreditada. La costumbre —agregaban en la ley siguiente— solo “*puede tirar las leyes antiguas, que fuesen fechas antes que ellas, pues que el rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobredicho es, o mayor*”. En su Glosa Gregorio López consideró que no puede el pueblo desusar una ley sin conocimiento del príncipe, salvo si se tratara de costumbre inmemorial.

El imperio de las leyes

El criterio de las Partidas se radicalizaría en el siglo de las luces. Surge, entonces, lo que Jean Carbonnier³⁴ denominó “*la pasión por las leyes*”, ya que:

“Legislar es un placer de una especie mucho más exquisita que mandar. No es la realidad grosera que el amo lanza al esclavo o el jefe al soldado, imperativo inmediato y sin futuro. No. Es la ley, la orden sin rostro que quiere ser universal y eterna, a ejemplo de la divinidad e igual a ella. La orden lanzada en el espacio y en el tiempo, que va al encuentro de una masa anónima y de invisibles generaciones.

Se puede pensar que existe una pasión por legislar, una pasión por las leyes, que no se confunde en absoluto con la banal sed de poder, ni incluso con el más sincero goce que se puede sentir al hacer testamento. Es un fenómeno de psicología jurídica, que es indisolublemente psicología social y colectiva, pues el legislador es un hombre, es también la expresión de una sociedad”.

La transición de un régimen feudal, básicamente consuetudinario, a un sistema liberal solo podía hacerse por medio de la Ley. Ciertamente, esto era así en la esfera política, pero trasladado este principio, que se llamó filosófico, a la esfera civil, la ley se presenta como una restricción de la

³⁴ “Estudios sobre las leyes”. Ed. Civitas, pp. 184 y ss.

libertad preexistente. Parece, entonces, como si todo hubiera de ceder a la proclamada “*santidad de las leyes*”; concepto que utiliza Portalis al presentar el proyecto de Código civil francés para explicar que no puedan derogarse por convenciones particulares las que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

En su opinión, las convenciones contrarias al orden público “*deben desaparecer ante la santidad de las leyes*”. *La conservación del orden público en una nación cualquiera es la ley suprema y dar firmeza a las convenciones contrarias sería colocar la voluntad particular sobre la voluntad general, sería disolver el Estado*. En lo que atañe a las buenas costumbres, su opinión es muy interesante: “*Las buenas costumbres pueden y deben suplir las buenas leyes, siendo como son ellas el verdadero cimiento del edificio social, y todo lo que las ataca, ataca también las leyes mismas, si pudiera faltarse a la moral pública por las convenciones que celebran entre si los individuos...*”.

La santidad de las leyes encuentra su fundamento en el hecho de que son ellas las que definen el orden y la moral; definen su propia “*ratio*”, lo que es “*bonum et aequum*”, sin recibir su santidad, como antiguamente, del Derecho Natural; las leyes, desligadas de ataduras religiosas, son, sin embargo, sagradas, pues provienen de la diosa razón, sin otro sacramento que el bautizo o promulgación.

Pero, al igual que antes con la “*ratio*” y la “*aequitas*” ¿Quién define el orden y la moral públicas? Al final, el propio legislador, la costumbre desaparece como norma y no hay, por supuesto, ninguna llamada al “*sensum naturalem*” ni a la buena razón, la ley está dotada de racionalidad intrínseca, sin necesidad, por tanto, de mitificar al legislador, al modo de Rousseau en el contrato social: “*El alma grande del legislador es el verdadero milagro que prueba su misión*”. En fin, a pesar de todo, *no se puede ni se debe ir en contra las leyes, son esenciales y, en el peor de los casos, ironiza Carbonnier,*

un mal necesario³⁵; aunque sería deseable que el legislador fuera razonable y, por consiguiente, se redujeran al mínimo indispensable, si bien esto último, que, efectivamente, parece un milagro, es ya otra cuestión.

La codificación francesa inspiraría el Proyecto de García Goyena de 1851, que negaba se pudiera invocar contra la observancia de las leyes el desuso o en la práctica por antiguas y universales que fueran. El Código civil reiterará que “*las leyes solo se derogan por otras posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, la costumbre o la práctica en contrario*”. El artículo 4 añadía: “*Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo que la propia ley ordene su validez*”. Y el artículo 6: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar...*”.

Empero la actual redacción del artículo 2 se limita a declarar que “*Las leyes solo se derogan por otras posteriores*”. No menciona el desuso ni la práctica en contrario. El artículo 1-3 señala que: “*La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada*”. Y el artículo 6-3: “*Los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

Se puede mantener a la vista de estos preceptos lo siguiente:

PRIMERO: una cosa es la derogación de la ley y otra su inobservancia consustancial al desuso. La ley desusada conserva su fuerza, aunque sea latente y puede revivir ante los tribunales, a diferencia de la ley derogada, que no resucita en ningún caso.

SEGUNDO: La práctica contraria, si aplicamos el artículo 6-3 del Código civil, será válida si la ley es dispositiva y, aun si es imperativa, en aquellos casos en que ella misma prevenga un efecto distinto de la nulidad. Hay aquí una diferencia sustancial con la anterior regulación del artículo 4 del Código civil. Le falta al Código civil la disposición que sabiamente

³⁵ ¿Es la ley un mal en sí misma? “En Estudios Jurídicos”, *cit.*, pp. 243 y ss.

se contiene en el artículo 4 de la Ley de Derecho Civil Vasco, que bajo el rótulo de “*libertad civil*” precisa que las leyes se presumen dispositivas. Se trata de un acierto, digno del mayor elogio.

TERCERO: El artículo 6-2 admite “*la exclusión voluntaria de la ley aplicable*” siempre que no sea contraria al interés u orden público o perjudique a terceros. De donde, solo serían imperativas las leyes vinculadas al orden público.

CUARTO: Si cabe la exclusión voluntaria de la ley aplicable mediante pacto, ¿no habrá que aceptar igualmente la exclusión consuetudinaria? La respuesta negativa se basaría, en este caso, en que dicha costumbre contra ley dispositiva no tiene fuerza de obligar si no es consentida. Pero, la práctica en contrario puede ser generalizada, mediante cláusulas de estilo, que, a diferencia de la primitiva redacción del Código, producirá la inobservancia de la ley. Estamos a un paso de la costumbre “*contra legem*”; aunque un paso que no llega a darse: una cosa es el derecho dispositivo y otra el derecho supletorio³⁶, a cuyo perímetro se reduce la costumbre en el artículo 3-2 del Código Civil.

QUINTO: Cuando el Código civil rige como derecho supletorio de otras legislaciones españolas cede ante la costumbre local. Y lo mismo ocurre siempre que la propia ley se asigna expresamente este cometido como acaece en el caso de la “*veciña*” o de la “*compañía familiar gallega*”.

³⁶ El 6-2 del Código Civil permite las cláusulas, aunque devengan de estilo, que alteren el derecho dispositivo, que den lugar a su exclusión voluntaria. Pero hace falta el sustento explícito de la voluntad; no da entrada al “*tacitus consensu populi*”, por cuanto, el artículo 3-2 limita la aplicación de la costumbre “en defecto de ley aplicable”, la relega a derecho supletorio, a falta de ley, ya sea imperativa o dispositiva; por eso, la afirmación contenida en el texto de que le falta un paso.

Libertad civil y autonomía de la voluntad

A mi modo de ver, la distinción entre libertad civil y autonomía de la voluntad, que en la que el Código civil respecta se ha desvanecido en la esfera patrimonial, pues en este contexto el artículo 1255 del Código civil es también expresivo de la libertad civil, a diferencia del artículo 1322 del Código civil italiano que bajo el título “*autonomía contractual*” señala que las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley, y, seguidamente que las partes pueden concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal de se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico. En otras palabras, los contratos atípicos están sujetos a un juicio de mérito. No ocurre así en nuestro derecho.

No me extenderé más en este punto que he tratado en una monografía sobre la elaboración conceptual del negocio jurídico³⁷: las leyes a las que se refiere aquel precepto no delimitan la autonomía privada, ni fijan, como pensaba Betti³⁸, la competencia dispositiva de las partes, ni obedecen al planteamiento germánico de Flume³⁹ a cuyo parecer: “*Los efectos jurídicos producidos en virtud de la autonomía privada, son siempre, ciertamente, efectos legales, en la medida en que el acto de autonomía privada solo tiene eficacia jurídica en virtud del ordenamiento jurídico.*” Reconoce este autor que la mayor parte de los tipos particulares de actos no son una creación consciente del derecho, sino que se han desarrollado en el tráfico antes de su conocimiento, pero solo se convierten en negocios jurídicos cuando son reconocidos por el ordenamiento.

³⁷ “Instituciones de Derecho Privado”, tomo 1. Ed. Civitas. “El negocio jurídico. Parte primera. La elaboración del concepto”, pp. 81 y ss. Esp. 306 y ss.

³⁸ “El negocio jurídico”. Ed. Comares, p. 80.

³⁹ “Negocio Jurídico”. Fundación Cultural del Notariado. Traduc. José María Miquel, p. 25.

Vallet⁴⁰ objetó con razón: “*A mí me parece que decir esto es propugnar que el carro del reconocimiento se anteponga al caballo de la creación, que el remolque se ponga delante del tractor... Este criterio significa que ningún negocio es jurídico hasta que la ley y la jurisprudencia lo reconozcan. Pero si lo reconocen —pregunto yo— ¿será porque ya era jurídico o bien solo porque lo quieren aquella o éste?*”

Desde el punto de vista opuesto, la libertad civil, el pacto es lo primera fuente del derecho, o el primero de los elementos mediadores con la naturaleza de las cosas y la determinación de los hechos jurídicos.

