

LA PROBLEMATICA HISTORICA DEL HEREDAMIENTO

SUMARIO: I. El heredamiento y sus problemas.—II. La terminología.—III. La continuidad histórico-jurídica.—IV. La antigüedad.—V. La patria.—VI. La adecuación a los sistemas normativos históricos.

I

EL HEREDAMIENTO Y SUS PROBLEMAS

A diferencia de lo sucedido con el Apéndice foral aragonés, que no lo recogió expresamente, la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960 ha reglamentado en su articulado la institución del heredamiento, a la que ha dedicado un título, el cuarto del libro primero. No podía ser de otra manera, si se tiene en cuenta la importancia que el heredamiento tiene dentro del Derecho catalán, pues ya Brocá lo calificó de “la institución jurídica más típica de Cataluña”¹, y Roca Sastre, más moderado, la ha situado constituyendo, junto con el fideicomiso y la enfiteusis, las tres figuras básicas del Derecho indígena y peculiar catalán². Con ello, se cumple una etapa muy importante en la evolución de la institución, que de eminentemente consuetudinaria pasa a institución “legal”, con todas sus consecuencias, especialmente la de su cristalización. Sigue así, un camino que han seguido casi todas las instituciones civiles, que alguna vez han sido creación viva de la sociedad, desarrollándose fuera de los estrechos límites de la norma escrita,

1. GUILLERMO MARÍA DE BROCÁ, *Historia del Derecho de Cataluña*, Barcelona 1918, p. 699.

2. RAMÓN MARÍA ROCA I SASTRE, *L'heretament fiduciari al Pallars Sobirà* (Conferencies sobre varietats comarcals del Dret civil català), Barcelona 1934, p. 101.

para terminar siendo absorbidas por ésta, y se ofrece una vez más la al menos aparente contradicción de los defensores del Derecho consuetudinario, que siempre que es posible proceden a "legalizarlo", cuando no, a quejarse de la falta de reglamentación siempre que la institución ofrece algún defecto o tiene algún inconveniente³.

Precisamente por su condición de institución consuetudinaria, el heredamiento ofrece muchos problemas de carácter histórico-jurídico, que, a su vez, repercuten en la dogmática actual⁴, máxime si se tiene en cuenta el valor, al menos interpretativo, de la tradición jurídica catalana⁵, pero tales problemas no es fácil que se resuelvan en el momento presente, dada la falta de espíritu historicista que hoy se observa en gran parte de la ciencia jurídica catalana⁶, pese a que era ésta uno de los últimos reductos del historicismo en nuestro país. Si la ciencia jurídica en general se desentiende de estos menesteres, corresponde entonces el hacerlo con exclusividad a la Ciencia de la Historia del Derecho. Dada la entidad de la empresa, que requeriría el acceso a fondos archivísticos no explorados, aquí no cabe nada más que sacar a la luz algunos de esos problemas y

3. Este es el caso de JOAQUÍN COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, Barcelona, p. 116, quien como apéndice publicaba la consulta que hizo a Luis Franco, Joaquín Gil y Bergés, Marceliano Isabal, Joaquín Martón y Mariano Ripollés sobre el caso por él hallado de ausentarse el matrimonio heredado, privando de auxilios al heredante después que le habían privado también del derecho de vender e hipotecar, y se quejaba de que el heredamiento no estuviera reglamentado. El gran jurista oscense, para no recurrir al Juzgado, que le espantaba, ni al Código civil, proponía la nulidad del heredamiento por falta de insinuación, fundamentándolo en que aunque según Portolés, Sessé y otros, la insinuación no era necesaria en las donaciones por matrimonio, el fuero no decía nada (op. cit., pp. 124-25); es decir, se acogía en esta ocasión a la ley escrita aun contra el sentir de los foralistas, que, por otra parte, concordaba con la exención de insinuación para ese tipo de donaciones en Cataluña, según lo dispuesto en una constitución de Fernando el Católico.

4. Ejemplo de ello es el que en la vigente Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, de 21 de julio de 1960, el heredamiento, aunque definido como institución de heredero, no ha sido incluido en el libro de las sucesiones, sobre lo que se insistirá más adelante.

5. Vid. la Compilación cit., art. 1.º, par. 2.º

6. Lo he destacado en un artículo publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, marzo-abril 1961.

hacer algunas anotaciones sobre los mismos, con la única pretensión de que, positiva o negativamente, den pie para futuras investigaciones.

II

LA TERMINOLOGIA

Uno de los problemas que plantea el heredamiento es el de su propio nombre. Hay términos jurídicos que son consecuentes con su propia significación etimológica: otros, que aunque no lo sean se aplican a un concepto jurídico unívocamente, y, finalmente, hay otros cuya significación aparece fluctuante, con lo cual llegan a desconcertar. El heredamiento es, quizá, una de estos últimos. Equivalente romanceado del "hereditamentum" o "hereditagium", se trata de un término medieval, sin que aparezca en el latín clásico, y viene a tener, según Du Cange, la significación de un "ius ad hereditatem" ⁷. Consecuentemente a esta significación, para Moll en nuestros días, "heretament" es acción y efecto de heredar, para lo cual se apoya con citas de las Crónicas de Jaime I y Pedro IV ⁸. Con la significación de herencia también es utilizado por Vidal de Canelles, según Tilander ⁹, y como derecho hereditario o sucesorio se encuentra también en el Fuero de Teruel, según Gorosch ¹⁰.

Sin embargo, el término no queda reducido a este derecho a la herencia o a este derecho sucesorio, pues un término estrechamente emparentado con él, como es el de "hereditare", se aplica, según ha registrado Eulalia Redón, a adquirir, pero no sólo por herencia ¹¹.

Un giro que quizá filológicamente deba estimarse normal es el que conduce a su significación de bienes inmuebles o raíces. En

7. DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Graz 1954, t. IV, p. 195.

8. FRANCISCO DE B. MOLL, *Diccionari catalá-valenciá-baleár*, Palma de Mallorca, t. VI, p. 515.

9. GUNNAR TILANDER, *Vidal Mayor*, Lund 1956, p. 157. En la traducción aragonesa de la obra *In excelsis Dei thesauris*, III, 13, se dice: "por donacion, uendition o por leixa o por heredamiento".

10. MAX GOROSCH, *El Fuero de Teruel*, Estocolmo 1950, p. 546.

11. EULALIA RODÓN BINUÉ, *El lenguaje técnico del feudalismo*, Barcelona 1957, pp. 134-136.

cuanto "hereditas" viene a designar tanto la acción como el efecto de heredar, puede indicar los bienes que se heredan, pero siendo éstos en su mayoría inmuebles, o residiendo al menos en ellos la máxima importancia de los bienes transmitidos, no es extraño que, como también ha registrado Eulalia Rodón, "hereditas" signifique en sentido estricto los bienes que se heredan, y en sentido lato el fundo o "heredad"¹². Si "heredamiento" es un término estrechamente emparentado, e incluso equivalente, es lógico que también adquiriera la significación antedicha. Ello explica que Ilarregui y Lapuerta, tradujeran "heredamiento" con referencia al Fuero General de Navarra por bienes raíces¹³, y que con referencia a los Fueros de Aragón, Savall y Penén tradujeran "hoereditamentum", como "heredium" o "predium"¹⁴.

Es sumamente curioso que una significación que procedía de aplicar al objeto de una acción el nombre de ésta, haya podido dar lugar a la aplicación del mismo nombre a otra acción, que teniendo por objeto el mismo era, sin embargo, distinta de la originaria. De "heredamiento" como acción de heredar pudo llegarse a "heredamiento" como bienes raíces en cuanto éstos eran normalmente los bienes heredados, pero de este "heredamiento" como bienes raíces pudo llegarse al "heredamiento" como donación de esos mismos bienes. En el Fuero General de Navarra posiblemente se utiliza así en alguna ocasión¹⁵, contraponiéndolo a la donación de muebles, como sucede con el término "hereditas" en una de las recopilaciones privadas de fueros de Aragón¹⁶ y en las propias colecciones

12. Loc. cit. en nota anterior. Recuérdese lo sucedido en Castilla con el término "juro de heredad" y con la acepción de bienes propios y adquiridos.

13. PABLO ILARREGUI y SEGUNDO LAPUERTA, *Fuero General de Navarra*, Pamplona 1869, p. 177.

(14) PASCUAL SAVALL y DRONDA y SANTIAGO PENÉN y DEBESA, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, t. I, Zaragoza 1866, p. 185. Mientras tanto, "hereditare" lo traducen como "jure haereditario obtinere".

15. Fuero General de Navarra, lib. III, tit. XIX, caps. I y II, donde después de contraponer "dono" de "heredat" al de mueble, se contrapone "dar heredamiento" a la donación de muebles y otras cosas.

16. JOSÉ M. RAMOS LOSCERTALES, *Textos para el estudio del derecho aragonés en la Edad Media. Recopilación de fueros de Aragón*, AHDE, II, pp. 491 y ss. En el núm. 99 se prevé que el padre o la madre den a uno de

oficiales de éstos¹⁷. Tilander ha atribuido a “heredar” la significación de dar tierras o heredades a alguien, junto a la de dar herencia¹⁸.

Quizá a través de esta extensión del concepto por un rebote filológico, se ha podido llegar a aplicar la palabra “heredamiento” a la donación “inter vivos”, especialmente si ésta se ha realizado a favor de los que tenían la condición de herederos, lo que normalmente sólo tendría lugar con motivo del matrimonio de éstos, que es como parece usado el término catalán “heretament” en la famosa constitución “A foragitar fraus”, de Pedro IV de Aragón¹⁹. Esta vinculación al matrimonio puede explicar el que, según Du Cange, la “firma dotis” en Aragón haya recibido también la denominación de “hereditamentum maritorum”²⁰.

Esta extensión del término le ha ido desvinculando de su raíz etimológica, y, por ello, no ha satisfecho a las mentes humanísticas de los juristas de los siglos xv y siguientes. Si se coge el Repertorio de los fueros y observancias de Aragón de Miguel del Molino, se observará que, siguiéndose una forma alfabética de conceptos, aparece el de “haeres”, pero no se ha recogido “heredamiento”, lo que no deja de ser sintomático, a menos que pueda justificarse por el pie forzado de las disposiciones que comenta y su terminología²¹.

sus hijos o hijas “donum mobile et hereditatem”, autorizándose solamente uno u otro.

17. SAVALL Y PENÉN, op. cit., lib. IV, p. 175, donde se prevé que el padre o la madre den a alguno de los hijos o hijas “certam determinatam partem alicuius haereditatis... donationis” con carta, fianza y testigos “sicut consuetudo”.

18. Loc. cit. en nota 9.

19. “... heretament, o donatio... en temps de Noces”. Pedro IV en Cortes de Perpignan, 1351. Vid. *Constitutions y altres drets de Catalunya*, Barcelona 1704 (ed. facsímil del Colegio de Abogados de Barcelona), vol. 1.º, V, 2, 1.

20. Sobre las distintas denominaciones de “firma dotis”, “arras”, “excreix”, donación “propter nuptias”, etc., en el Derecho aragonés, podrá consultarse mi trabajo inédito sobre el régimen económico-matrimonial en la Historia del Derecho español.

21. MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium, fororum, et observantiarum regni Aragonum*, Zaragoza 1585. FRANCISCO PALÁ MEDIANO, *Los señores mayores en la familia alto aragonesa*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca 1943, pp. 141-162, nota 1, informa que el término “heredamiento” es peculiar

Si en Miguel del Molino no es nada más que sospecha, en Socarrats y en Fontanella es certidumbre. El primero manifiesta que “hereditas” no puede decirse de los vivos, pues la sucesión se defiere por testamento o “ab intestato”, y se ve forzado a justificar el que en Cataluña se use la palabra “hereditamentum” con el significado de donación por el hecho de que en la exposición de los vocablos debe seguirse el uso y la costumbre, ya que por poner un vocablo por otro no se vicia la sustancia²². Fontanella parte de la confusión del vocablo, en cuanto estima que no aparece bien explicado por los doctores, y reconoce, siguiendo a Socarrats, el carácter impropio que tiene el término en el lugar de las capitulaciones matrimoniales que glosa, en donde significa “merum contractum”, es decir, donación entre vivos, como asimismo es el significado de “hereditare”, “facere haereditamentum”, “pacisci quod filius sit haeres”, y como aparece en la constitución “A foragitar fraus” y en Pere Albert. Si bien conoce la doctrina de Celso Hugo, para el que la significación es otra, pues “haeres” no es el heredero señalado para después de la muerte, sino el hijo que se entiende ha de suceder sucesivamente cuando el llamado no tenga heredero, el jurista catalán ha de reconocer que se emplea cuando el llamamiento es conjunto, y no sucesivo, es decir, cuando la palabra es impropia, por más que, fiel admirador de la Audiencia, como siempre lo fué, justifique el uso por ella de la significación impropia, basándose, como Socarrats lo había hecho, en el uso y costumbre, o en algún otro fundamento no muy sólido, como el de que aun siendo contrato entre vivos se consideraba que el padre donando al hijo en contrato de matrimonio prevenía el día del supremo juicio²³. En otros momentos, y con rigor filológico que contradice en cierta manera las significaciones que se ve precisado a aceptar, sale por los fueros de la auténtica etimología de “haereditare” como “facere haeredem”, y de la equivalencia del romance “heretar” al latín “haeredem facere”²⁴. Esta insatisfacción del término

de Cataluña y no se usa en Aragón, donde la institución hereditaria contractual se denomina “nombramiento de heredero”.

22. JUAN DE SOCARRATS, *Comentariis super Consuetud. Feud. Principatus Cataloniae*, Lugduni 1551, pp. 252-52.

23. JUAN PEDRO FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, t. I, Genevae 1752, cl. IV, gl. VI.

24. Op. cit., cl. IV, gl. IX, pars IV, núm. 46.

ha llegado al movimiento compilador de nuestros tiempos, como puede verse en su verdadero promotor, Durán y Bas, quien, siguiendo a Fontanella, declaraba al vocablo como no bien formado-etimológicamente ²⁵.

He aquí un primer aspecto de la problemática histórica del heredamiento. Si el Derecho debe apoyarse en la significación de las palabras que le sirven de base —y no debe olvidarse que el Derecho como ciencia o arte de las relaciones humanas está fundamentado en el valor del verbo y, por ello, aparece frecuentemente vinculado a los estudios gramaticales—, en el presente caso no puede hacerlo, porque el heredamiento, históricamente, es acción y efecto de heredar; modo general de adquirir; designación específica de los bienes inmuebles o raíces o de su donación; donación entre vivos, más o menos vinculada al momento del matrimonio... y también institución contractual de heredero, únicamente otorgable en capitulaciones matrimoniales ²⁶.

III

LA CONTINUIDAD HISTORICO-JURIDICA

El concepto actual y su inseguridad.

El concepto actual del heredamiento en el Derecho catalán legislado, ya que en el aragonés no ha sido recogido, y que desde ahora penetra también en el ininterrumpible campo de la Historia, es el de una institución contractual de heredero. El problema está en si este concepto ofrece continuidad histórico-jurídica, es decir, si remontando el curso de la Historia, y sin pretender una total inmutabilidad, el heredamiento sigue siendo una institución contractual de heredero.

Desde luego, la impresión que produce la regulación de la institución en la vigente Compilación del Derecho Civil especial catalán es la de una cierta inseguridad del concepto. Es sintomático que en el informe del proyecto a las Cortes se manifestara que la definición

25. MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona 1883, p. 89.

26. Así lo define el artículo 63 de la Compilación catalana vigente.

se había hecho “superando viejos conceptos”²⁷, y, sobre todo, lo es la sistemática observada. Si el heredamiento es una institución de heredero, ¿por qué no ha sido llevada al libro segundo, que es el que trata de las sucesiones? No empece el que sea una institución contractual, pues el artículo 97, que inicia el libro, ya prevé el que la herencia se defiera por contrato. Podrá alegarse que al sólo poder otorgarse en capitulaciones matrimoniales, la institución tanto afecta al derecho de familia como al derecho de sucesiones, pero a esto cabe objetar: a) que en la definición, la calificación esencial es la de institución de heredero, pues las capitulaciones sólo actúan a manera de elemento condicionante de lugar; b) que por esta razón, toda institución contractual de heredero debería llevarse al libro de obligaciones y contratos, y c) que tampoco se ha llevado al lugar donde se regulan las capitulaciones matrimoniales, que es el título III del libro I, dedicado al régimen económico conyugal, sino que se ha creado un título independiente.

En verdad, el movimiento compilador no parece que se haya limitado a recoger el viejo Derecho, sino que ha superado “viejos conceptos”, incluso de sí mismo. Durán y Bas, su promotor, había reconocido en el heredamiento fuerza de contrato, pero advirtiendo, a la vez, que sus efectos, a veces, asemejaban la institución hereditaria²⁸. En la Compilación, estos dos elementos, contrato e institución hereditaria, que antes aparecían dispersos y sólo en una conexión ideal remota, han sido reunidos y vinculados el uno al otro, formándose así una categoría, que ofrece al jurista perfiles definidos, y que, por ello, quizá ha de satisfacerle, pero que al historiador le ha de inquietar por la inseguridad del concepto. El heredamiento, al que sólo su condición histórica justifica que haya sido recogido en la Compilación²⁹, ¿fue en verdad en tiempos pasados una institución contractual de heredero?

27. Discurso del Excmo. Sr. D. José M.^a Porcioles Colomer, en la edición de la Compilación vigente por el *Boletín Oficial del Estado*, Madrid 1960, p. 22.

28. Loc. cit. en nota 25.

29. No debe olvidarse que el objetivo de la Compilación ha sido recoger el Derecho histórico catalán, y que por otra parte el heredamiento se halla en estado de decadencia, como lo ha reconocido el Sr. Porcioles, loc. cit. en nota 27.

La ausencia de unidad jurídica del heredamiento.

Casi simultáneamente a la pregunta anterior aparece la duda sobre la propia unidad jurídica de lo que se llama heredamiento, y que hoy la tiene legislativamente al integrar, como se ha dicho, un sólido título en la Compilación. ¿Puede ser la misma cosa la institución de heredero a favor de una persona que vive, está totalmente formada, puesto que incluso va a contraer matrimonio, y a la que normalmente se hace transmisión de los bienes, que el señalamiento de las condiciones para ser herederos de aquellos que ni aun todavía engendrados puedan nacer de un conyugio, y cuyos efectos sólo tendrán lugar una vez fallecido el instituyente? Se dirá que a todos les une una denominación común, pero el jurista no puede apoyarse sólo en el nombre, y así lo ha entendido la misma Compilación cuando ha otorgado el efecto de heredamiento a las donaciones universales otorgadas en capitulaciones matrimoniales, aun cuando no usen del término ³⁰.

Si se mira más allá de la Compilación, la ausencia de unidad jurídica aún se agiganta. Fontanella, aceptando que "haereditare" fuera donar y que "haereditamentum" fuera donación, negaba, sin embargo, que todo heredamiento fuera válido y que todo heredamiento fuera donación ³¹, negando así, pues, su unidad, y los historiadores catalanes del Derecho, tal como Brocá, atribuyen distinto origen a unos y otros heredamientos, pues, como más adelante se verá, se les hace radicar a unos en el usatge "Auctoritate et rogatu", en tanto a otros, en el usatge "Possunt etiam", cuando uno y otro usatge responden a muy diferentes concepciones.

Esta ausencia de unidad jurídica explica quizá el carácter complejo que se ha tenido que ver en el heredamiento, dando lugar al hermafroditismo que, al decir de Brocá, fué declarado por Fontanella y reconocido hasta por el Tribunal Supremo ³², o a esos esfuerzos de Durán y Bas por hacerlo inteligible a través de distinguir su naturaleza por el origen, el carácter legal, la forma de disposición y el fin ³³.

30. Vid. el artículo 68, par. 2.º, de la Compilación.

31. Loc. cit. en nota 24.

32. BROCÁ, op. cit., pp. 700-1.

33. DURÁN Y BAS, op. cit., pp. 89-90. Según el ilustre jurista, por su

El alejamiento del heredamiento respecto del derecho hereditario.

Si como consecuencia de la citada ausencia de unidad jurídica se toma sólo uno de los tipos de heredamiento, como es el que la Compilación denomina "a favor de los contrayentes" y se "asciende" históricamente, puede apreciarse un alejamiento de todo derecho hereditario, que se hace especialmente patente en la doctrina jurídica de los siglos XVI y XVII. Para Cáncer, que, como se sabe, fué jurista reputado, independientemente de que considera nula toda donación de bienes presentes y futuros sin reserva de testar³⁴, estima que el donatario de todos los bienes presentes y futuros no es tenido por heredero, y así no puede ser convenido por acciones personales³⁵. Cuando habla de la mora del padre constituida después de hecha la donación al hijo, estima que no puede perjudicar a éste, por ser sucesor particular³⁶, es decir, no le atribuye la condición de heredero, y es más, diserta ampliamente sobre la conveniencia de que el hijo, además de ser donatario, sea nombrado heredero, y téngase en cuenta que está equiparando la donación al heredamiento. Para Cáncer, aquello es útil, pues el título de la donación y de la institución tienden al mismo fin y no se contradicen, e incluso por aceptar la institución no se entiende que se renuncie a la donación. El derecho del donante, y ello indica que se está refiriendo al heredamiento, radica en el donatario tan pronto como muere el donante y aquél acepta la heredad, y si el derecho de donación se extingue, el donatario que además ha sido instituido heredero puede conseguir la mutación del dominio. En caso de colisión, considera superior el título de la institución al de la donación, de forma que si el testador dispone en testamento de cosas donadas en perjuicio del testamento, se considera que el donatario renuncia a este título³⁷.

origen proviene de una donación; por su carácter legal, es una donación "inter vivos"; por la forma de constitución, es un pacto dentro de las capitulaciones matrimoniales, y por su fin, es una disposición para el día de la muerte.

34. JAIME CÁNCER, *Variae Resolutiones Iuris Caesaris, Pontificii, & Municipalis Principatus Cathaloniae. Pars Prima*, Venecia 1643, cap. VIII, núm. 74.

35. Op. cit., loc. cit. núm. 68.

36. Op. cit., loc. cit. núm. 134.

37. Op. cit., loc. cit. núms. 183, 191, 198 y 184.

Lo dicho anteriormente está referido fundamentalmente al heredamiento a favor de los contrayentes, pero el alejamiento del derecho hereditario es tal, que en el mismo Cáncer, el contrato entre los cónyuges de heredar a los hijos procreados del matrimonio, que él reconoce como válida en Cataluña, se considera también como donación, esto es, como una donación que los cónyuges hacen a los hijos del matrimonio respecto de los bienes presentes³⁸. Claro está, que todo esto obedece a una falta de adecuación al sistema normativo de la época, como más tarde se expondrá, y que postura tan extremada quizá no pueda llegarse a sostener en relación a otros heredamientos, tal como el denominado "fiduciario" por Roca Sastre, y que era el que el padre o madre otorgaba a aquel de los hijos que eligieran los dos parientes más próximos en el supuesto de que el padre o madre o el cónyuge murieran sin instituir heredero³⁹, pero ésto no contradice el alejamiento de los otros tipos de heredamiento, y, en todo caso, lo que hace es confirmar la ausencia de unidad jurídica señalada anteriormente.