Por mi parte, siempre he pensado que el 1255 acepta de antemano la eficacia del pacto, no porque se reconozca legalmente.

Joaquín Costa en su teoría del hecho jurídico escribiría: “*No hay leyes permisivas. Ese viscoso término trae su origen de una falsa concepción del derecho, del Estado y de la Soberanía; parece como que el legislador suelto graciosamente una parte de su autoridad o poder y hace concesión de ella al individuo, la familia o a otro cualquier círculo o corporación; siendo así que el derecho voluntario es tal, no porque lo quieran los poderes públicos, sino porque lo requiere la naturaleza misma del derecho y los fueros de la personalidad*”. En nota aparte indica que así lo presintió el ilustre Grocio cuando decía que la permisión no es propiamente un efecto de la ley.

No. No hay un reconocimiento dimanante de una calificación positiva, sino la ausencia de un freno legislativo (de carácter negativo). Por tanto, el convenio realizado genera efectos mientras no se nieguen por el ordenamiento jurídico en función de las limitaciones preexistentes. La inexistencia de limitaciones (negación de la negación) provoca una apariencia positiva, de un reconocimiento que no existe en la realidad.

⁴⁰ “Metodología Expositiva y Explicativa del Derecho” II, p. 1462 y ss.

En definitiva, el contrato produce efectos, si no traspasa los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. La transgresión de esos límites es una cuestión de hecho, cuya apreciación en último término compete al juez. En consecuencia, la existencia del contrato se encuentra lastrada por la posible existencia de limitaciones, lo que representa un quebranto de la seguridad jurídica. Por eso, cobra especial realce su otorgamiento en escritura pública, que, permite, gracias al control de legalidad verificado por el notario, incorporar el contrato o negocio al tráfico jurídico, revestido de una presunción de legalidad. La escritura pública supone la recepción del contrato en el protocolo notarial, que es un archivo de titularidad estatal. La autorización comporta, en este caso, un reconocimiento jurídico del negocio escriturado. El negocio jurídico notarial adquiere, por tanto, rango oficial.

La libertad civil en la esfera familiar y sucesoria

Es aquí donde se observa una mayor diferencia entre el sistema tradicional del derecho castellano y las otras legislaciones existentes en España. Pero, esa diferencia con el tiempo ha disminuido, de manera muy relevante con la ley 8/2021 que convierte en supletoria la intervención judicial frente a las medidas de apoyo voluntarias, al tiempo que avala y refuerza las previsiones realizadas por los disponentes a título gratuito en materia de administración y disposición y la posible exclusión de autorizaciones judiciales, lo que permite el asentamiento convencional de soluciones familiares.

La otra diferencia notable se detecta en la extensión de la libertad de testar, que un tema tan viejo como de candente actualidad. La tendencia legislativa ha sido aminorar la legítima, así ha ocurrido en Aragón que la ha dejado en una mitad, en el País Vasco concretada en un tercio y en Galicia que como en Cataluña ha quedado reducida a un derecho de cré-

dito sobre una cuarta parte. Baleares, por su parte, sigue fiel a la Novela XVIII de Justiniano y tampoco han sido modificados ni el Código civil ni en la ley navarra ni en Fuero de Ayala⁴¹.

Llegados a este punto, creo conveniente echar la vista atrás y examinar la transición en Roma de la libertad de testar a un sistema legitimario.

Como casi siempre, la historia de las instituciones nos lleva al Derecho Romano, que asumió originariamente la libertad de testar: la única condición que pesaba sobre el testador era la desheredar expresamente a los hijos y genéricamente a las hijas y nietos. Esta libertad se basaba en una moralidad exigente.

Júzguese lo exigente que era que el matrimonio dependía del mantenimiento de la “*afectio maritalis*” y, sin embargo, el primer divorcio fue el de Carbilio Espurio que repudió a su mujer por estéril doscientos treinta años después de la fundación de Roma⁴². Pero, las costumbres se relajaron, la proliferación de divorcios daría lugar a que se pactara por el padre constituyente de la dote su restitución por medio de la “*cautio rei uxoriae*”, que inspiraría la posterior previsión legal de la “*actio rei uxoriae*”⁴³.

Sin embargo, los hijos fueron todavía un freno frente a la infiltración de los extraños, pues cuando Ulises pregunta a la sombra de Tiresias de qué modo rehacer su fortuna, el gran adivino responde “*que el más seguro medio es ir a la caza de testamentos: desprecia a los que tengan hijos en su casa*”

⁴¹ Las páginas que siguen las extraigo de mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia leído el 15 de diciembre de 2015. “Quo legitima tangitur. La intangibilidad cualitativa de la legítima”.

⁴² Plutarco: “Vidas paralelas”, “Teseo y Rómulo”.

⁴³ Véase: Bonfante “Corso di Diritto Romano” V. Primo. Diritto de Famiglia. Milano 1963, pp. 464 y ss. También, entre nosotros, Ignacio Cremades y Javier Paricio, “dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres”. Ed. Bosch, 1983, p. 36 y ss.

o una esposa fecunda”. Pero, sin descartar el casarse con una vieja matrona, así Gemelo “*que fue a casarse con Maronila, vieja y feísima. ¿Qué atractivo le sedujo? Maronila tenía una tos pésima*”. Esta solución que nos brinda Marcial en sus Epigramas, choca frontalmente con la tradición de un pueblo que otorgaba la máxima dignidad a la propiedad obtenida a través de la “*ocupatio bellica*” o, en todo caso, por el propio esfuerzo.

El caso es, que con el tiempo ni los hijos fueron freno suficiente respecto de los abusos. El Digesto nos da cuenta de ciertas desheredaciones “*instigadas por alguna falsedad*” (D.5.2,3) o de quienes hacen injuria a sus descendientes “*corrompidos por los halagos e instigaciones de las madrastras*” (D.5.2,4).

El remedio fue declarar el testamento inoficioso, mediante la pertinente querrela que exigía demostrar que sin merecerlo y por lo tanto indignamente había sido uno preterido o también excluido de la herencia por desheredación.

En estos fragmentos la querrela no aparece vinculada a la necesidad de alimentos⁴⁴, sino como un remedio para deshacer la injuria o indignidad que representaba la exclusión por comparación a los favorecidos por el testador.

El testamento se reputaba inoficioso porque el padre había infringido sus deberes morales, el “*officium pietatis*”.

⁴⁴ La configuración de la “*patria potestas*” clásica, absoluta y perpetua, impedía el planteamiento de una acción alimenticia contra el padre. Los alimentos aparecen tardíamente a partir del siglo segundo y su acción se intensificará gracias a los emperadores cristianos. Véase: Giuseppe Lavaggi, Enciclopedia dell Diritto, voz “*Alimenti*”; y Biondo Biondi: “*Diritto Romano Cristiano*”, tomo III, Milano 1954, pp. 290 y ss.: La Novela 117, 7 los reconoce explícitamente a favor de los hijos indigentes, y recíprocamente respecto de los ascendientes; su fundamento según el conocido fragmento de Ulpiano, en D.25,3,5,2 estriba en “*caritateque sanguinis*”.

La “*iniura contra bonos mores*” es castigada aunque no coincida con ninguna de las figuras delictivas (D.47,11,1,1). Papiniano evocará el principio: *quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerint contra bonos mores, nec facere nos posse credendum est*. (D.28,7,15).

Es fácil explicarse que la desusada exclusión de los hijos en beneficio de extraños se catalogase como “*iniura*”, pues la infracción del “*officium pietatis*” suponía actuar “*contra bonos mores*”.

En este sentido, me parece atrayente la tesis, defendida entre nosotros por Ginesta Amargós⁴⁵, acerca del fundamento de la “*querella inofficiosi testamenti*”: primitivamente, en efecto, como sanción a la injuria o indignidad sufrida; posteriormente, durante el derecho postclásico, a modo de reacción ante la supuesta demencia del testador o “*color insaniae*”; demencia que los textos justinianos relegarían al nivel de simple pretexto, para hacer hincapié de nuevo en la idea de injuria (Capítulo V de la Novela 115) y en la “*paterna pietas*.” En este último sentido la glosa ordinaria⁴⁶ recomendaba al hijo que quisiera interponer la querella que no dijera que su padre estaba loco, sino que no se había atendido a la piedad (“*non fuisse sunctum officio pietatis*”), pues en el caso de estar loco, lo procedente no sería la querella sino la nulidad del testamento.

Sin embargo, el tratamiento legitimario de los descendientes debió inquietar bastante a Justiniano: primero, por lo limitado de la cuota debida; y después de incrementar por medio de la Novela XVIII su importe, a consecuencia de la práctica consistente en dejar una cantidad nimia o sin importancia como forma sucedánea de desheredar a los hijos, a reserva

⁴⁵ “Revista de Derecho Notarial”.

⁴⁶ “Iustiniani Sacratiss Princeps P.P. August Iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectorum. Libri quinquaginta. Legum interpretationibus. Argumenta. Observationes. Variique lectionibus, ac másime doctis de Ant. Augustini Iac. Cuiacii restitutionis: una cum recognitis Accursi aliorum veterum”. Glosa a D. 5.2,2 “Hoc colore”.

de la “*actio ad supplendam legitimam*”, que el mismo había admitido a fin de amparar la validez del testamento.

Una disposición del emperador Constancio, conservada en “Codex Theodosianus” (2,19,4) había introducido la acción de suplemento cuando, al disponer el testador de cierta cosa a favor del legitimario, declarara, para el caso de que no cubriera la legítima, que se la asignaba a cuenta de su valoración “*boni viri arbitratu*”. En la ley “*Omnimodo*” (C.3,28,30) Justiniano consideró sobreentendida dicha cláusula y confirmó la acción de suplemento siempre que los descendientes hubieran recibido alguna cosa o cantidad “*aliquam eis quantitatem*” por el título que fuera.