Este alejamiento del heredamiento respecto del derecho hereditario, ¿fué único de los siglos XVI y XVII? En 18 de junio de 1164, la reina de Aragón Doña Petronila hace una donación a su hijo, el que fué Alfonso II de Aragón, que si bien no recibe el nombre de heredamiento es muy similar a éste, y en la que incluso destaca que las cosas transmitidas no podrán ser repetidas en ninguna forma, confirmando al mismo tiempo la voluntad de su esposo, lo que no la impide, sin embargo, que nueve años más tarde, en 1173, considere necesario hacer testamento sacramental⁴⁰. En nuestros días, un buen conocedor del Derecho catalán, como Brocá, consideraba que el donante podía disponer de los bienes futuros "inter vivos", aunque no "mortis causa"⁴¹, lo que significa no otorgar al donatario la condición

38. Op. cit., loc. cit. núm. 130.

39. ROCA I SASTRE, op. cit., pp. 102-3.

40. PRÓSPERO DE BOFARULL Y MASCARÓ, *Colección de documentos inéditos del Archivo General de la Corona de Aragón*, Barcelona 1849, t. IV, doc. CLXVI, donde D.^a Petronila dice: "Auctoritate legali decretum est ut res donate si in presenti tradite sunt nullo modo repetantur a donatore... dono et laudo et concedo tibi dilecto filio meo Ildefonso...". Vid. el testamento en op. cit., doc. siguiente.

41. BROCÁ, op. cit., p. 713.

de heredero, y puesto a calificar el heredamiento, si desde el punto de vista de modo de adquirir lo hacía como título universal, frente al Derecho romano, para el que la donación tenía siempre carácter de título singular ⁴², no lo asimilaba a un derecho hereditario. Esto no obsta para que haya podido haber otros momentos en que ese alejamiento no se haya dado. Hinojosa, que publicó algún documento del siglo XIV en que se donaban todos los bienes presentes y futuros, equiparó heredamiento a institución de heredero, y es posible que así se considerara entonces ⁴³. Lo que sí demuestra es la falta de continuidad en la institución, que ha experimentado variaciones y fluctuaciones en su esencia.

El acercamiento del heredamiento al derecho económico-matrimonial.

La desvinculación del derecho hereditario ha convertido al heredamiento en una donación "inter vivos", casi sin ofrecer particularidad respecto de la donación simple. Esto puede observarse en Socarrats, ya citado. Este jurista rechaza que "hereditas" pueda predicarse de los vivos, al derivar de la sucesión por testamento o de la sucesión intestada, y admite que en Cataluña la palabra "hereditamentum" tiene la significación de donación ⁴⁴. Fontanella, que le sigue, glosando precisamente el "faciunt donationem, et haereditamentum" de la fórmula de capitulaciones matrimoniales que le sirve de sistemática para el más famoso de sus libros, dice que en ese lugar significa "merum contractum", es decir, donación entre vivos, y que no hay inconveniente en admitir que "hereditare" y demás términos similares se utilicen en Cataluña por donar ⁴⁵.

En estas circunstancias, el acercamiento al régimen económico-matrimonial presta al heredamiento una caracterización, de la que,

42. Op. cit., p. 700, y nota 7 en la misma página.

43. EDUARDO DE HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Madrid 1905, pp. 153-4. Debe tenerse presente que en los documentos publicados no aparece la denominación de "heredamiento". Así en el documento de 1356, que inserta en página 153, nota 1, las cláusulas son: "dono... tibi... omnia et singula bona mea mobilia et immobilia presentia et futura... salvo et retento...". Tampoco aparece la denominación en la publicación parcial de documentos de 1219 y de 1189, que inserta en página 154, nota 1.

44. Loc. cit. en nota 22, donde se dice "Hereditationis, siue donationis".

45. Loc. cit. en nota 23.

de otra forma, carecería. La donación entre vivos de padres a hijos se realiza normalmente cuando éstos contraen matrimonio, que es cuando precisan de aquélla para constituir una nueva familia y cuando adquieren plena capacidad, ya que ésta, en el Derecho antiguo, no suele conferirla una edad determinada, sino precisamente el desgajamiento de la familia de origen. El momento, pues, concreto de estas donaciones suele ser el de la estipulación de las capitulaciones matrimoniales, donde se determina el régimen del nuevo matrimonio, y también las relaciones de éste con la familia de donde procede el contrayente o los contrayentes. Normalmente, el fundamento de estas donaciones aparece expresado por el amor al hijo y en contemplación a su matrimonio ⁴⁶, e incluso la definición que del heredamiento se da en la legislación catalana es la de una donación en tiempo de nupcias, como sucede en la famosa constitución "A foragitar fraus", de Pedro IV de Aragón ⁴⁷.

Lo anteriormente expuesto no quiere decir que el acercamiento de la institución al régimen económico-matrimonial de bienes se haya producido exclusivamente cuando se haya operado un alejamiento del derecho hereditario, aunque lo más probable es que en esos momentos es cuando se ha realizado con más intensidad. En ocasiones, junto a los tradicionales motivos del amor al hijo y de la contemplación al matrimonio, se encuentra el de que aquél pueda asegurar mejor la dote ⁴⁸, con lo que el heredamiento se acerca insensiblemente a la donación "propter nuptias", al "escreix" o a tipos similares: de donación ⁴⁹. Sin embargo, lo que no es elemento esencial, a dife-

46. Vid. los docs. que se publican en el apéndice.

47. Loc. cit. en nota 19. "... si alguna carta se esdevendra esser feta per Fills a lurs Parents, o per qualsevol altra persona o qualsevol altre, en diminutio, derogatio, o perjudici del heretament, o donatio feta, o faedora per aquells Parents, e qualsevol altres, a lurs Fills, o qualsevol altres en temps de Noces..."

48. Vid. *Donacion y heredamiento universal que Pons Martin de Malla, en la Capitulacion Matrimonial de su hijo Pons de Malla con Isabel de Planelle, que passo ante Bernardo de Prat en 25 de Setiembre 1486 hizo a dicho Pons de Malla su hiji, traducida de Cathalan en Español*, impresa, en el Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona, cláusula primera.

49. CÁNCER, op. cit., cap. VIII, núm. 65, tuvo que distinguir los efectos de la donación "simpliciter" hecha por el padre al hijo en contemplación del

rencia de lo que sucede en la Compilación vigente, es el otorgamiento en capitulaciones matrimoniales, pues puede otorgarse en documento distinto e independiente, por más que éste tenga conexión, o incluso se derive, a veces, de lo convenido en las capitulaciones⁵⁰, siempre que no se trate del que se hace a favor de los hijos del matrimonio, prueba una vez más de la ausencia de unidad jurídica de la institución.

El enraizamiento en la mejora.

Naturalmente, el que la institución haya variado en sus accidentes, y hasta en su esencia, no puede escamotear el problema de los orígenes, es decir, el de qué haya sido en los comienzos de su vida. Este problema no debe ser vinculado al filológico, pues ha podido iniciar su aparición con una terminología impropia. En ocasiones, la adecuación entre el contenido de la institución y el nombre que la ampara es el esfuerzo de épocas eruditas, que, incluso, consiguen apartar al Derecho de su origen sociológico. Por otro lado, debe huírse de estimar que la institución sea históricamente lo que fuera en sus comienzos, pues tan históricos como éstos son también los momentos finales y los intermedios. Si a algo hay que otorgar superioridad es a aquellos elementos o a aquellas condiciones que se hayan ofrecido con mayor persistencia y que hayan impreso una huella más duradera.

¿En qué institución puede enraizarse el heredamiento? Este es otro de los grandes problemas de la institución. Quizá el camino deba buscarse en la mejora e instituciones afines y similares. El heredamiento ha debido ser en sus comienzos un tipo de mejora, y

matrimonio, respecto de los del heredamiento hecho en tiempos de nupcias en favor de los hijos del matrimonio.

50. Vid. el pergamino publicado en el apéndice. La doctrina moderna catalana no parece ver esto. BROCA, *op. cit.*, p. 700, definía el heredamiento como "donación de la herencia que, por consideración a determinado matrimonio se otorga en capítulos, al que va a contraerlo (o al ya contraído, aclara en nota 4), y la que los contrayentes otorgan a los hijos que de aquel matrimonio tendrán", sin que parezca preocuparle demasiado el que según propia cita (p. 700, nota 6) el Tribunal Supremo en 27 de diciembre de 1899 no accediera a la nulidad de un heredamiento por no haberse hecho en capitulaciones.

En su vez esta mejora ha sido el fruto de una tendencia contra la sucesión igualitaria de los descendientes, que se ha desarrollado, sobre todo en los siglos XIII y XIV, coincidiendo con principios individualistas en la concepción jurídica y con los deseos de evitar la atomización de la propiedad⁵¹. Esta mejora aparece con claridad y rotundidad en el Derecho castellano, merced a un renacimiento del Derecho visigodo, operado, como se sabe, por la elaboración y difusión del Fuero Juzgo, en tanto se enmascara y adopta otras manifestaciones, que llegan incluso a diverger en esencia, en el Derecho navarro-aragonés⁵² y en el Derecho catalán.

El sistema, más o menos enmascarado de mejoras, suele aparecer como derecho de clase en Aragón y Navarra, sin perjuicio de que las más de las veces el privilegio tenga sólo carácter temporal, por terminar por extenderse a los restantes estamentos. Por otro lado, la mejora suele anticiparse, constituyendo una "auant part", que luego podrá confirmarse⁵³.

Si se examina el Derecho navarro que nos ha llegado a través del Fuero General, puede verse cómo en principio aparece limitada la posibilidad de donación de los padres a los hijos en cuanto se permite la donación de heredad o mueble a uno de ellos, pero restringiendo la validez a una donación cuando hay dos de éstas⁵⁴. Si se tiene en cuenta que el indicado Fuero General no es anterior al siglo XIII, y que lo que se hace es declarar la validez de la donación, que luego se restringe, parece fuera de dudas que con anterioridad ha imperado un sistema igualitario, caracterizador de un sistema legitimario posiblemente rígido. La impresión se confirma al apre-

51. El movimiento contra la atomización de la propiedad es muy frecuente en el Derecho comparado. Sobre el "Homestead" americano y el "Anerbenrecht" germánico, cfr. PEDRO DE LA FUENTE Y PERTEGAZ, *Los heredamientos capitulares en Cataluña*, Madrid 1921, pp. 2 y 24. Sobre el triunfo de las tendencias individualistas en el derecho de sucesiones podrá consultarse mi trabajo todavía inédito sobre la citada rama del Derecho en el campo de la Historia, cap. V, ap. III.

52. COSTA, op. cit., pp. 82-85, destacó el carácter mixto del heredamiento, y Lacoste y otros han señalado el carácter transaccional de la mejora. Sobre esto, cfr. mi trabajo anunciado sobre el derecho de sucesiones, cap. II, ap. III.

53. Cfr. también F.º de Jaca, 61, y Código de Huesca, 222.

54. Fuero General de Navarra, III, 19, 1.

ciarse que se considera un privilegio, pues a continuación se prohíbe al que tiene la condición de villano el dar heredamiento en más cantidad a un hijo que a otro, salvo el dar en boda una viña o una pieza con carácter vitalicio, o el dar con carácter definitivo más a uno que a otro en bienes muebles, ganados, ropa, alimentos y mobiliario de casa⁵⁵. Al mismo tiempo que se confirma la impresión de que hasta entonces ha imperado un sistema igualitario de legítimas, se confirma también la de que el heredamiento ha sido una donación de bienes inmuebles que ha tenido los efectos de la mejora. Así, al estar en relación ambos capítulos, quedan equiparados el “dono” de “heredat”, expresión empleada en el primero, y el “heredamiento”, vocablo utilizado en el segundo, y el heredamiento viene definido entonces como “dono” con la condición de perpetuo, pues prohibiéndose el “heredamiento”, lo que sí se permite es el poder dar en casamiento una viña, etc., siempre que sus efectos se reduzcan a la duración de la vida, o muebles, etc., aunque sea sin limitación. Del concepto de heredamiento quedan, pues, excluidas las donaciones no perpetuas, sea cual sea el objeto, y las donaciones perpetuas, que no sean de inmuebles. El heredamiento es, por tanto, entonces una donación de inmuebles, más concretamente, de tierras o heredades, con carácter perpetuo, y que se hace en favor de uno de los hijos, con restricciones en cuanto al número, y con prohibición si se trata de villanos. Su objetivo no es instituir heredero, sino establecer en vida un reparto desigual de los bienes paternos, en forma de mejora anticipada, mediante el recurso técnico de la donación.

El parentesco de este Derecho navarro con el Derecho aragonés aparece muy acusado. No importa que las soluciones no coincidan a veces en absoluto, pues lo importante es que la problemática es similar y que alienta siempre una concepción común. En una de las recopilaciones privadas, de las que diera noticia Ramos Loscertales, se observa el mismo criterio de permitir la desigualdad en la atribución de bienes a los hijos con ciertas restricciones. Aquí, como en Navarra, hay contraposición entre la donación de bienes muebles e inmuebles, contraposición que aquí se manifiesta a través de la expresión “donum mobile et hereditatem”, con valor alternativo en cuanto a lo que podríamos calificar de mejora, es decir, en cuanto que

55. *Idem* íd., III, 19, 2.

permite verificar una donación u otra. Como en Navarra, en la donación de heredades se rechaza la multiplicidad, y con el mismo principio de clase que en Navarra se afirma el derecho en el infanzón de poder dar una heredad a los hijos que prefiriere, si tiene otras para dividir en otros lugares ⁵⁶.

El indicado tipo de mejora mediante la donación de heredad o heredamiento se confirma en el Código de Huesca, en el que cristalizaron los esfuerzos anteriores. No siendo infanzones, el padre o madre pueden dar a uno de sus hijos comunes "un dono" de campo, villa, huerta "o qual se quiere otra heredat", que no tenga muchas tierras ni lugares, pues no puede "dar tal heredat" a ninguno de los hijos en "auant part", pero puede señalar a cualquiera de ellos en instrumento público alguna suma de dineros sobre cualquiera de las heredades. Sobre los infanzones, siempre el derecho de clase, no pesan limitaciones, de forma que están en condiciones de dar a uno de sus hijos o hijas "una heredat" cualquiera, en tanto permanezcan las otras en las que los demás hijos puedan conseguir su parte, como asimismo pueden asignar dinero sobre una heredad y donar ilimitadamente de los bienes muebles ⁵⁷. Aparece suficientemente claro que la donación de heredad, a la que en Derecho navarro se la llama expresamente "heredamiento", tiene en Aragón la condición de "auant part" o parte anticipada, que implica una mejora para el hijo que la recibe. A esta mejora la separan grandes diferencias de la adoptada en Castilla, donde, en primer lugar, no se concibe expresamente su anticipación, y, en segundo lugar, se calcula sobre una cuota proporcional, y no sobre unidades territoriales o "heredades", que son las que configuran propiamente el "heredamiento", sistema aquél, como se sabe, procedente del derecho visigodo. No nos encontramos aquí ante elementos aislados, sino ante criterios o sistemas, pues igualmente en el señalamiento de la dote, el Derecho castellano acude a la cuota proporcional, mientras el Derecho navarro-aragonés recurre a ese sistema de unidades concretas ⁵⁸.

Hay que destacar que en todo este proceso que hace del hereda-

56. Loc. cit. en nota 16.

57. Código de Huesca, IV, 218.

58. Puede consultarse mi trabajo aún inédito sobre el régimen económico-matrimonial en Derecho histórico español.

miento una mejora anticipada o una mejora en vida, el matrimonio juega un papel importante, pero no esencial. Con ocasión del matrimonio se realiza el heredamiento, y ello se da casi por descontado, aunque no se descarta la posibilidad de que tenga lugar en otro momento. La presencia del matrimonio puede observarse en los textos principales o en los secundarios que les han servido de inspiración. En uno de los textos citados del Fuero General de Navarra se prohíbe al villano heredar a alguno de los hijos, pero se permite que le pueda dar ciertas cosas "en casamiento", lo que quiere decir que se está pensando casi siempre en esa ocasión. En el también citado texto del Código de Huesca no se menciona para nada el matrimonio, pero en el texto concordante correspondiente a la obra de Vidal de Canellas que diera a conocer Tilander, después de manifestar que "de hereditate" tenida nadie puede "facere donativum" si sólo tiene una viña, una casa o una tierra, aclara que teniéndose dos o más viñas o casas, se puede dar una heredad al hijo o a la hija cuando contrajeran matrimonio ⁵⁹.

¿Por qué si el heredamiento ha sido, en principio, una mejora, por más que anticipada o en vida, parece que ha perdido después ese carácter? El heredamiento parece haber perdido su condición de mejora para convertirse en una institución de heredero cuando ha desaparecido o casi desaparecido el sistema legitimario, que es base fundamental de la mejora. Obsérvese que el heredamiento era considerado en los textos citados en forma muy restrictiva, que es lo que caracteriza a la mejora, la cual parte de una legítima, en la mayoría de los casos extensa, dentro de la cual se permite como una concesión a la libertad de disponer la facultad de dar en más a uno o varios de los legitimarios. Ahora bien, a principios del siglo XIV en Aragón el sistema legitimario desaparece para dar paso a un sistema de libertad de disposición, la cual se concede, como casi

59. GUNNAR TILANDER, *Los Fueros de Aragón según el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*. Lund 1937. p. 116, nota 218, donde se dice que teniendo dos o más viñas o casas "unam haereditatem potest dare filio vel filiae cum matrimonium duxerit contrahendum". Tilander anota que el párrafo es muy breve en la versión latina, y más desarrollado que en ésta se encuentra en la utilizada por Savall. Recuérdese que la versión aragonesa es posterior a la latina y presenta extractos de la gran obra posterior de Vidal de Canellas (p. X).

siempre en el Derecho aragonés, como privilegio de clase, para terminar extendiéndose a los demás estamentos. En 1307, Jaime II concede a barones, mesnaderos, caballeros e infanzones el que para conservar la herencia paterna en buen estado, puedan hacer heredero a uno de los hijos, dejando a los otros lo que quisieran, lo que el mismo monarca extiende en las cortes de Daroca a todos los hombres de la villa de Aragón, con excepción de los municipios de Teruel y de Albarracín⁶⁰. Con esta libertad de disposición, que ha fructificado en un señalamiento de legítimas simbólicas en el Derecho navarro-aragonés (cinco sueldos en bienes inmuebles y otros cinco en muebles, para el Derecho aragonés; cinco sueldos "febles" y una robada de tierra en montes comunes, para el Derecho navarro), lo que antes era una mejora anticipada o en vida se ha convertido ahora, con la ausencia de restricciones, en una institución de heredero también anticipada o en vida, con notas más extremadas aún en el Derecho navarro que en el Derecho aragonés.

La misma concepción de mejora en vida puede rastrearse en Cataluña a través de la disposición que ha sido vista en general como el origen del "heretament", y que es uno de los usatges "Auctoritate et rogatu", el señalado con el número 76 en la colección triunfante⁶¹. En él se atribuye a Ramón Berenguer y a Almodiz, su esposa, el otorgar a ruego de nobles y magnates el que "todo" fuera firme y durable, y se contiene el modo de conseguir la irrevocabilidad de aquellas donaciones de castillos, tierras o posesiones hechas a favor de hijos, hijas, nietos y nietas, con la condición de retenerlas durante la vida, pasando a la muerte a poder definitiva del donatario, consistiendo ese medio en recibir al donatario como hombre encomendado y darle la posesión del castillo o encomendarle al castellano de éste. Independientemente de la técnica de conseguir la irrevocabilidad, muy propia del feudalismo por entonces imperante en Cataluña y razón de ser de los propios "usatges", lo importante para el heredamiento es la fundamentación que se da

60. Cfr. GEORGES DE LACOSTE, *Essai sur les "mejoras" ou avantages légitimaires dans le Droit Espagnol ancien et moderne*, París 1911, pp. 468 y ss. Vid. mi trabajo cit. sobre el derecho de sucesiones, cap. V, ap. 3, núm. 3.

61. ED. R. ABADAL-F. VALLS TABERNER, *Textes de dret català*, I, Barcelona 1913. Inserto en *Constitutions...*, vol. 1.º, VIII, 9, 1.

para todo ello. Antes de todo, conviene destacar que el "usatge" no otorga una libertad absoluta de disposición, pues esa irrevocabilidad la concede si la donación se hubiera hecho conforme a Derecho y no hubiera otra razón que lo impidiera⁶². Después, señala que el Derecho y las Leyes conceden al padre el hacer bien a hijo o nieto, dando o mejorando de sus tierras, acostumbrándose a hacer esto, a veces, públicamente, y otras, ocultamente, por temor a los otros hijos, o a los señores parientes o amigos, y concluye que por la indicada forma y por la presente disposición pueda el padre o el abuelo mejorar a su hijo o hija, e incluso, a su nieto o nieta⁶³. También en Cataluña, como en Navarra y Aragón, triunfa el sistema de la donación en vida como mejora anticipada, buscándose que esa donación sea perpetua o irrevocable, en tanto se haga conforme a Derecho. El hecho de que se considere que el Derecho autoriza a mejorar tiene que hacer pensar en la vigencia del Derecho visigodo, o más concretamente del "Liber", que es donde este sistema se ha introducido, como transaccional entre el de libertad de disposición y el legitimario. Por lo demás, estos sistemas tampoco han sido patrimonio exclusivo de los territorios orientales de la Península, y siempre han tenido el mismo carácter, como puede verse en el caso destacado por Costa de la "casa petrucial" de Galicia, significativamente denominada "mejora de labrar y poseer", por la que se nombra "petrucio", que en compensación a su ventaja, ha de cuidar de los alimentos de padres y hermanos⁶⁴.

Naturalmente, el heredamiento se desarrolla mejor en los medios en donde el sistema legitimario desaparece, o queda reducido a su más mínima expresión. En Cataluña, salvo Barcelona, se tropieza con el inconveniente de una legítima no suficientemente corta, que termina por instaurarse con Felipe II en las Cortes de Monzón de 1585⁶⁵. De otra forma, precisa de grandes fortunas, que permi-

62. "... E si fara totas aquestas cosas, o una de aquestas, de aqui avant no puxa mudar su voluntat, si aquell do es fet a dret, o altra raho no ho empatxara."

63. "... E per aquesta manera, e per aquest orde puxa lo Pare, o Lavi millorar son Fill, o sa Filla, o encara son Net, o sa Neta."

64. COSTA, *op. cit.*, pp. 129-130.

65. Lo ha destacado ROCA I SASTRE. *op. cit.*, p. 115.

tan la suficiente reserva al margen del heredamiento para responder de las legítimas⁶⁶.

Toda esta legislación tiene su expresión concreta en la práctica de los monarcas y de los magnates, a los que es más aplicable por su condición de poseedores de bienes. Un ejemplo de aplicación concreta del *usatge* "Auctoritate et rogatu" se encuentra en la donación del condado de Barcelona hecha por Jaime I a su hijo, el futuro Pedro III. La donación del territorio desde Salsis hasta el Cinca se hace de forma que Pedro, superviviente al padre, tenga aquél universalmente con todo el derecho y el dominio que pertenece al Monarca, revirtiendo al padre en caso de premuerte del hijo, y para que la donación adquiriera firmeza, en razón de la donación Jaime recibe a Pedro como encomendado⁶⁷. En la Crónica de Pedro IV puede encontrarse referencias a diversos heredamientos dentro de la familia real⁶⁸.