Claro es que acogiendo a esta posibilidad debió ser bastante frecuente solapar la desheredación mediante una mínima atribución, dejando a cargo de los hijos la opción de pedir el complemento. De alguna manera con la “*Ley Omnimodo*” Justiniano había dado carta de naturaleza a una desheredación subrepticia, a una nueva manera de infringir una infamia. Lo curioso es que la indignidad, no consiste en gravar al hijo con la acción de complemento, sino en el hecho de apartarlo sin instituirle heredero.

A fin de corregir esta infamia, el emperador en la Novela 115 exigirá que los hijos sean instituidos herederos. Al mismo tiempo, evitará el arbitrio judicial por el expediente de tipificar las causas de desheredación y de imponer la carga de la prueba a los herederos beneficiarios.

Pero, en realidad, se trataba de un deber meramente formal. La legítima mediante una “*institutio ex certa re, etiam minima*”, incluso con un óbolo o como indica Baldo⁴⁷ en su comentario de la “*lex Cum autem: nummo uno*”.

⁴⁷ “*Super tertio Codicis*”. Lugduni 1551. Comentario a la “*Ley cum autem*”, a su entender cabe que el testador “*institutat in uno nummo*”, la “*ratio* (de la obligación de instituir *ut alias dixi, honorabilis titulis ius accrescendi*)”.

Esta práctica de dejar una cosa nimia tal vez explique la aparición en algunos lugares de legítimas simbólicas, ya que era cosa frecuente, “*communiter in testamentis*”, —como nos recuerda Peregrino⁴⁸ en su “*Tractatus de Fideicommissis*”— atribuir cinco sueldos a los hijos, lo que bastaba para evitar “*de nullitate testamenti ex capite preteritionis dicere, sed sibi supplementum legitimae necessario agendum fore*”⁴⁹.

Así las cosas: “¿Cuándo puede estimarse que hay libertad de testar? —se preguntaba Juan Vallet⁵⁰ en su tratado sobre las legítimas— *la libertad relativa, circunscrita a un determinado grupo de parientes, ¿puede conceptuarse libertad de testar?*”.

Durán y Bas⁵¹ hubo de ponderar esta circunstancia, cuando constataba que la libertad de testar no tiene por qué ser omnímoda o ilimitada. Mas entonces, ¿dónde estaban sus lindes con la sucesión forzosa? El jurista

⁴⁸ Marci Antonii Peregrini “Tractatus de fideicommissis”. Venetiis 1760. Artículus XXXVI, nº 58.

⁴⁹ La cosa pudo ocurrir de la siguiente manera: la práctica de dejar algo a cuenta del complemento, concretamente cinco sueldos es posible que aconteciera durante el derecho romano vulgar, cinco sueldos dejaban los mozárabes en Toledo que se regían por el liber. Igual pudo ocurrir en otras comarcas, piénsese en el hereu o heredero único de la casa y en las obligaciones a su cargo del mantenimiento de la familia; en este contexto dejar una cantidad nimia era una solución, tanto más si luego no se reclamaba el complemento; por esta vía aquella legítima que era real pudo devenir simbólica. Explica Yaben que la legítima de los infanzones navarros no era poca cosa, el Fuero demandaba que se les dejara una vecindad, frente a esta legítima se impuso la costumbre contra ley de los cinco sueldos y una roba de tierra en los montes comunes, extensiva a los no hidalgos. Inicialmente no debió ser nominal: el Fuero de Tudela en la ley XVII atribuía “*al fillo de ganancia*” de padres solteros, cinco sueldos (Marichalar y Manrique, *op. cit.*, p. 129, a cuyo parecer Tudela recibió el Fuero de Sobrarve).

⁵⁰ “Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas. Tomo I. Tratado práctico y crítico de Derecho civil, volumen LVIII. Madrid 1974, p. 45.

⁵¹ “Memoria de las instituciones del Derecho civil de Cataluña”. Barcelona 1883, p. 206: “*Susceptible de varias formas el sistema de la libertad de testar, admite a veces las legítimas, y siempre*

catalán resolvería de forma salomónica, según cupiera, o no, disponer de la mitad de los bienes. El mismo, en la discusión parlamentaria del Código civil⁵² se remite a las actas de la Comisión de Códigos para dejar constancia de las distintas opiniones: la de Sr. Comas a favor de los tres tercios actuales, que recibió ocho votos; la del Sr. Albacete que propugnó la legítima de un cuarto, con cuatro votos; la de Sr. Manresa que fijaba la legítima en una mitad de la herencia y la otra de libre disposición, tres votos; y la del Sr. Franco, con dos votos, una cuarta parte legítima estricta, dos cuartas mejora y el resto de libre disposición.

Si el derecho de Navarra o el de Ayala —explicaba Vallet— asume la plena libertad es porque presupone que, si alguna vez el padre deja el caserío, por ejemplo, a un sobrino y no a un hijo será por razones evidentes y muy graves; que ningún hijo sea labrador, todos hayan emigrado o que hayan sido educados para mejor profesión y oficio.

En este sentido, Uriarte⁵³, que escribió sobre el Fuero de Ayala en 1912, justificaba la plena libertad de testar en la tradicional moralidad de sus vecinos que hace que el apartamiento no ocurra más que en algún caso raro y excepcional, pues no se recuerda que en el transcurso de un siglo se haya producido más que en dos ocasiones. En el mismo sentido, Hilario Yaben y Yaben⁵⁴ respecto de Navarra señalaba en 1916 que “*la exclusión de todos los hijos no se ve jamás, porque los padres, aun sin la presión de la ley, saben cumplir sus deberes para con los hijos*”.

los alimentos (...); y susceptible de mayor o menor extensión el de sucesión forzosa, se comprende dentro de él todo sistema en que el padre no pueda disponer a lo menos de la mitad de sus bienes”.

⁵² “Discusión parlamentaria del Código Civil”. Revista de los Tribunales. Madrid 1891, p. 753.

⁵³ “El Fuero de Ayala”. Tesis doctoral. Madrid 1912. Edición de la Diputación Foral de Álava, 1974. *Cit.* por Luis Roca-Sastre en “Derecho de Sucesiones”. Barcelona 1991, t. II, p. 89.

⁵⁴ “Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia”. Madrid, 1916, p. 33.

Esa confianza no ha sido, pues, fruto de una apuesta legislativa, sino consecuencia de una tradición. Por ello, señalaba Juan Vallet que “*la libertad de testar puede ser útil o perjudicial según el uso que de la misma se haga (...) La conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse si no es con relación al clima social o moral al que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la Ley interesa la reacción que provoca en el organismo social*”.

Y han sido precisamente los abusos los que han llevado a la restringir de alguna manera la plena libertad de testar, en Nueva Zelanda primero, y luego en Inglaterra mediante las “*provisions for family and dependants*” Inherent Act. 1975. Se trata de una suerte de pensión cuya determinación queda al arbitrio judicial.

Mirian Anderson⁵⁵ da cuenta de que el juez habrá de tener presente la capacidad económica presente y futura de cada uno de los solicitantes y la de los beneficiarios, las obligaciones que gravan el caudal relicto, la incapacidad física o mental del demandante o de cualquier otro beneficiario, así como todo dato que juzgue relevante, incluida la conducta del peticionario respecto del causante.

La confianza en los padres se compensa por la confianza en el oficio judicial. Pero a nadie se le escapará que esta intervención judicial de la herencia no es deseable. Por tanto, los testadores se ven impelidos a incluir disposiciones o provisiones que sean sensatas o razonables (*reasonableness*), lo que remite, de acuerdo con Barrio Gallardo⁵⁶, a la antigua doctrina canónica, a la que Blackstone aludía como “*pars rationabilis*” en detrimento

⁵⁵ “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”. ADC. 2006. T. LIX F. III, p.1276 y ss. Advierte que hay dos standards distintos: el correspondiente al cónyuge viudo o civil partner que correspondería a la provisión que sería adecuada que recibiera el esposo o compañero; y el llamado “maintenance standard” que persigue averiguar el nivel de la prestación, que, atendiendo a las circunstancias del caso, sería conveniente.

⁵⁶ “El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho de alimentos”, *op. cit.*, p. 273.

del capricho y la crueldad embebidos en la pura arbitrariedad, pero sustentados ahora en la discreción judicial, depositaria de la moral pública.

En otras palabras, el sistema de la provisión familiar pretende suscitar testamentos razonables. Nos encontramos a un paso del romano “*color insaniae*”, y este paso se ha llegado a dar en los Estados Unidos, como pone de relieve, Barrio Gallardo⁵⁷, dónde ante la falta de estas provisiones o pensiones familiares, ha sido bastante frecuente la impugnación de los testamentos no razonables o injustos por falta de capacidad del testador o por pretextos puramente formales.

A pesar del carisma con que últimamente se nos presenta el derecho anglosajón, la provisión razonable no es ninguna novedad; representa de facto un salto atrás. Y desde luego, el grado de discreción judicial sobrepasa con mucho las temidas particiones castellanas que otrora reprobaban nuestros autores forales.

La racionalidad de la provisión testamentaria remite, en efecto, al arbitrio judicial. Ante una situación análoga, el Tribunal de los Centumviro, acabó desechando la querrela siempre que el pretendiente hubiera recibido al menos una parte igual a la establecida para la falcidia, es decir una cuarta parte⁵⁸. Justiniano, que incrementaría la “*portio legitima*”, quiso igualmente reducir el debate judicial al fijar taxativamente en la Novela 115 las causas de desheredación. Por eso, me permitía señalar que la regulación británica de la materia, lejos de constituir una novedad, supone desde nuestra perspectiva un retroceso.

⁵⁷ “El largo camino hacia la libertad de testar...”. *Cit. Supra*, p. 275. Resulta muy interesante la bibliografía que cita en la nota 1355.

⁵⁸ Mainz: “Curso de Derecho Romano”, Barcelona 1888, T.III, p. 406, nota 15, explica la aplicación de la cuarta, a través de una epístola de Plinio (V. I) en la que concilió a las partes enfrentadas mediante la atribución de una parte igual a la falcidia.

Al final, tenía quizás razón Joaquín Costa: lo coherente si se opta por la libertad de testar, es asumir sus consecuencias y suprimir la legítima, sin perjuicio de los alimentos cuando resulten debidos. El tema de fondo, sin embargo, estriba en si existen unos deberes morales de los padres respecto de los hijos; y en el caso de existir, si deben traducirse en disposiciones jurídicas.

Desde luego, cabe argüir que los padres pueden gastarse su fortuna como quieran y dejarla a quien gusten. Esta pretensión no es nueva, aparece en la historia con distintos grados de radicalidad, a veces, por motivaciones piadosas⁵⁹; y, otras, por todo lo contrario, como acontece en la anécdota que nos transmite Suetonio⁶⁰: —“*Ojala una vez yo muerto, desaparezca la tierra en el fuego*” —dijo uno— y Nerón respondió: “*Mejor aún que ocurra esto estando yo vivo*”.

⁵⁹ La libertad de testar debe mucho a las mandas piadosas. También la reserva hereditaria francesa, que surgiría a modo de reacción contra las donaciones realizadas por francos y burgundios a la Iglesia, y que darían lugar a la aparición de una clase social, causante de una cierta inestabilidad social en tiempos de Carlomagno, los “desheredados”, que motivaría, andando el tiempo, la supeditación de las donaciones a ciertas cautelas como la “*laudatio parentum*”, luego sustituida por el retracto gentilicio y finalmente por la reserva que surge, por tanto, como una reacción o defensa de los hijos y parientes frente a tales disposiciones. Es muy interesante, el estudio de esta evolución, a través de los documentos, que contiene el libro de Jean Laplanche “*La reserve coutumière dans l’ancien droit écrit français*”. Paris 1925. La Iglesia, preocupada por la situación lamentable de los “*exheredati*”, en determinados Concilios Sinodales, castigará a los clérigos codiciosos, culpables de extorsión, con penas canónicas, a la par que concede la devolución de los bienes sustraídos. (Concilio de Châlons, año 813; y de Mayence de ese mismo año); ya Carlomagno en una capitular del año 811 había ordenado la restitución a los herederos de los bienes cedidos a Dios, a cualquier santo o a los pobres, por personas incautas o poco doctas, para ganar el cielo o evitar el infierno, pero tales prescripciones fueron insuficientes ante la piedad de los francos, anota el autor. Véase pp. 56 y ss.

⁶⁰ Suetonio: “*Vida de los doce Cesares*”. Nerón, cap. 38. En “*Biógrafos y panegiristas latinos*”. Editorial Aguilar, 1969.

Sin embargo, el reproche que pudiera merecer el eventual abuso, se procura corregir, tratando de asegurar la situación de los hijos menores de edad o dependientes. Por mi parte, me encuentro entre quienes se inclinan por restringir de alguna manera las disposiciones a favor de extraños si, por excesivas, representan un apartamiento injustificado de los hijos.

La libertad de testar ha sido tradicionalmente, allí donde se ha reconocido, un instrumento para mantener la fortaleza de la familia, asentada en la casa, caserío o masía o más allá del ámbito rural, para la sucesión de patrimonios dinámicos, como destacara Vallet⁶¹. Si, por el contrario, se utilizará para conculcar esos valores, carecerá de sentido.

Ahora bien, no por ello hay que confundir la legítima con los alimentos, arbitrados para el caso de necesidad. La función de la legítima, el mínimo común múltiplo entre las existentes, consiste en blindar el patrimonio familiar frente a los extraños. El problema fundamental ha sido, a mi juicio, la consideración del cónyuge viudo como un extraño respecto de sus hijos, que es una herencia histórica, que a veces se ha querido superar por elevación, mediante la proclamación de la libertad de testar. Por mi parte, siempre he pensado que la legítima de los hijos debería ser inoponible respecto de su padre o madre supérstite.

Joaquín Costa⁶² en el congreso de juristas aragoneses de 1880, frente al dictamen de la Comisión, partidaria de una legítima colectiva o de libre distribución respecto de los hijos legítimos, opuso la propuesta de: “*derogar las disposiciones vigentes en Aragón sobre disposición de bienes a favor de los*

⁶¹ “Las legítimas”, *loc. cit.*, V. I, p. 51 y ss.

⁶² “La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses”. Guara Editorial, 1981, pp. 391-392. En su opinión, de acuerdo con todas las escuelas es un principio universal “*que los hijos tienen de la Naturaleza derecho a que sus padres los alimenten y eduquen, poniéndolos en condiciones de vivir por sí, pero no que los hagan ricos, y por lo mismo que no es lícito confundir la institución jurídica de los alimentos con la institución de las legítimas*”.

descendientes y sustituirlas por la absoluta libertad de testar, en la forma misma en que se halla establecida y practicada en Navarra e Inglaterra”.

La defensa de la enmienda, en ausencia de Costa, corrió a cargo de Isabal⁶³, quien consideró aventurado que el congreso votase una libertad de testar al estilo inglés, por lo que para evitar dudas, formuló una nueva redacción que incluía la obligación de alimentar y educar a los hijos.

La absoluta libertad de testar, tal como se concebía en la Inglaterra de entonces no era fácil de aceptar, pues comportaba en palabras de Barrio Gallardo⁶⁴ un derecho subjetivo de creación judicial a ser caprichoso e incluso cicatero y cruel.

El derecho a ser cruel en la actualidad no admite defensa ni siquiera en Inglaterra. Los partidarios de la absoluta libertad de testar suelen minimizar su posible impacto sobre la base de que no es probable, puesto que normalmente los padres testan a favor de los hijos. Y es cierto. Pero, entonces, si ambos sistemas, en términos generales, producen el mismo resultado, el debate se desplaza hacia un campo marginal, aunque cualitativamente importante, la posibilidad de preferir a los extraños frente a los hijos.

En Cataluña el asunto se resuelve, desde las Cortes de Monzón de 1585, por medio de una legítima corta de un cuarto, lo que supone una amplísima capacidad de decisión. Quizás por ello don Luis Silvela⁶⁵ en la discusión parlamentaria del Código civil, tras confesar su enamoramiento de la viudedad foral, arremetió contra la legislación catalana, en su opinión la más inferior de las legislaciones forales, al punto, agregaba, *“que se necesitaba todo el vigor de los catalanes para poder resistir su legislación”*.

⁶³ “La libertad civil y el congreso de juriconsultos aragoneses”, *cit.* Supra, p. 455 y ss.

⁶⁴ “El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos”. Madrid, 2012. Especialmente, pp. 258-259.

⁶⁵ “Discusión parlamentaria del Código civil”. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888-1889. Revista de los Tribunales. Madrid 1991, p. 319.

Le contestó cumplidamente el Sr. Maluquer⁶⁶ con palabras de don Francisco Silvela, que pocos años antes, confesaba su enamoramiento por la institución del “*heru*”. En todo caso, ponía término a su alocución con la afirmación de que la familia catalana, con la navarra, es la única familia que merece el nombre de tal.

Y el caso es que no le faltaba razón a don Luís acerca del vigor necesario para respetar esta institución. El propio Costa⁶⁷ advertía que en la mayoría de los casos, lo menguado del haber, y las obligaciones de mantener a sus hermanos y de pagar dotes y legítimas, convertían al heredero en “*un esclavo, primero de sus hermanos, más tarde de sus hijos, sin que sea dueño de pensar en más, toda su vida, que en los plazos que van venciendo cada año*”.

El usufructo viudal

El recurso de conceder a la viuda el usufructo universal de la herencia fue la solución que emplearon originariamente los romanos para conciliar los intereses de la viuda y sus hijos.

Un fragmento de Scaevola, en D.33. 2, 37, contiene la célebre “*lex uxoriae meae*”, que autorizaba el usufructo concedido a la esposa del testador hasta que su hija alcance los dieciocho años⁶⁸.

La práctica de atribuir a la esposa el usufructo aparece igualmente en un texto del Codex 5, 10 alusivo a un rescripto de los emperadores Teodosio y Arcadio, que para el caso de contraer la viuda segundas nupcias ordenaba la restitución a los hijos de las donaciones maritales. Justiniano supeditaría después dicha restitución a la expresa previsión por el testador de la “*conditio viduitatis* (Capítulo 32 de la Novela 22).

⁶⁶ “Discusión parlamentaria del Código civil”. *Cit.*, p. 381 y ss.

⁶⁷ “Derecho Consuetudinario y economía popular de España”. *Cit.*, tomo I, p. 158.

⁶⁸ “*Uxori meae usufructum legum bonorum meorum, usque drem filia mea annos impleat octodecim. Respondit, secundum est, quae proponetur, omnium pertinet*”.

El legado de usufructo a la viuda debió de ser frecuente, de este modo, escribe García Garrido⁶⁹, el marido aseguraba los recursos necesarios a la mujer para llevar una vida digna dentro de la familia, sin lesionar por ello los legítimos derechos sucesorios de los hijos. La viuda seguía gozando del patrimonio familiar en unión con los hijos, sin que éstos perdieran la titularidad y disposición dominical⁷⁰.