66. En el heredamiento cit. en nota 48, cl. 6.ª, hay una reserva de 4.000 florines para reservar entre los hijos no heredados. Vid. también las retenciones de censuales y pensiones en el pergamino publicado en el apéndice.

67. A. HURCI, *Colección diplomática de Jaime I, el Conquistador*, t. I, Valencia 1916, doc. 266, en el que se contiene la cláusula: "... donamus tibi... ita tamen quod, si supervixeris nobis, dicta omnia in universo habeas cum omni iure et dominio, que in predicto comitatu et terra nos habemus et nobis pertinere potest aliquo iure vel aliqua causa. Si vero tu primo decesseris, predictus comitatus et tota terra a Salsis usque ad Cincham ad nos libere revertatur. Et ut hec donacio pleniori gaudeat firmitate, racione dicte donacionis recipimus et ad hominem manibus propriis comendatum".

68. *Crónica del Rey d'Aragó En Pere IV Lo Ceremoniós, o del Punyalet, escrita per lo mateix monarca*. Barcelona 1885. La infanta Leonor de Castilla, madrastra, con consejo de su abuela, D.ª Sancha de Velasco y de Ramón Cornell, Gonzalo García y aun de Bernardo de Sarria, trataron y pusieron en obra "quel dit infant (Fernando) fo heretat de la ciutat de Tortosa, per donacio perpetual que li fon fetà" (p. 44).

"E lo dit rey tresavi nostre hereta lo primogenit del reyalme de Arago e de Valencia e comtat de Barcelona e nos volch intitular sino rey de Arago. E hereta laltre fill per donacio que lin feu entre vius, e apres la ley confirma en son testament, del reyalme de Mallorques ab los comtats de Rossello e de Cerdanya e de la baronia de Montpeller... E cascun de aquest rey estech, apres mort del dit pare llur, en plena possessio de llurs regnes, comtats, baronia e terres" (pp. 79-80).

Después de algún tiempo, el mismo Pedro IV encuentra y reconoce "que

IV

LA ANTIGÜEDAD

La antigüedad, que constituye un problema en todas las instituciones, lo es más todavía cuando éstas son de contornos confusos, o cuando carecen de unidad jurídica. La cuestión, en realidad, se desdobra y ofrece más de un aspecto. De un lado, está la cuestión de los orígenes, o sea, de aquellas instituciones pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos anteriores y que pudieron servir de inspiración. De otro, está el de la iniciación de instituciones o elementos, dentro del propio ordenamiento jurídico, que aun con distinta denominación, pueda estimarse que jurídicamente son equivalentes o similares. Finalmente, la antigüedad puede referirse, ya en forma estricta, a la institución con la denominación que la corresponde.

Desde el primer punto de vista, al heredamiento se le han asignado orígenes muy antiguos, pues Costa lo recondujo a los pueblos primitivos de la Península, creyéndolo un producto de síntesis, resultante del principio de primogenitura ibérica y de la libertad celta de testar⁶⁹. Esta es, sin embargo, una tesis pendiente de que algún estudioso pueda adoptarla y aportar pruebas en su favor. Todo en ella es problemático: los respectivos principios, su síntesis y su supervivencia a través de las sucesivas dominaciones. No deja de ser curioso que el propio Costa, que al emitir la referida tesis pensaba en Aragón, caracterizara precisamente al heredamiento aragonés frente al catalán por no conferirse al primogénito, sino al hijo que se eligiera por sus condiciones personales y por las circunstancias que reinaran en la causa cuando llegara el momento⁷⁰, sin que al mismo

la donacio e heretament al dit rey de Mallorques frare seu feta no valia de dret, car era donacio inmensa" (p. 80).

En otro lugar se cuenta cómo varios sabios en número de veintidós, y procedentes de Barcelona, Zaragoza, Lérida, Valencia, Perpignan y Manresa se reunieron para discutir si podía suceder al Rey su hija Constanza. Diecinueve de aquéllos se pronunciaron por la afirmativa, pero aun de los tres que lo hicieron por la negativa uno de ellos afirmó "que Nos podiem heretar: quins voliem, o frare o filla" (p. 176).

69. Loc. cit. en nota 52.

70. COSTA, op. cit., pp. 88-89.

tiempo experimentara preocupación por explicar qué había sido del principio ibérico de primogenitura.

Dentro del Derecho romano, se ha querido ver el origen en una constitución del emperador León, en la que se prohibía a los padres el intentar alterar el derecho de los hijos a los que en contrato matrimonial se hubiera prometido guardarles una porción de herencia igual a la de los demás hijos, pero, en general, la doctrina ha estado concorde en rechazar este origen⁷¹, siendo frecuente que haya llegado a la conclusión de estimar la institución como libre de precedentes y propia de la costumbre medieval⁷².

Si la cuestión se examina desde el punto de vista indicado en segundo lugar, es decir, el de la aparición dentro del propio ordenamiento medieval de instituciones o elementos que puedan estimarse heredamientos más o menos balbucientes, con independencia de su denominación, la antigüedad del heredamiento parece remontarse a los siglos XI y XII, sin que haya pruebas de una práctica anterior, en la que, posiblemente, ha imperado un régimen igualitario, como consecuencia de la importancia de la familia como órgano público. Al siglo XI atribuye el usatge "Auctoritate et rogatu" su elaboración, al ofrecerlo creación de Ramón Berenguer, el "Viejo", y su esposa Almodiz, sin que parezca que haya nada que lo contradiga⁷³. En

71. Lo rechazó DURÁN Y BAS, op. cit., p. 91, y también FUENTE Y PERTEGAZ, op. cit., pp. 16-18, quien manifiesta que la Novela del Emperador León no debió tener nunca aplicación en Cataluña.

72. Para ROCA I SASTRE, op. cit., pp. 107-114, el derecho romano fué contrario, y el canónico también, aunque éste produjo un ambiente favorable por su tendencia a las disposiciones de última voluntad. Respecto al derecho germánico, sin negar el valor de la afatomía como precedente, cree que más que introducir lo que hizo es sembrar un ambiente propicio. Muy interesantes que con respecto al derecho feudal, y concretamente con respecto al derecho de elección, que el usatge "Si a vicecomitibus" concedía al señor cuando el noble moría intestado, opina que este precedente, como prerrogativa señorial no tiene transcendencia. Finalmente, concluye que se trata de una institución consuetudinaria, en cuya aparición influyen el derecho canónico y el derecho germánico, creando el ambiente favorable. También FRANCISCO GAS, "Pactos sucesorios", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1953, pp. 314-323, ha estimado el heredamiento como institución propiamente indígena, sin precedentes inmediatos, romanos ni germánicos.

73. Vid. CARLO GUIDO MOR, "En torno a la formación del texto de los *Usatici Barchinoni*", *AHDE*, Madrid 1958, pp. 413-459.

el siglo XI se encuentra también un elemento que puede tener gran importancia para el heredamiento, como es la posibilidad de donar no sólo de los bienes presentes, sino de los futuros⁷⁴. Al mismo siglo debe pertenecer el usatge "Possunt etiam", en el que se ve el origen del heredamiento a favor de los hijos provenientes del matrimonio⁷⁵, y quizá, también la Costumbre de Cataluña donde se refleja la posibilidad de donación universal al hijo o a otra persona, y aun de entregar al donatario la posesión de lo donado⁷⁶.

Por lo que se refiere al siglo XII, la donación en capitulaciones matrimoniales o como consecuencia de capitulaciones matrimoniales a favor de los contrayentes estuvo muy extendida⁷⁷. Todo un Reino como el de Aragón es concedido por Ramiro el Monge a su yerno Ramón Berenguer IV con motivo de la boda y como "donativum"⁷⁸. También se han observado en este siglo ejemplos del denominado heredamiento absoluto con elemento prelativo⁷⁹. Muy acusadamente

74. Vid. Mossen JOSEPH MAS, Pbr., *Notes històriques del bisbat de Barcelona*, vol. X, Rúbrica dels "Llibri Antiquitatum" de la Seu de Barcelona", Segona Part, Barcelona 1914, doc. 961, que nos muestra una carta dotal de Ermesinda, hecha por su esposo Pere Geribert en 22 de noviembre de 1077, y en la que la donación consiste en la décima parte de todo lo que tenía y de lo que tendría con el tiempo.

75. Así lo cree BROCA, op. cit., p. 239.

76. Idem id.

77. Como ejemplo puede verse PRÓSPERO DE BOFARULL, op. cit. doc. XVI, en el que Ramón Berenguer en 11 de octubre de 1135 concede y aprueba el matrimonio de D.^a Beatriz con Guillermo de San Martín y le concede la "honor" de Moncada, "sicut resonat in convenientiis et sacramentalibus scriptis et firmatis inter ipsam Beatricem et Guillelmum Raimundum Dapiferum". La concesión lo fué en feudo, por el que G. de San Martín le prestó juramento, así como por los de Monbuy y Montornés.

78. Loc. cit., docs. XXIV y XXVI. Ramiro entrega a Ramón Berenguer su hija con todo el Reino con la fórmula: "dono tibi... cum totius regni Aragonensis integritate". Encomienda a todos los hombres que le sean fieles a su yerno y prevé la transmisión definitiva en el caso de premuerte de su hija: "...doñacionem prephati regni libere et inmutabiliter habeas absque alicuius impedimento post mortem meam". En el segundo de los documentos citados, que es una ratificación verificada en 27 de agosto, dice: "Hoc est donativum".

79. BROCA, op. cit., p. 239, cita como tal la carta de esponsalicio de Cecilia, esposa del Conde Roger de Foix, en 1151, en la que se dispone que

se aprecia la atmósfera en la que puede desenvolverse el heredamiento, es decir, la de una familia de estructura interna muy sólida, en la que se busca el mantenimiento de su unidad patrimonial, sin descuidar el aseguramiento de la situación económica de aquellos miembros que han de salir de la misma, como son las hijas, cuyo cuidado no corresponde sólo a los padres, sino también a los hermanos⁸⁰.

Si la antigüedad, finalmente, se refiere a la institución con su denominación caracterizadora, hay que avanzar hasta el siglo XIII, y con mayor claridad hasta el siglo XIV. Como se indicó, Du Cange la encuentra citada en el testamento de Jaime I de Aragón en 1272⁸¹, y Moll, en la Crónica del mismo monarca⁸². En Cataluña se ha señalado corrientemente las Costumbres de Pere Albert⁸³, y, sobre

el hijo varón de su consorte tenga el condado, y en defecto de hijo varón de la misma o de diferente esposa, lo tenga la hija procreada de Cecilia.

80. Ha de ser muy interesante un estudio sociológico de esta familia, en la que en los actos de los padres colaboran los hijos en relación con los hermanos, etc. Vid. A. HUICI, op. cit., doc. 23, en el que Jaime I confirma a su hermana Constanca y al marido de ella, Guillermo Raimúndez, la donación de su padre Pedro II, como asimismo una promesa "quam dictus pater noster vobis fecit, scilicet, quod in futurum, Deo dante, trademus vobis corporaliter quod habuit olim Ermesendis de Castellazolo defuncta, in Aitona et in suis terminis...".

No se crea se trata sólo de hechos propios de la familia real, y vid. Mossen JOSEPH MAS, op. cit., docs. 1439 y 1857. En el primero, en 28 de noviembre de 1439, Ermesinda y sus hijos Berenguer y Ramón donan a su hija Agnès y al marido de ésta, Ramón Berenguer, un mas con sus pertenencias, heredad del padre de Agnès, así como un alodio que fué de un tío de Ermesinda, aunque para después del óbito de la tía. En el segundo, Sanxa de Bell-lloch y Guillén de Bell-lloch, hijo de la anterior, juntamente con otros hijos, en 14 de marzo de 1163 y en el día de la boda con Pere de Sant Vicens, donan a su hija y hermana, respectivamente, Sanxa, un mas con sus pertenencias, donación que se realiza a favor de ella y de los hijos que procreara con su marido.