En “Pro A. Caecina”, Cicerón, nos da noticia de un usufructo universal concedido a la viuda para que lo disfrute conjuntamente con el hijo y heredero, “*ut fruiretur una cum filio*”. La madre, aclaran Alvaro D’Ors y Bonet Correa⁷¹, no compartía una mitad con su hijo, sino que ambos eran usufructuarios solidarios, con el consiguiente “*ius adscrecendi*” a favor de la madre, en el caso de fallecer el hijo.

El ejemplo expresado ilustra la finalidad del usufructo que estribaba en suministrar a la viuda unos medios de vida familiar igual, en lo posible, a la vida familiar que sostenía el testador. Pero esta vida —insiste, D’Ors y Bonet Correa—, se constituía normalmente por la convivencia de los hijos o alguno de los hijos. El usufructo que se deja a la viuda no es un derecho exclusivo de ella, sino que se ha de comunicar con aquellos hijos que conviven con la madre. Normalmente, los hijos serán herederos del padre, la mujer, en cambio, simple usufructuaria, pero en concurrencia con sus hijos. El usufructo pertenece a todos solidariamente; los hijos tienen además la nuda propiedad.

⁶⁹ “Ius uxoriae” (...), pp. 130 y ss.

⁷⁰ Cicerón se hace eco de esta práctica, al paso que distingue entre uso y abuso del usufructo, así relativamente a la mujer que pretendía apropiarse de las provisiones de vino y aceite (Tópica 3, 17). En realidad, comenta García Garrido, *loc. cit.*, nota supra, la usufructuaria no es propietaria sino usuaria y administradora de las mismas.

⁷¹ “El problema de la división del usufructo. (Estudio romano-civilístico). (...) p. 83.

Originariamente, en nuestra patria el usufructo vidual debió tener bastante aplicación. Encontramos pruebas de ello en el Derecho visigótico⁷².

El texto del Fuero Juzgo (4,2,14), “*la madre si non se casare después de la muerte de su marido, debe partir igualmente en todos los frutos con sus hijos, mientras visquiere*” reflejaría, en opinión de Álvaro D’Ors y Bonet Correa⁷³ la tradición jurídica existente en los Fueros y Leyes de Castilla, según las cuales, una vez muerto el marido, la mujer quedaba en posesión de sus bienes en calidad de usufructuaria con los hijos.

La naturaleza solidaria del usufructo compensaría, por lo tanto, el hecho de que no fuera universal: los frutos serían de todos y se repartirían por igual el seno de la comunidad familiar.

Sin embargo, a diferencia de otras regiones españolas, en Castilla y León medievales no hay demasiadas pruebas de la concesión de usufructos universales por medio de testamento. La vía utilizada fue fundamentalmente el pacto matrimonial de unidad, que daba al supérstite el usufructo del patrimonio hereditario.

El asunto deviene problemático con el “*ius receptum*”, pues Justiniano había prohibido el usufructo universal en detrimento de los hijos; disposición hasta entonces desconocida en Occidente, pero que cobraría grandísima importancia gracias a la doctrina de los autores del “*ius com-*

⁷² El Código de Eurico contiene una disposición (322) reproducida en el Liber 4.2,14 y luego en el Fuero Juzgo, que depara a la madre en la sucesión intestada de su marido, mientras se conserve viuda, una cuota igual a la de éstos en usufructo. Aquel mismo código, 319, reproduce las previsiones del Codex Theodosianus y Breviario de Alarico 3.8,1 y 3.8,3, que, para el caso de venir a segundas nupcias, reducían en beneficio de los hijos del primer matrimonio el dominio de la mujer a un simple usufructo. Véase el libro de Manuel María Pérez Benavides “El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho Romano Vulgar”. Granada 1971, pp. 100 y ss.

⁷³ “La indivisibilidad del usufructo”, *op. cit.*, p. 101.

mune”. El capítulo III de la Novela 18 contiene, en efecto, esta famosa ley “*prohibemus*”⁷⁴.

La ley reprueba la costumbre de nombrar usufructuarias a las esposas, que el Emperador imputa, en la lectura que hace Rodrigo Suarez⁷⁵, a “*maritos molles quasi affeminatos*”⁷⁶, y, por tanto, según el comentarista, sometidos y obedientes a su mujer, como denunciara Juvenal en su sátira sexta (205) “*si amas ingenuamente a tu mujer, si sólo a ella has entregado el alma, inclina la cabeza, con la cerviz dispuesta a soportar el yugo. (215) Ella te prescribirá tus afectos*”.

Naturalmente esta argumentación no es hoy de recibo. Sin embargo, el trasfondo de la disposición es otro: la supeditación de los hijos a la madre, expuestos a su posible ira, y a la negación por ésta de la función alimentaria, tradicionalmente asociada a la institución. El Emperador como

⁷⁴ “En ella el Emperador advertirá que: “*sabemos de algunos testamentos, según los que no hicieron paternalmente los que morían las instituciones, ni como convenía a los hombres, sino con demasiada debilidad y falta de entereza, pues dejaron a sus mujeres todo el usufructo de sus propiedades, pero a sus hijos la nuda propiedad. Por lo cual creo que la intención de tales testamentos es que las mujeres adquieran la propiedad cuando los hijos hayan perecido acaso de hambre. Porque, ¿cómo se manejarán en el intermedio, y tendrán el cotidiano sustento, no habiéndoseles dejado nada, mediando por parte de la mujer ira, acaso irracional, que les quite la diaria manutención? No le será, pues, lícito en los sucesivos absolutamente a ninguno, que tenga hijos, hacer alguna tal cosa, sino que de todos modos les dejará el usufructo de esta parte legítima que ahora hemos señalado, como también la propiedad, si quiere ser llamado padre, de hijos que no mueren repentinamente de hambre, sino que tienen con qué vivir. Y todo esto lo decimos no solamente respecto al padre, sino también en cuanto a la madre (...)*”.

⁷⁵ Rodericus Suares. “*Repetitio Legis Quoniam in prioribus*” Opera Omnia, aditiones Jacobi Valdensii, 1614. “*Ampliatio tertia*”.

⁷⁶ Idéntica expresión emplearía Juan Gutiérrez en la 57 de sus “*Practicarum Quaestionum*” para justificar la inaplicación del usufructo a la legítima de los hijos. Martí Miralles, en sus “*Principis del Dret Successori*” Barcelona 1925, p. 279, consideró inadecuada esa justificación, pues la reprobación, contenida en la ley *Prohibemus*, iba dirigida a los maridos que, por excesiva predilección hacia su esposa, privaban a los hijos de la reducida legítima romana”.

reconoce en el capítulo quinto de la Novela 18 siempre se sintió molesto por las suplicas de hijos llorosos, y desde luego no le importó para poner fin al abuso acabar con un uso útil y perfectamente legítimo.

En cualquier caso, subyace aquí la idea de que la legítima ocupa el lugar de los alimentos, “*legítima succedit loco alimentorum*”, utilizada en lo sucesivo para argüir su derivación del Derecho Natural.

Y es cierto que ambas instituciones comparten una raíz común que es la “*pietas*” o “*charitas*”; pero, aunque prima facie se pueda decir que “*legítima succedit loco alimentorum*”, no por ello hay que omitir sus diferencias, perfectamente reflejadas por Surdo⁷⁷ en su tratado sobre los alimentos.

El citado comentarista se muestra de acuerdo con Bartolo: los alimentos no se deben al hijo si los obtiene de otro modo, pero en cambio se le debe la legítima; los alimentos se otorgan vivo el padre, la legítima, tras su fallecimiento; la cuota legitimaría es uniforme respecto del causante, sea rico o pobre, no ocurre igual con la prestación alimenticia.

Pero, además, no son desde luego intercambiables⁷⁸, habida cuenta de que los alimentos no se imputan a la legítima tampoco ocupan el lugar de esta: “*Inmo videtur, quod alimenta non succedant loco legitimam*”. En fin, en modo alguno la renuncia de la legítima excluye los alimentos⁷⁹.

Y por último⁸⁰, la legítima se debe en cuerpos hereditarios, mientras los alimentos se prestan en frutos. La legítima se dispensa al hijo con carácter definitivo o perpetuo, puesto que se puede disponer de ella; los alimentos, verdaderamente, se dan mientras se viva, “*pro vita tantum*”.

⁷⁷ Joan Petri Surdi. “Tractatus de Alimentis”. 1644, t. IX, quaestio 2.

⁷⁸ “Tractatus de Alimentis”. *Cit. supra*, t. IX quaestio 2, 6.

⁷⁹ “Tractatus de Alimentis”. *Cit. supra*, t. IX, quaestio 15.

⁸⁰ Surdo. “Tractatus de Alimentis”. *Cit. supra*, t. IX, quaestio 34.

Sin embargo, era una práctica inveterada la de atribuir al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia. Sabemos que Justiniano acordó su supresión en la conocida “*Lex prohibemus*”, preocupado, al parecer por la quiebra, de la tradicional función alimentaria, asociada al mismo.

Bien es cierto que esta prohibición chocaba, a su vez, con determinados textos del Digesto que acogían el usufructo a favor de la mujer. Los autores abordarán el problema con ocasión sobre todo de la ley “*uxori meae*”, que admitía, como sabemos, el posible usufructo.

La contradicción se resolvería negativamente para el usufructo viudal por la Glosa ordinaria en el sentido de que la ley “*uxori meae*” había sido corregida por las leyes “*scimus*” y “*cum autem*”⁸¹.

Hay que reconocer, empero, que la aplicación de la ley “*prohibemus*” pugnaba abiertamente con la práctica seguida en Occidente de dejar a la esposa lo que hoy llamaríamos un usufructo de regencia o fiducia sucesoria según los casos. La costumbre en este caso se impuso sobre la citada ley.