Sobre la obligación de dotar en los hermanos, en cuanto éstos son los herederos de los padres y han de velar por sus hermanos, vid. LALINDE. *La dote y sus privilegios en el lrecho catalán*, Barcelona 1962, p. 31.

81. Vid. loc. cit. en nota 7.

82. Vid. loc. cit. en nota 8.

83. Así DURÁN Y BAS, op. cit., pp. 91-92, y Brocá, op. cit., p. 699.

todo, ya en el siglo XIV, la repetidamente citada constitución "A foragitar fraus", de Pedro IV.

Posiblemente sin precedentes antes del siglo XI, con enraizamiento en instituciones de este siglo, con elementos muy característicos desarrollados en el siglo XII y con aparición en el siglo XIII, ya con su denominación caracterizadora, el heredamiento puede deparar todavía muchas sorpresas si por parte de los estudiosos se realiza un rastreo cuidadoso a través de las fuentes medievales.

V

LA PATRIA

Determinar la patria de muchas instituciones es tarea casi imposible, porque son universales. La similitud de necesidades sociales conduce a que los instrumentos facilitados por el Derecho para satisfacerlas sean también similares. Por ello, no es raro que el Derecho comparado las registre en los puntos más apartados del globo⁸⁴. El propio Fontanella señalaba cómo el pacto de suceder universalmente en favor del matrimonio aparecía aprobado por la costumbre en varias provincias del mundo, como Francia, Aragón, Italia y en muchos principados germanos⁸⁵.

Dentro ya de la Península Ibérica, el heredamiento se extiende por las áreas aragonesa, catalana, navarra y vascongada⁸⁶, independientemente de que en los demás territorios se desarrollen instituciones análogas, como la ya citada "casa petrucial" gallega, y aun las vinculaciones castellanas, que ofrecen un sugestivo tema de comparación.

El problema que se ofrece en torno al heredamiento es el de si puede considerarse a Aragón como patria originaria del mismo, o

84. Vid. nota 51 en relación al "Homestead" y al "Anerbenrecht". FRANCISCO GAS, op. cit., p. 317, suministra datos muy curiosos sobre el "simtu", pacto de institución de heredero a favor de los descendientes en Susa y territorio del Eúfrates, así como sobre el "maritu" o tipo de adopción en los textos cuneiformes orientales.

85. FONTANELLA, op. cit., cl. IV, gl. IX, pars IV, núm. 16.

86. El fiduciario, ROCA SASTRE, op. cit., p. 103, lo ha encontrado en el Alto Aragón, país vasco, y también Navarra y Mallorca.

si, por el contrario, debe considerarse que Cataluña lo haya creado con independencia, o aún, incluso, con anterioridad. Ello no es sino parte, a su vez, de una cuestión muy poco o nada planteada en la Historia del Derecho, y es la de la interinfluencia de los derechos peninsulares. Preocupados por las supervivencias primitivas, o el influjo de los Derechos romano, germánico, árabe, etc., se descuida la expansión que ha podido tener el Derecho de alguno de los antiguos reinos o principados en todo o parte de los demás. Sólo en aquellos casos en los que ha habido una vigencia normativa formal, como es el caso de los fueros aragoneses en Valencia, se ha tenido en cuenta las relaciones jurídicas entre los territorios, pero no cuando, como en el caso de las influencias extrañas, tan estudiadas en nuestro Derecho, la expansión se realiza a través de la adopción, la recepción o la imitación de las instituciones.

Dentro de este terreno debe tenerse presente que la comunidad de instituciones en Aragón y Cataluña ha debido ser mayor de la que normalmente debe estimarse, sobre todo en las regiones montañosas de uno y otro territorio, tan afines geográfica y sociológicamente. En el territorio de Huesca ha sido costumbre que los maridos aportaran en ocasiones una dote igual en cantidad a la aportada por las mujeres y garantizada con la misma forma de aseguramiento⁸⁷, que no puede por menos que recordar el "tantudem" de la diócesis de Gerona⁸⁸, y los "cabaleros" aragoneses demuestran su identidad con los "cabalers" del llano de Urgel, la Segarra y otras comarcas catalanas⁸⁹.

Dentro ya del propio heredamiento es posible encontrar dife-

87. JOAQUÍN COSTA, *op. cit.*, p. 8, dice que Eugenio Cordier manifestaba haber sido informado de ello por el magistrado de Zaragoza D. Mariano Nougués.

88. El "tantudem" ha sido recogido en el artículo 48 de la vigente Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña.

89. Vid. COSTA, *op. cit.*, pp. 31-32, según el cual los no nombrados herederos, mientras permanecen en casa suelen formar un peculio o "cabal", caudal, de donde les sobreviene el nombre de "cabaleros", los cuales si se establecen fuera de casa perciben dote o legítima. El mismo autor, páginas 145-148, da noticia de que el "cabalero" aragonés es el "cabalés" de la Montaña de Cataluña, llamándoseles "tiones" si no tienen vocación matrimonial. La institución ha sido recogida en los artículos 41 y 42 de la Compilación de Cataluña.

rencias entre los heredamientos aragonés y catalán, y Costa, especialmente destacó el de no recaer el aragonés automáticamente en el primogénito⁹⁰, pero también es cierto que son muchas las semejanzas, incluso en elementos accidentales, tal como el que el heredamiento universal realizado por los padres de uno de los contrayentes se corresponda con la aportación de dote realizada por el otro cónyuge⁹¹; la prevención de un eventual malentendimiento entre heredantes y heredados⁹²; la obligación en el heredado de dotar a las hermanas⁹³, etc.

¿Expansión del Derecho aragonés en Cataluña? Nadie se ha planteado hasta ahora la cuestión, ni en términos generales, ni concretamente sobre el heredamiento, pero el tema se ofrece como muy sugestivo, y como un punto de partida nunca desdeñable no deberá dejarse de oír a Fontanella, que, tratando del heredamiento, y tras de afirmar que el pacto de suceder se sostiene "ex consuetudine", manifiesta que Cataluña en diversas leyes, estilos y costumbres se rige por Aragón⁹⁴.

VI

LA ADECUACION A LOS SISTEMAS NORMATIVOS HISTORICOS

Finalmente, otro de los grandes problemas que plantea el heredamiento es el de su adecuación a los diversos ordenamientos normativos históricos. Hay instituciones a las que nos hemos acostumbrado a considerar como decadentes, e, incluso, hasta como mortales, tal como sucede con los mayorazgos, por el hecho de haber habido alguna disposición que los ha puesto fin. Por el hecho de no haber

90. Vid. loc. cit. en nota 70. El mismo COSTA, op. cit., p. 98, criticó duramente el heredamiento catalán por su vinculación a la primogenitura, atribuyéndole los mismos defectos de los mayorazgos y de las monarquías hereditarias.

91. COSTA, op. cit., p. 92. Vid. los heredamientos publicados en el apéndice de este trabajo.

92. COSTA, op. cit., pp. 103-104. Asimismo, vid. los heredamientos publicados en el apéndice del presente trabajo.

93. COSTA, op. cit., p. 136, y LALINDE, loc. cit. en nota 80.

94. FONTANELLA, op. cit., cl IV, gl. IX, pars IV, núm. 120.

sucedido esto, nos acostumbramos a considerar otras como perennes y como si hubieran tenido el mismo vigor jurídico a través de toda su trayectoria. El heredamiento se encuentra entre éstas, pero seguramente tal visión es errónea. Cabe preguntarse si ha sido admitido por los sucesivos ordenamientos normativos, y si su admisión lo ha sido sin restricciones.

Por lo que se refiere al Derecho aragonés, en tanto no se profundice en los estudios histórico-jurídicos, la adecuación intertemporal ha sido mayor que en el Derecho catalán. Ello se ha debido a su mayor independencia del Derecho común, y al imperio de la voluntad contractual que se ha desarrollado en Aragón manifestada en el aforismo "standum est chartae", como admitieron Cáncer en su día, y Costa en épocas recientes⁹⁵. Aun así y todo, como puede verse en Molino, se tuvo la conciencia de que con arreglo al Derecho común, la donación universal no era válida, pero en todo caso triunfaba sobre aquél el Derecho de los fueros⁹⁶.

En Cataluña, el heredamiento ha tenido que luchar con la brillante tradición del Derecho romano, opuesto en todos los sitios a la posibilidad de la donación general de todos los bienes⁹⁷, y especialmente, en Cataluña misma, en los derechos locales más romanizados⁹⁸.

El heredamiento debió vivir en Cataluña sin grandes complicaciones en los siglos XIII y gran parte del XIV, pues estos siglos

95. CÁNCER, op. cit., cap. VIII, núms. 226-7. COSTA, op. cit., p. 18, nota 2.

96. MIGUEL DEL MOLINO, op. cit., fol. 112. El jurista dice que en Aragón vale regularmente la donación general de todos los bienes habidos y por haber, y que aunque de derecho es distinto, pues los Doctores manifiestan que se quita la facultad de testar, y los foralistas contestaron que "de scripta ratione" por donación "mortis causa" no podía darse la herencia, con arreglo a fuero no es así, justificándolo porque en Aragón se está a la carta, de donde vale todo lo contenido en un instrumento, con tal que no contenga algo imposible o contra el derecho natural.

97. FUENTE Y PERTEGAZ, op. cit., pp. 13 y 14, ha destacado el texto de Partidas, tit. IV, ley 4.ª, disponiendo el no cumplimiento de la donación, cuando el donante no tuviera de qué vivir, y la ley 69 de las de Toro prohibiendo donar todos los bienes, aún presentes.

98. Vid. Costumbres de Tortosa, VIII, 11, 13: "Pare, si dona a son fill estant en la patria potestat, francament e absoluta alguna cosa, aytal donacio no val, si doncs per la mort del pare no es confirmada tacitament, o expressa".

debieron ser los más propicios a las instituciones consuetudinarias, como consecuencia del retroceso definitivo del Derecho visigodo y la inseguridad de los Derechos romano y canónico. El Derecho visigodo, más persistente en Cataluña que en Castilla, paradójicamente desapareció antes al no experimentar los renacimientos que tuvo en el último de los territorios citados, y de su retroceso tenemos noticias fidedignas⁹⁹. Entre tanto, incluso el Derecho romano ha sido proscrito por Jaime I, y, en consecuencia, aunque se imponga a través de la actividad de los juristas, esa imposición no puede ser total. En estas condiciones, el heredamiento ha podido considerarse adecuado al orden normativo, e incluso su nombre ha aflorado a las obras de los juristas, y aun a las disposiciones legales, como en la repetidamente citada constitución "A foragitar fraus". Unido a todas las donaciones nupciales, se ha llegado a considerar nulo todo instrumento hecho en su perjuicio, con nulidad "ipso iure", y se ha prohibido a los notarios aceptar tal tipo de instrumento, mereciendo la glosa de juristas como Mieres¹⁰⁰.

Esta adecuación del heredamiento al ordenamiento jurídico catalán de los siglos XIII y parte del XIV no ha subsistido en relación al de avanzado este último siglo y los siguientes, y era totalmente injusto Brocá cuando acusaba a Fontanella de estar afectado de la manía de su tiempo, al tratar de ajustar la institución a los moldes del Derecho romano¹⁰¹, pues ni era Fontanella su iniciador, ni se

99. La disposición inicial de los "usatges", "Cum dominus", justifica la elaboración de aquéllos porque Ramón Berenguer, el "Viejo", vió que en todos los pleitos no podían ser observadas las leyes godas. La decadencia de las leyes visigodas está clara en las *Costumbres de Lérida* (ed. Pilar Loscertales de Valdeavellano, Barcelona 1946), preceptos "De legibus goticis" y "De legibus romanis", y en la glosa de J. Monjuich al usatge 81, que puede verse en ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1952, II, p. 263.

100. TOMÁS MIERES, *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, ed. corregida por Onofre Miguel Puigferrer, Barcelona 1621, p. 330, colación 6.ª, núm. 1, donde dice que el instrumento hecho en perjuicio de la donación o del heredamiento nupcial es nulo *ipso iure*, y se prohíbe a los notarios aceptar tales instrumentos, insistiendo más adelante, núms. 10-11, en que el instrumento hecho en perjuicio del heredamiento nupcial es reprobado, siendo distinto con el testamento u otra última voluntad, dado el carácter ambulatorio de ésta hasta la muerte.

101. BROCÁ, op. cit., p. 699.

trataba de una manía, sino de la necesidad de adecuar el heredamiento al sistema normativo de su época. Que no era el iniciador, lo demuestra el que ya Jaime de Montjuich justificara la validez de la donación sin retener nada y con uno de los modos que la hacía irrevocable, según el "Auctoritate et rogatu", por el hecho de que por Derecho común el padre tenía el usufructo sobre todos los bienes de los hijos, excepto los peculios castrense y cuasi castrense¹⁰². Como se ve, un glosador de los "usatges", anterior casi en tres siglos a Fontanella, admitía el heredamiento, sobre la base de entenderse implícita la reserva del usufructo, y ello, fundamentándolo en el Derecho común. Que no se trataba de una manía de Fontanella lo puede mostrar simplemente el recordar el cambio que había sufrido el ordenamiento normativo, cambio que ya acusaba Montjuich en parte, y que era el sucesivo afianzamiento del Derecho común, manifestado en los órdenes de prelación de normas de 1409 y 1599¹⁰³. Nosotros no debemos ver a Fontanella como un profesor universitario entregado a elucubraciones romanísticas alejado de la práctica, sino como un abogado que escribe para abogados y que se enfrenta con la tarea de qué es lo que podrá defender ante los Tribunales y en razón de qué. Para Fontanella, el Derecho romano no es un objeto de estudio erudito, sino un orden normativo con plena vigencia, que ha de invocar necesariamente si pretende ganar los pleitos.

El heredamiento no se adecuaba plenamente al nuevo sistema de normas, y en especial el que se otorga a favor de los hijos que hayan de nacer del matrimonio, cuya validez es muy dudosa para la Audiencia¹⁰⁴. Todo lo más, llega a tolerarse, dado el favor que merece el matrimonio, y sobre la base de lo que casi puede conside-

102. JAIME MONTJUICH, JAIME y GUILLERMO DE VALLSECA y JAIME CALLÍS, *Antiquiores barchinonensium leges, quas vulgus usaticos appellat, cum commentariis supremorum iuriconsultorum*, Barcelona 1544, fol. CXXVII vuelto.

103. Martín I, Cortes de Barcelona de 1409, cap. 9, en *Constitutions y altres drets de Catalunya*, I, 38, 2, y Felipe III, Cortes de Barcelona de 1599, cap. 40, en recopilación citada, I, 30, 1.

104. Vid. FONTANELLA, op. cit., cl. IV, gl. IX, pars IV, núm. 2. La fórmula era: "Item est pactatum quod filii vel filiae ex hoc matrimonio procreandi habeant esse &, sint heredes nostri &, bonorum nostrorum, &, juslibet nostrum, etc. vel hereditant".

rarse doble ficción: a) la de que no es pacto sucesorio, sino donación, y b) la de que sólo afecta a los bienes presentes¹⁰⁵. Cuando esta afección exclusiva a los bienes presentes, que se presume, queda excluida por la claridad de la expresión, el heredamiento no se considera válido¹⁰⁶. En relación con la ya citada manía de Fontanella, debe tenerse presente que, precisamente, cuando ajusta el heredamiento a los moldes romanistas no lo hace animado de su propio pensamiento, que es contrario a la ficción de que el heredamiento se entienda sólo de los bienes presentes¹⁰⁷, sino que entonces actúa objetivamente, describiendo más bien la doctrina que se elabora en su tiempo por los demás, y en especial por la Audiencia, a la que tan devoto fué siempre.

La falta de adecuación del heredamiento en la forma antedicha con el sistema normativo, es causa de su decadencia, al menos en el siglo XVII, fenómeno histórico no estudiado, pero del que es testigo de excepción el mismo Fontanella. Según el jurista, en épocas anteriores a la suya se solían otorgar muchos, bien porque se pactaba:

105. Vid. FONTANELLA, *op. y loc. cit.*, núm. 4. Cita diversas sentencias, algunas con Antonio Oliba como ponente, tal como la de 18 de enero de 1591, y otras, de Jerónimo Astor, como las de 27 de octubre de 1601 y 21 de febrero de 1603. Con respecto al caso resuelto por sentencia de 6 de octubre de 1597, con Miguel de Salva y Vallseca como ponente, y en que se trata de un heredamiento por el que se había jurado o prometido heredar al hijo o hija que procediera de aquel matrimonio, dice Fontanella que en el archivo real vió como un doctor había votado en contra, por comprender la donación todos los bienes, cosa reprobada por el Derecho.

Es preciso volver a insistir en la postura de Cáncer, muy clara sobre el particular. Este jurista reconoce que en Cataluña vale el contrato entre los cónyuges de heredar a los hijos procreados del matrimonio, porque se considera que aquéllos sólo donan los bienes presentes, debiendo ser interpretado así para que el acto sea válido, conforme se pronunció la Audiencia a relación de I. V. Monarque (*op. cit.*, núm. 130). Un poco más adelante (núm. 132) insiste en que por derecho común, la "donatio hereditatis" no es válida, y hay opiniones contrarias porque se considera que la donación lo es sólo de los bienes presentes.

106. Cfr. FONTANELLA, *op. y loc. cit.*, núms. 12-14.

107. El jurista, *op. y loc. cit.*, núms. 39-43, contra el que si bien "haereditare" sea donación de la "hereditas", ésta represente tan sólo los bienes presentes, cuando más bien quiere decir todos los bienes presentes y futuros, y estima que "hereditas" se interpreta con violencia.

por los contrayentes, bien por estilo de los notarios, que solían escribir más de lo que se les decía, pero en su época eran pocos, por ser pactos de confusión y crear numerosos litigios¹⁰⁸.

Al lado de esta decadencia hay que tener presente las notables limitaciones del heredamiento que se pactan. Brocá atribuyó también a miopía de los juristas de los siglos XVI y XVII el sortear el escollo que suponía el hacer depender el heredamiento de la condición de no ser dispuesta otra cosa en testamento, con la argucia digna de un leguleyo de reservar el derecho de testar en cuanto a determinada suma o en cuanto a algo que de modo real y positivo formara parte de los bienes¹⁰⁹. Otra vez, el gran historiador y jurista catalán fué injusto con Fontanella y los de su tiempo, pues seguramente que esa "miopía" fué lo único que permitió al heredamiento el sobrevivir¹¹⁰. Brocá veía el fundamento de la institución en la costumbre secular nunca expresada, pero no creo que nunca hubiera logrado imponer este criterio ante una Audiencia como la de Cataluña, obligada a juzgar por los "usatges", constituciones, capítulos de corte y otros del Principado, y, en su defecto, por el Derecho canónico, el civil o romano y las doctrinas de los doctores, que representaban también el Derecho común.

Por otra parte, las limitaciones no han sido propias exclusivamente de los siglos XVI y XVII. Concretamente, en el siglo XV ha sido frecuente la reserva del usufructo¹¹¹, y la de la reversión por la muerte sin hijos¹¹². Otros pactos antiguos han debido ser los de convivencia y los de acomodar a los hijos y dotar a las hijas¹¹³.

108. FONTANELLA, op. y loc. cit., núm. 1.

109. BROCÁ, op. cit., pp. 703-705. Sobre inalienabilidad de lo reservado, vid. CÁNCER, op. cit., cap. VIII, núm. 209.

110. La Audiencia admitía los heredamientos, sobre la base de que en ellos se hiciera alguna reserva de testar. Cfr. FONTANELLA, op. y loc. cit., núm. 121.

111. Vid. loc. cit. en nota 48, donde aparte de la cláusula de los 4.000 florines ya citada, se contiene en la 5.ª la de reservar el heredante el ser dueño, poderoso y usufructuario. Sobre esta reserva vid. también COSTA, op. cit., p. 92. Sobre la administración retenida, y sobre la condición en los instituidos de vivir en compañía de los heredantes y obedecerles y asistirles, vid. el mismo autor, op. cit., pp. 102-103, y también el artículo 71 y otras disposiciones de la vigente Compilación de Cataluña.

112. Vid. el doc. cit. en la nota anterior, cláusula 8.ª

113. Cfr. BROCÁ, op. cit., pp. 715-719.

¿Puede hablarse de un renacimiento del heredamiento en el siglo XVIII, y, sobre todo, en el siglo XIX?¹¹⁴. En todo caso, la decadencia del Derecho y el mayor interés por el Derecho consuetudinario y autóctono de la región ha podido influir no poco en tal sentido, en cuanto se haya producido una adecuación de la institución con el pensamiento jurídico de la época. Como todos los anteriormente expuestos, el problema se ofrece sugestivo a la investigación de los historiadores del Derecho.

JESÚS LALINDE ABADÍA

APENDICE DOCUMENTAL

I

DONACIÓN Y HEREDAMIENTO DE D.^a MICAELA DEZ BERN A FAVOR DE SU HIJO MIGUEL.

In dei nomine. Noverint universi. Quod Ego Micaela uxor relicta honorabilis Johannis dez Bern quondam ciuis Gerunde volens sequi et servare et ad debitum effectum deducere conventa pactata et concordata in et cum quibusdam capitulis matrimonialibus mediante publico instrumento. Die presentis per notarium infrascriptum recepto confectis / de et super matrimonio deo illuminante / de proximo fiendo / et celebrando inter vos honorabilem Michaellem dez Bern civem dicte civitatis Gerunde filium meum et dicti quondam una mei coniugem legitimum et naturalem parte ex una / et honorabilem yolantem domicellam fillam legitimam et natural magnifici domii ffrancisci margarit millitis in dicta civitate Gerunde domiciliato / et domine Sibille quondam eius uxoris / Gratis et ex certa scientia per me et per meos heredes et successores quoscumque presentes atque futuros proter plura grata et accepta servicia per vos dictum michaellem dez bern filium meum michi exhibita et impensa et que in futurum impendere non difinitis incessanter / fauoreque et contemplacione matrimonii per vos de proximo deo intervinienti contrahendi cum dicta yolante sponsa vestra ffutura et alius illis melioribus vestra modo et causa quibus melius tuas securius et efficacius fueri potest et debet tam de consuetudine quam de iure tempore nupciarum / heredito vos dictum Michaellem dez bern filium meum et

114. FUENTE Y PERTEGAZ, op. cit., pp. 129-131, inserta un heredamiento en capitulaciones matrimoniales de Antonio Fantova y Francisca Capdevila, sacados de un proceso en la baillía de Algerri, y que son de 11 de diciembre de 1714, y en otro lugar de la obra, página 25, se comenta que en la Cataluña alta y en los Pirineos se considera "casament de gitano" el que se verifica sin capítulos matrimoniales, cuando, como se sabe, en éstos suele ser frecuente el heredamiento.