Juan García Granero⁸² nos ha legado su espléndida investigación sobre el tema e indica que es posible que el grado de aplicación de la ley justiniana no fuera tan intenso como cupiera pensar.

Así en un papiro de Asuán, fechado entre 583 y 584, los cónyuges acuerdan que el sobreviviente reciba el usufructo y un amplio poder de disposición sobre los bienes poseídos durante su vida que habrían de pasar luego a sus hijos. En el documento se define el derecho del viudo

⁸¹ Corpus Iuris Civilis. Prudentium responsas caesarumque rescripta complectens”. Lugduni, 1600. Glosa de Accursio a la citada Ley del Digesto.

⁸² “Domna et domina, potens et usufructuaria”. Separata del Anuario de Derecho Foral. II. Diputación Foral de Navarra. Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Años 1976 y 1977. Pamplona. Nota 124, p. 142.

con palabras muy expresivas como “*vita frui ...ut omnium bonorum ... habeat et possideat superstes ... eoque pro suis habent et dominetur et administrat et habitet*”.

Esta cláusula anticipa el modelo que aparece en un formulario utilizado por los notarios bizantinos en el siglo XIII en el que se dice que “*dejo y declaro a mi cónyuge señora y dueña y potestativa de esta casa de ella*”, expresiones que coinciden asombrosamente —nos dice el autor— con las utilizadas en la misma época en el Occidente de Europa. De ahí que esboce la hipótesis, muy plausible, de si la fórmula “*domna et domina, potens usufructuaria*”, a la que dedica su estudio, no nacería en el Derecho vulgar romano-oriental, para pasar luego por influencia bizantina a Italia, y luego al resto de las comarcas europeas que la aplicaron.

La fórmula “*domina et usufructuaria*” emerge en documentos longobardos hacia el siglo octavo y desde luego se encuentra por toda Italia entre las colecciones documentales de Ravena, Nápoles, la Liguria y Venecia.

Esta atribución se realizaba normalmente condicionada al mantenimiento de la viudedad, y no faltan documentos que exigían una vida honesta inclusive. En realidad, más allá del usufructo lo que recibe la viuda en un complejo de poderes que conllevan la dirección de la comunidad doméstica.

Quizás, por ello, según García Granero⁸³, los escribas encontraron insuficiente el término “*usus fructus*” y se vieron en la necesidad de acumular más vocablos. Se llega así a denominar a la esposa “*domna et domina*” aparente tautología que quería señalar la condición de ésta como dueña y señora de la casa. Los escribas no experimentaban reparo alguno en sumar y vincular los conceptos de “*domina y usufructuaria*”. Y es que, en realidad, se trataba de una “*domina ad tempus*” en una posición similar a la

⁸³ *Op. cit.*, p. 138 y ss.

de un fiduciario vitalicio, con obligación de conservar los bienes y administrarlos y usufructuarlos, no en su propio y particular beneficio, sino en función de los más altos intereses de la familia.

La institución aparece igualmente en las regiones francesas de “*Droit écrit*”, y se extiende por Aragón, Navarra y Cataluña⁸⁴. Se encuentra, asimismo, en el primitivo Fuero de San Sebastián y es igualmente un antecedente del Alkar poderoso.

En Aragón la citada expresión o las equivalentes “*domina et poderosa*” y “*domna et poderosa*”, mientras se conserve viuda, fue una práctica que pasaría a ser derecho legal en la Compilación de Huesca, aunque ésta no recoja exactamente la señalada fórmula, ni ella ni ninguno de los fueros aragoneses, lo que se debería al hecho de que la cláusula coexistía con otras, y a que dicho usufructo había quedado tipificado en las fuentes y en la doctrina de los fueristas bajo el nombre de “*viudedad*”⁸⁵.

En Navarra, el Fuero de Estella de 1164 tiene el honor de ser la primera norma europea en calificar a la viuda de “*domina et potentissima*”. Idéntica denominación empleará el Fuero de San Sebastián que constituye una adaptación del mismo. La viudedad se denomina a menudo “*fealdat*” así en la versión romanceada “D” del citado fuero de Estella, y decididamente en el Fuero General y en capítulo 9 del Amejoramiento del Fuero sancionado en 1418.

⁸⁴ Según García Granero (*op. y loc. cit.*), los diplomas catalanes durante el siglo X no emplean la palabra usufructo, sino “*teneat et possideat in diebus suis*”. En el siglo doce se sustituye por la expresión “*domina y potens*” que acaso provenga, en opinión del admirado notario que fue de Pamplona, de los formularios notariales italianos. Se trata, en todo caso, de una propiedad temporal o fiduciaria. Esta práctica se recogerá luego por el “*usatge Vidua*” si bien la letra “*vidua habeat substantiam viri sui*” responden a una práctica documental anterior a la fórmula “*domina et potens*” lo que le lleva a preguntarse si reproduce una redacción privada de fecha anterior al siglo XIII.

⁸⁵ *Vid.* García Granero: *loc. cit.* pp. 180 y ss. Esp. 186.

El silencio de la fórmula notarial “*dueña, señora, mayora, poderosa y usufructuaria*”, reiteradamente empleada durante los siglos XVI y siguientes, tal vez se explique, según García Granero⁸⁶, por cuanto con el nombre de “*fealdat*” dichos fueros parecen aludir no tanto a un usufructo de viudedad como a un estado de prórroga o continuación de la comunidad conyugal.

Esta figura fue desconocida en Castilla y León. Sin embargo, existía el pacto de unidad que evitaba la partición de la herencia con los hijos y otorgaba al superviviente el usufructo universal. Dicho usufructo alcanzaba tanto a los bienes gananciales como a los propios, como justifica García Granero⁸⁷ en atención a los cartularios de Eslonza y San Pedro de Montes.

El problema adviene, porque esta práctica, pese a su extensión, colisionaba de plano con la expresada prohibición justiniana; de manera frontal al incluir la cláusula “*domina et usufructuaria*”.

Los glosadores la abordan con evidente desfavor. Ven en ella una contradicción, que resolverán por el expediente de entender que la palabra “*domina*” tiene el significado honorífico de preeminencia⁸⁸; claro es, que ello supone descartar las facultades dispositivas y de asignación y distribución de los bienes que atesoraba la viuda, restringidas a las propias de un usufructo en sentido estricto. Y la verdad es que, en presencia de hijos, ni

⁸⁶ *Opus cit.*, p. 205.

⁸⁷ *Opus cit.*, p. 210 y ss.

⁸⁸ Bartolo: “Ad quartum librum Cod, Tit. “De secundis nuptiis” “*lex unica*”. Venetiis 1586, señalaba, en n° 6, que “*tale legatum valeat no obstante repugnancia, quia dico possi reduci ad concordia*”, y en el n° 7 apuntaba, “*tamen Azo etiam tenebat idem dicatur dominus, solum ratione preeminencia licet ad eam non spectet proprietatem*”. La idea de la permanencia hará fortuna, así Menochius en “De praesumptionibus, coniectum, signis, et iudiciis qui circa ultimas dispositiones, voluntates morientium versatur”. Venetiis 1603. 2 ars secunda liber quartus” Cons. 139, n° 2.

siquiera se le considera una verdadera usufructuaria, a consecuencia de la llamada “*consuetudo bulgari*”, que de concurrir con hijos solo le reconocía alimentos.

Podemos seguir este proceso, a través, por ejemplo, de los diversos comentarios realizados por Bartolo acerca del particular:

En un dictamen admitió la validez del legado dejado a la viuda, no obstante la perplejidad provocada por la atribución simultánea de dominio y usufructo, que resolvía a base de negar el dominio, pues con dicha expresión, a fin de cuentas, sólo se quería resaltar su situación preeminente o de “*permanentiam in domo*”⁸⁹.

No era, pues, dominio⁹⁰ sino mero usufructo, del cual había que descontar la cuarta falcidia en beneficio de los herederos extraños, y, en todo caso, la legítima de los hijos (“*exceptio debito bonorum subsidio*”), de acuerdo con la “*lex quoniam in prioribus*”.

Sin embargo, en otro comentario⁹¹ se hace eco de la citada “*consuetudo bulgari*”, en virtud de la cual, la viuda, si había hijos, en vez del usufructo, recibía sólo alimentos. Y en su glosa a la “*Lex Titia*”⁹² imputa, tras los pasos de Accursio (C. 5,10) el origen de esta costumbre a la “*curia Bulgari*”.

De esta referencia, la equivocada imputación de la costumbre al glosador Bulgaro. La palabra curia en latín medieval —aclara García Granelo—⁹³ tenía también la significación de casa, se trataba, pues, como acla-

⁸⁹ Bartolo. “*Consilia*”, Venetiis 1586. *Consilium* CLXX, 1. vol.

⁹⁰ “Ad quartum librum Cod. Tit. “*De secundis nuptiis*”. “*Lex unica*” n° 8.

⁹¹ “Ad lib. VII Digest. Venetiis 1586. “*De usufructo, quibus modis usufructum amittit*”. Lex III n° 2.

⁹² “Ad lib. XXX Digest”. “*De legatis secundo*” LXXIII & *Titia*.

⁹³ *Opus cit.*, p. 218, nota 350.

raría Savigny⁹⁴, de la casa en la que habitó el glosador, comprada después de su muerte por la ciudad de Bolonia, y habitada por el “*potestá*”, donde otorgaba justicia. Este estatuto según el sabio alemán fue acordado, pues, por la asamblea ciudadana, reunida en la “*curia bulgari*”, la antigua casa de Bulgaro, y no era una calle de Bolonia, como creía Bartolo⁹⁵.

La “*cosuetudo*” se introdujo según dicho comentarista “*favor filiorum interpretandum*” y se basaba, por tanto, en el decir de Menochius⁹⁶, quizá, quien más pormenorizadamente la ha estudiado, en la presunción de que se quería más a los hijos, “*quos pater ipse praesumitur magis dilexisse quam propiam uxorem*”.

Esta práctica adquirió carta de naturaleza en Cataluña, conforme atestigua Cancer⁹⁷, al extremo de devenir con el tiempo una institución típicamente catalana, anclada en el paisaje y en el sentir del país, abstracción hecha de su formulación originaria, como demuestran las lecciones, de necesario recuerdo, impartidas por ese gran jurista que fue Martí Miralles⁹⁸. Esta costumbre se reconoce por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 29 de abril de 1916.

⁹⁴ “Storia del Diritto romano nel Medioevo, II capitolo XVIII, p. 27-28. *Cit.* por García Granero, *loc. cit.*, p. 218.

⁹⁵ “Histoire du Droit Romain au Moyen-Age”. Traduite par M. Charles Guenoux, t. IV. París 1839. Cap. XVIII, p. 26.

⁹⁶ “De praesumptionibus, coniectum, signis et iudiciis qui circa ultimas dispositiones, voluntates morientium versatur” Venetiis 1603. Pars secunda liber quartum Cons. 139, n° 5.

⁹⁷ Variarum Resolutionum” Venetiis 1760- P. I Cap, III n° 39: “quod mater quae relicta fuit usufructuaria omnium bonorum, consequitur alimenta tantum in vita filii. Mortuo tamen filio reintegrari ad usufructum omnium bonorum, excepta legitima filii, quae pertinet ad haereditatem filii, licet extraneos”.

⁹⁸ “Principis del Dret Successori” Barcelona 1925. Especialmente la sexta lectura, pp. 238 y ss.

La costumbre, que se extendió por toda Italia, como señalara Bartolo en el expresado comentario a la “*lex Titia*”, si bien se mira, brindaba una magnífica ocasión para que la doctrina aceptase la imposición de usufructo universal sobre la legítima de los hijos. Sin embargo, la opinión predominante se inclinó por deducir la legítima, con la salvedad, nos dice Vallet⁹⁹, de Dyno, de cuyo parecer discreparía Alberico de Rosate.

Esto motivó, que entre los autores de Derecho común se acabara por instalar una tendencia a la equiparación entre el usufructo atribuido al viudo y el reconocido a un extraño; criterio que seguirían el Proyecto de 1851 y la primitiva redacción del Código civil, lo que desde nuestra perspectiva actual connota una escasa sensibilidad, que separaba nuevamente la legislación castellana de la seguida en las otras legislaciones civiles, que permitían en su conjunto un tratamiento más favorable del cónyuge viudo.

Ejemplo de ello encontramos en Rodrigo Suarez¹⁰⁰ cuando reduce al quinto libre el usufructo universal dejado a la mujer o a un extraño (*relinquat uxori vel alteri*”), o en Mercurial Merlino¹⁰¹, que sintetiza la doctrina de los autores, partidaria de preservar la legítima frente al usufructo concedido a un extraño, aunque éste sea el cónyuge viudo (“*auod legatum usufructus omnium bonorum alteri factum...*”). Esta asimilación de la viuda con el extraño, a fin de salvaguardar la legítima filial, fue cosa común; otro

⁹⁹ “Cautelas de opción compensatoria...”. Tomos del Centenario de la Ley del Notariado, vol. 1. Sección tercera, p. 487, especialmente nota 215, en la que incluye el desmentido de Alberico y de paso la doctrina de Dyno: “*quod si maritus constituat uxorem dominam et massariam, et usufructuariam, quod debet habere usufructum omnium bonorum, et rerum, quod tamen (objeta Alberico) no est vero*”. Tengo para mí que muy probablemente la tesis de Dyno entronque con la aplicación de la “*consuetudo bulgari*” como puerta de salida para escapar de la prohibición justiniana.

¹⁰⁰ “*Repetitio Legis Quoniam im prioribus*”. Opera Omnia, 1614. Ampliatio tertia.

¹⁰¹ “*Tractatus abasolutissimus*”. *Loc. cit.*, L.III T.II Quaestio VII.

botón de muestra lo encontramos en Antonio Gómez¹⁰², que se interroga acerca del usufructo universal dejado a la mujer o a otra persona (*Item quaero, si pater instituat filium universaliter haeredem et uxori, vel extranei, relinquat usufructum...*) para contestar que el usufructo sólo habrá de subsistir en el quinto libre.

Hubo, con todo, un sector doctrinal minoritario que trataría de apoyar la extensión sobre la legítima filial del usufructo legado al cónyuge viudo.

Destaca, en este punto, Angelo degli Ubaldi¹⁰³, quien consideró válido el usufructo universal, si el valor de lo dejado al hijo en nuda propiedad rebasaba el importe de su legítima. Criterio que sería compartido por Bartolomé Caepolla¹⁰⁴.

No obstante, como pone de manifiesto Juan Vallet¹⁰⁵, esta tesis fue generalmente rechazada, por estimar que el hijo tenía derecho a recibir su legítima libre del usufructo, si bien Antonius Cucchus, Molinoeus y Jerónimo Ceballos¹⁰⁶ suavizarían sus consecuencias, al requerir que se compensara, la disminución sufrida por el usufructuario, con propiedades integrantes de la parte libre.

¹⁰² “Variae Resolutiones”. *Loc. cit.*, Cap. XI, 26.

¹⁰³ “In Authenticorum Volumen Aurea ac peregrina Comentaria.” Colla. III. T.V. “De triente et semisse”, vers. Prohibemus, n° 5 (ed. Venecia 1580). Citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 488, nota 236.

¹⁰⁴ “Tractatus Cautelarum” Caut. XXI n° 2. Lugduni 1578. Citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 489, nota 237.

¹⁰⁵ “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 489 y ss.

¹⁰⁶ “Speculum, practicarum et variarum quaestionum communium contra communes”. Quaestio 68, n° 2. *Cit.* por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria...”. *Loc. cit.*, p. 492, nota 250.

Entre los clásicos castellanos, Ayerve de Ayora¹⁰⁷, abordó el asunto con pulcritud, para argüir que debía admitirse la validez del usufructo si no sobrepasaba el valor del quinto libre. Razonaba, además, al hilo de la “*lex non amplius*”, que el hijo podía abonar a la madre el valor del usufructo en dinero o con la adjudicación de bienes hereditarios.

Sin embargo, estas opiniones no cuajaron del todo; ya antes del tratado de Ayerve, Rodrigo Suarez¹⁰⁸ y Antonio Gómez¹⁰⁹ se mostraron partidarios de restringir el usufructo al quinto de libre disposición, aunque, como señala Vallet¹¹⁰, un cierto número de autores, entre ellos Juan Gutiérrez, Ayllón Lainez, y Castillo de Sotomayor, se inclinarán por admitir la conmutación, de ser ésta la voluntad del testador, solución a la que se sumaría Febrero en pleno siglo XVIII.

El Proyecto de García Goyena introduce la siguiente cautela en el artículo 649:

“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”.

En sus “Concordancias” señalará el autor que el método, tomado básicamente del Código Francés, se aparta del prusiano, que ordena la capitalización de la parte que reciben los legatarios en anualidades o en usu-

¹⁰⁷ “Tractatus de Partitionibus bonorum communum inter maritum et uxorem et filios ac heredes eorum”. Secunda Pars, quasetio XXI Editio Novissima Valencia 1766. También citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria...”, *loc. cit.*, p. 492, nota 251, por referencia a la misma edición y a otra de Granada 1586.

¹⁰⁸ “Repetitio Legis Quoniam im prioribus”. Opera Omnia, 1614. Ampliatio tertia. También citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”, p. 494.

¹⁰⁹ “Variae Resolutiones”. *Loc. cit.*, cap. XI, 26. Editio Novissima, Madrid 1780. También citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 494.

¹¹⁰ “Cautelas de opción compensatoria...”. *Loc. cit.*, p. 495 y ss.

fructo para poder hacer la reducción. Por el contrario, el medio adoptado es mucho más sencillo, “*pues aleja las dificultades con que puede tropezarse para apreciar justamente las disposiciones objeto de este número*”.

Y añade el comentarista; “*Los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador: los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que son libres en ejecutar la disposición, si creen que no es inoficiosa y excesiva, o en emplazarla cediendo la parte disponible, si creen lo contrario*”. A continuación, ejemplifica según que la renta vitalicia se deje a una persona de edad avanzada y salud achacosa, supuesto en el que interesará a los herederos, o por contrario joven y robusta.

Pero lo que quisiera destacar es que ni el precepto ni su comentario mencionan específicamente al cónyuge viudo. En este punto, el Proyecto, al igual que luego el Código civil, equiparan, aparentemente, al viudo con un extraño, siguen la tónica que antes denunciaba en los autores de Derecho común.

Sin embargo, el artículo 653 del Proyecto, aunque pretende suprimir el usufructo universal, característicamente aragonés y navarro, concede al testador la posibilidad de favorecer al viudo con el usufructo de una parte de la legítima de los hijos, una cuarta si concurriera sólo con uno o una quinta de coincidir con dos o más.

Es muy clarificadora su justificación:

“Parece por lo menos humano y equitativo dar a los esposos entre sí mayor facultad para demostrarse su cariño y solicitud; y el ejemplo dado en este punto por otros Códigos era más recomendable para nosotros que habemos suprimido el usufructo universal de los viudos en Aragón y Navarra; de este modo el buen esposo deberá a sus merecimientos y al amor del difunto lo que aun el malo debía en dichas provincias a la fría disposición de la ley”. Y concluye: “el viudo o viuda podrá percibir siempre más que un extraño, en usufructo, quedando hijos...”.

En esta explicación, a diferencia de lo que ocurre con la opción en sede de reducción, sí aparece la contraposición entre el viudo y el extraño. Pareciera que estos dos artículos, 649 y 653, hubieran seguido un itinerario distinto, aunque en el Proyecto no tiene consecuencias apreciables, ya que el quinto de libre disposición, sumado a la parte de la legítima filial susceptible de usufructo viudal, en ninguno de los casos alcanza la mitad de la herencia.

Las proporciones varían, muy significativamente, en nuestro Código civil. Pero, en la actualidad el usufructo universal constituye una realidad indiscutible en los testamentos, aunque para ello hay que valerse de cláusulas de opción compensatoria, verdaderas cláusulas de estilo. El usufructo universal no cierra, sin embargo, no cierra el paso a una posible fiducia sucesoria con arreglo a la última versión del artículo 831 del Código civil, que de alguna manera reanuda el tracto sucesivo interrumpido con la antigua la cláusula “*domina et usufructoria*” de la que hemos tratado.

La recepción de la desdichada “*lex prohibemus*” supuso, como hemos anticipado, una escisión entre las facultades dominicales y las usufructuarias, tradicionalmente delegadas en el cónyuge viudo. Pero esto no implica su desaparición. Al lado del usufructo, e independientemente del mismo, aparece el poder testatorio, con la doble función de diferir la elección del sucesor y la de preservar, en el caso del cónyuge viudo, su posición, muy reforzada gracias a la potestad distributiva.

Ocurre a menudo en la historia, cuando parece que se cierra una puerta, se abre otra. El sentimiento cuando es razonable, al igual que el agua, siempre encuentra salida. El artículo 661 del Proyecto de García Goyena se apartó del poder testatorio regulado en las leyes 19 y 31 de Toro; pero, siguió otra vía en el 663 que llevaría al 831 del Código civil, dos veces reformado en una línea cada vez más próxima a fiducia regulada en el derecho foral, que debe tomarse en cuenta para su correcta interpretación.

García Goyena anotaría que:

“Las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio... Esta disposición era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que venía a ser casi nominal la legítima de los hijos”.

Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría.

El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos merece bien esta distinción.

Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismo felices resultados”.

Nos hemos de preguntar, igualmente, si el 831 en su actual versión modifica lo dispuesto en el artículo 670 del Código Civil¹¹¹.

Evidentemente, la delegación de la facultad de mejorar ha entrañado siempre una excepción a esta norma, ya que habilitaba la cónyuge para fijar la cuantía de la cuota a recibir por los hijos comunes.

Pero, aunque se ha interpretado siempre de esta manera, la pregunta que personalmente me hago es si cabe considerar al cónyuge como un extraño.

¹¹¹ “El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación ni en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento e herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

Esta identificación entre el cónyuge y los demás extraños fue una consecuencia de la “*Lex prohibemus*” de Justiniano que prohibiría el usufructo universal a favor de la viuda. Los autores de Derecho común consideraron que en la jerarquía de afectos prevalecían los hijos sobre el otro padre; sin perjuicio de anteponer al cónyuge viudo respecto de otros herederos extraños, como sucedía con la “*consuetudo bulgari*”¹¹² que no era de aplicación en este caso.

La idea que subyace en el precepto es que el otro padre no es un extraño respecto de los hijos, sino en expresión que utiliza Garrido Palma, un “alter ego” del testador.

El artículo 831 está en íntima relación con las instituciones forales de naturaleza fiduciaria: el testamento por comisario, la fiducia, el heredero distribuidor o el Alkar poderoso. El cónyuge viudo o pareja con análoga relación de afectividad, en la nueva redacción del precepto, si está legitimada para ejecutar el encargo en su propio testamento, puede aplazar, hasta su fallecimiento, el pago de la legítima de los hijos comunes, así se desprende de la finalidad del precepto y de su misma literalidad, mal que le pese a la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de mayo de 2019, justamente criticada por Juan Bolás, y que habrá de revisarse, creo yo, por el Alto Tribunal, a raíz de la reforma del artículo 808 del Código civil por la Ley 8/2021.

¹¹² La “consuetudo” fue introducida, como sabemos, por la curia de Bolonia, se aplicaría por toda Italia, y ha perdurado hasta tiempos recientes en Cataluña, donde actualmente se puede imponer por el causante, y consiste en considerar al viudo, en beneficio de los hijos, y, no obstante, su condición de usufructuario universal, como alimentista, con la consecuencia de incorporar al capital los frutos excedentes (no consumidos en alimentos).

El cambio de fisonomía normativa

Volvemos al curso de nuestra exposición histórica: el paso de la costumbre a la ley no es cosa mala. Presenta indudables ventajas e inevitablemente algunos peligros: el mayor de ellos separase del derecho vivido, pero también la pretensión de exhaustividad y la pulsión normativa o propensión a la pronta modificación.

En este sentido, es de aplaudir el buen criterio que refleja la Exposición de Motivos de la ley gallega:

“Estamos ante el derecho vivo de Galicia. Nacido en los campos gallegos, como emanación singular de un rico derecho agrario, desbordado hoy, incluso en la vida cotidiana de sus urbes”.

Y también la Exposición de Motivos de la Ley vasca:

“Y todo esto, siempre con la idea de mantener vivo y aprovechar el legado del Derecho tradicional y consuetudinario, pero con la vista puesta en el mundo de hoy y en un país como el vasco que tiene una gran actividad mercantil e industrial y no puede identificarse con la sociedad rural de hace unos siglos a la que formulación original de aquel derecho respondía”.

Como ocurre con otras peculiaridades del País Vasco, que mantienen como fondo esencial el Derecho castellano europeo, el texto debe ser interpretado junto al Código Civil español, pues no pretende agotar el contenido de las viejas instituciones civiles, que en buena parte se mantienen vivas en la forma en que las regula el Código civil., el cual tiene un carácter de derecho supletorio”.

La propensión a la modificación de las leyes no es cosa buena. Pero, ¿no es legislar también un pecado?, se preguntaba Jean Carbonnier para responder, finalmente, que la ley es un mal necesario.

Y no es, desde luego, inexacta, la observación de Lluís Figa, reflejada en el expresivo título de una conferencia suya, “*El Dret Civil català en perill*”¹¹³, dada el año 1991 en la Academia de Jurisprudencia de Cataluña, en la que se vale de Aristóteles para recordar que: “*si miramos las cosas, desde otro punto de vista, el tema requiere ser tratado con algo más de calma, ya que si la mejora obtenida con la modificación de la ley es pequeña, como no es buena cosa acostumar a la gente a cambiar de leyes, es claro que es mejor dejar sin corregir las equivocaciones de legislador...*”. Y lo mismo Ulpiano en D.1.4.2 “*al establecer cosas nuevas, debe ser evidente la utilidad de separarse de aquel derecho que por mucho tiempo ha parecido justo*”.

Advertía Figa, que alumbrar una ley nueva, no es solo destruir la antigua, sino también la jurisprudencia y doctrina que la complementa. La modificación de una ley antigua o la regulación de una situación nueva es perjudicial, salvo que la ley sea útil y absolutamente necesaria. Hoy, utilizando un símil que era de su gusto¹¹⁴, el legislador catalán, enfrascado en “*la construcción del nuevo sistema jurídico privado catalán*”¹¹⁵, ha decidido construir una catedral antes que un retablo, una opción más próxima al “*mos gallicus*, en torno a la conceptualización y sistematización lógica, alejada, de alguna manera, del tradicional, “*mos italicus*”, cultivado por los juristas catalanes y representado “*por el ansia de contacto cordial y humano*”: dos estilos distintos, que reproducen la oposición de Pascal entre el “*esprit geometrique*” y el “*esprit de finesse*”. Queda flotando en el aire aquella pregunta que el mismo se formulara en la Academia Matritense del Notariado hace casi cincuenta años: *¿es posible la catedral sin el retablo que le da sentido*”. El Derecho no debe olvidar la vida ni el sentimiento, perfecta-

¹¹³ Vid. “Miscelánea Lluís Figa i Faura. Barcelona, 2000, pp. 175 y ss.

¹¹⁴ “Mos italicus y los juristas catalanes” Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 22 de febrero de 1974, publicada en los Anales, t. XX; y en *op. cit.*, supra, pp. 111 y ss. esp. 132.

¹¹⁵ Exposición de Motivos de la Ley 5/2006, del libro V del Código Civil de Cataluña.

mente reflejado en nuestros documentos notariales como “els capitols” de la pubilla de Unarre. Y este es el verdadero peligro: perder el alma.

Y el alma es la libertad civil, suma de las libertades individuales y, consecuentemente igual al interés general, por encima de los intereses públicos, pues no son la misma cosa¹¹⁶.

Finalmente, pluralidad y la diversidad no es cosa mala. Nos permite aprender a los unos de los otros. En realidad, constituye una cantera llena de soluciones y fórmulas para el jurista práctico, especialmente para quienes somos notarios, en contacto con las personas y sus necesidades. La libertad civil, de acuerdo con Joaquín Costa, es, en el fondo, la mejor forma de unificación jurídica. Y lo es, porque permite hablar al ser humano y hablando se entiende la gente, sin olvidar el bello paso de Hermogeniano en el Digesto, de que “*Cum igitur hominum causa omne ius constituit sit*”.

¹¹⁶ Por ejemplo, en el artículo 33 de la Constitución tenemos tres intereses: el privado de los propietarios, el interés público, verbigracia el planeamiento, y el interés general, evitar la especulación, que se sigue a menudo de ese interés público que con los planes amuralla artificialmente las ciudades.