hereditando post tamen mei obitum et non ante donacione pura perfecta simplici et irreuocabili inter viuos dono vobis dicti ffili mei presenti et acceptanti et vestris et quibus volueritis perpetuo cum condicionibus et retencionibus infrascriptis omnes et singulos census, tasthan, redditus decimas partes pecunie censuali mortua tam proprietates seu precia / eciam pensiones debitas et debendas domos terras honores et possessiones et omnia eciam iura nomina / et actiones / et quecumque bona mobilia et inmobilia [] et habenda et quas quo et que ego nunc [] que eciam tanqua habens donacionem irrevocabilem inter viuos / a venerabili et religioso fratre johanne dez bern monacho monasterii beate marie amerio / a vobis dicto michaeli dez bern / et a catherina domicella filii et filia meis et dicto quondam johannis dez bern viri mei ab intestato decessi de universali hereditati bonis et iuribus / que fuerunt dicti quondam viri mei vobis / et eius pertinentibus ab intestato per mortem dicti vestri et commune patris / prout de huiusmodi donacione plene constat per publicum instrumentum receptum per notarium infrascriptum die presenti et infrascripta / quam eciam aliis quibusuis nominibus racionibus iuribus titulis siue causis / Hoc autem hereditamentum et donacionem vobis dicto filio meo et vestri et quibus volueritis perpetuo facio de predictis omnibus et singulis post tamen mei obitum et non ante ad omnes vestras et vestrorum omnimodas voluntates inde libere et perpetuo faciendas / prout melius et valius ad vestrum vestrorumque bonum et sanum intellectum potest intelligi siue dici. Saluus tamen et michi intactis remanentibus pactis condicionibus et retencionibus infrascriptis. Primo enim michi retineo quod ego de tota vita mea naturali sim et remaneam domina potens et usufructuaria de omnibus et singulis premissis de quibus vos heredito et quod de dictis bonis fructibus et redditibus ego et vos dictus filius meus et dicta yolans uxor vestra futura viuamus et comuniter alimentemur una cum redditibus et fructibus dotis vobis dicto filio meo per dictam uxorem vestram futuram constituende / et ego et vos et ipsa in simul et infantes seu liberi de dicto matrimonio deo volente procreandi assunt ex dictis bonis et redditibus alimentemur et manuteneamur iuxta statum et condicionem mei et vestri in omnibus rebus necessariis. Item michi retineo in et super predictis que vobis hereditando dono hec que sequuntur que de presenti assigno dicte catherine domicelle fille mee et dicti quondam viri mei pro collocando eam in matrimonio scilicet Primo totum illud censuale pensionis anime duodecim librarum et decem solidorum annualium rendallum censuatum et proprietatem seu precium ipsius. Quod censuale ego recipio colligo et habeo et seu colligere recipere et habere debeo et super universitate ville perpiniani et eius singularibus certo termino / pensiones cuius censuali a die qua dicta filia mea contrahet matrimonium et cetero si et in casu quod dicta villa perpiniani non soluebat prout nunc soluit eius pensiones quod habeat jus et actionem / ac euictionem in et super dicta hereditate bonis et iuribus que fuerunt dicti petrus super percceptione dictarum duodecim librarum et decem solidorum annualium donec et quosque dicta villa perpiniani soluat pensiones dicti censuali et sequito quod dicta villa soluat dictas annuas pensiones dicti censuali ipso facto dicta euictio jus et actio

sunt extincte / et nulle nunc pro tunc. Item michi retineo pro dicta catherina filia mea totum illum censuales et pensionis annue octo librarum et decem solidorum annualium et precium / et proprietatem eiusdem quod ego dictis nominibus pro dicta hereditate dicti quondam viri mei recipio de et super universitate de locustaria / et aliis obligatis. Item eadem michi retineo pro dicta catherina et eius collocacione in matrimonio totum illud censuale pensionis annue terdecim librarum et decem solidorum et proprietatem eiusdem quod ego dicta Micaela recipio et recipere debeo anno quolibet super universitate ville bisulduni et eius singularibus certo termino. Item eadem michi retineo super predictis que vobis dono Duos mille solidos in pecunia numerata / quod in pecunia numerata casu dicti matrimonii dabuntur dicte catherine filie mee. Item michi retineo super dictis bonis de quibus vobis dicto filio meo facio huiusmodi hereditamentum et donaciones Quincuaginta libras monete currentis / de quibus in omni casu ego possum testari et meas facere voluntates. Demum michi retineo et reseruo quod si vos dictus micael filius meus decesseritis quandocumque sine prole legitima et naturali non peruenienti ad etatem condendi testamentum / Saluo vobis dicto filio meo integra medietate predictorum omnium et singulorum que vobis dono de qua et retencionibus antedictis constituo me predicta que vobis hereditando dono vestro vestrorumque nomine possidere vel quasi donec inde corporalem vacuum liberam et quitam de premissis acceperitis possessionem vel quasi quam liceat vobis et vestris post mei obitum et non ante libera vestraque et vestrorum propria auctoritate requisicione factaque mei et curie irrequisitis accipere acceptamque penes vos et vestros et quos volueritis perpetuo licite retinere / Cedendo nihilominus et dando vobis et vestris et quibus volueritis perpetuo omnia loca et iura mea omnesque voces vices rationes et actiones reales et personales mixtas utiles et directas ordinarias et extraordinarias quascumque michi et meis in premissis que vobis hereditando dono pertinentes et pertinencia pertinereque debentes et debencia quoquomodo quibus locis iuribus vocibus vicibus rationibus et actionibus et aliis predictis possitis vos et vestros et quos volueritis perpetuo uti agere et experiri in iudicio et extra iudicium conuenire et reconuenire quascumque universitates corpore collegia et singulares personas ad solutionem factionem et prestacionem omnium et singulorum censualium violariorum ceterum decimarum redditum et quorumcumque bonorum et iurium meorum mobilium et immobilium presentium et futurorum ubique sint et michi pertinencium et pertinere nunc et in futurum causis et rationibus premissis de quocumque iure titulo siue causa rentas obnoxias et quomodolibet obligatas. Et querimonias et retroquerimonias et alias quascumque exequuciones facere seu fieri facere requirere et instare et predicta omnia et singula de quibus dictum filium meum heredito / post tamen mei obitum et non ante petere exhibere recipere consequi et habere Apocas fines diffinicionis luyciones ac cessiones quocumque titulo siue causa facere et firmare. Et omnia alia libere facere et exercere iudicio et extra iudicium eadem / et ubique quecumque et quod ad modum ego facere poteram ante huiusmodi in instrumenti confectio-nem / et iurium cessionem. Volens nichilominus et debito cum honore dicens

intimans et mandans tenore presentis justam vicem gerentis epistola in hec parte quibuscumque universitatibus corporibus collegiis et singularibus personis in premissis omnibus et singulis que vobis hereditando dono rentis obnoxilis et quomodolibet obligatis et quorum intersit quorum de premissis omnibus et singulis que post mei obitum et non ante hereditando dono vobis et vestris et quibus volueritis perpetuo respondeant pareant voluant et satisfaciant plenarie et integre maliciis difugiis cessantibus quibuscumque prout michi et meis respondere parere soluere et satisfacere tenebantur et tenerentur ante hujusmodi iustum confeccionem et iurium cessionem / Ego enim extrahens predicta omnia et singula que vobis hereditando dono iure dominio proprietate et posse mei et meorum et eadem omnia et singula in vestrum vestrorumque jus dominium proprietatem et posse mittens et transferens pleno iure / Nec non poneus et statuens vos dictum filium meum et vestros plenarie in locum et jus facio et constituo vos et vestros et quos volueritis in premissis veros dominos et procuratores in rem vestram propriam ad habendum tenendum et percipiendum ac possidendum et inde libere et perpetuo faciendum vestri et vestrorum libitum voluntatis condicionibus et retencionibus ac pactis superius per me apposis intactis semper michi et meis remanentibus et illesi / Et sit per me et meos condicionibus et retencionibus ac pactis superius dictis semper michi et meis saluus remanentibus et illesis / conuenio et promitto vobis dicto filio meo et vestris Nec non sponte iuro per dominum deum et eius sancta Quatuor Euan-gelia manibus mei corporaliter tacta huiusmodi donacionem et hereditamentum / et cetera alia omnia et singula supradicta semper rata grata et firma habere tenere et seruare attendere et complere et nullatenus contrafacere vel venire aliquo iure causa vel eciam racione Virtute cuius iuramenti renuncio super hiis scienter illis legibus quibus donaciones causa ingratitude inopia paupertatis et alius revocantur et seu reuocari possunt. Nec non quia donacio hec summam Quingentorum aureorum excedit renuncio super hiis scienter illis legibus quibus donaciones summam quingentorum aureorum excedentes absque iudicis infirmacione non valere seu reuocari posse et omni alii iuri usui racioni et consuetudini contra hec repugnantibus Hec igitur omnia et singula supradicta facio promitto et iuro ego dicta Micaela donatrix vobis dicto filio meo et vestris in manu et posse notarii infrascripti tanquam publice persone nomine vestri et vestrorum ac aliorum omnium quorum interest et intereserit in futurum legitimi stipulantis et recipientis. Et ego dictus Micael dez Bern filius vestri dicte donatricis predictis omnibus et singulis consentiens dicta donacionem et hereditamentum cum multiplici gratiarum actione et manuum osculo recipiens et acceptans laudo hec et firmo. Et gratis et ex certa sciencia per me et meos conuenio et promitto vobis dicta domine matri mee et vestris perpetuo ex pacta condiciones et retenciones per vos superius appositas et adiectas immutabiliter tenebo et obseruabo attendam et complebo et eis aut aliorum eorumdem non contrafaciam et cum renunclacione minoris etatis beneficium restitutionis in integrum postulando nec aliqua alia racione iure modo vel causa. Et ut predicta omnia et singula moneri robore funcionitur iuro sponte per

dominum meum et sancta Quatuor Euangella manibus meis corporaliter tacta. predicta omnia et singula rata et firma semper habere et obseruare et nullatenus contrafacere vel venire aliquo jure causa vel eciam racione. Actum est hoc in villa de amerio dioc. Gerundensis vicesima quarta mensis madii anno a nativitate domini Millesimo Quadringentesimo nonagesimo tercio. Signum micaele: dez bern donatricis. Signum Micaelis dez bern eius filli acceptantis predictorum cui hec laudamus concedimus pariterque juramus. Testes huius rei sunt Jacobus [] et petrus jonquera paratores pannorum lane ville de Amerio.

Nicolius Rocha ciuis Gerunde Serenissimi domini Castelle et Aragonum Regis auctoritate notarius publicus per totam terram / et dicionem suam / Hec scribi fecit et clausit.

(Archivo Histórico del Colegio de Notarios de Barcelona. Sección de Pergaminos, núm. 279.)

II

CAPITULOS MATRIMONIALES ENTRE MATEU DE LA SPARA Y JUANA DIPTES. CLAU-SULA DE HEREDAMIENTO.

Die domini xxvij mensis februaryi anno a nativitate domini Mdxxxv. En nombre de nostre Senyor Deu y de la gloriosa verge Maria mare sua amen. Sobre lo matrimoni tractat emijancam la gratia de nostre Senyor Deu concordat. entre en Matheu de la Spara rajoler fill del senyor en Guillem de la Spara rajoler ciutada de Barcelona e de la dona Saluia muller sua viuente de una parte e na Joanna donzella filla de mestre Anthoni diptes quondam mestre daxe ciutada de la dita Ciutat e de la dona na Eulalia muller sua viuente de la part. altre son estats fets los capitols deuall scrits ab los pactes y auinenses en aquells contingudes.

E primerament lo dit Guillem de la Spara e Saluia muller sua per sguart. e contemplacio del dit matrimoni et als per amor paternal e material induits apres empero obte llur : de quiscu dells e no abans e ara per llavors per donacio pura e irreuocable entre vius donen y heretent e per titol de donacio y heretament atorguen al dit Matheu de la Spara fill llur com aben merescent y deuall acceptant e als seus perpetualment per totes ses voluntats liberament. fahedores tos y sengles bens llurs drets y accions mobles e inmoebles haguts e per hauer hon. se vulle e qualsevulle que sien. Retenen se empero los dits donadors Deu lliure barceloneses co es quiscu dels Cinch lliures De les quals puxen testar e altres sues voluntats fer. E mes se retenen los dits donadors a tot lo temps de la llur vita natural senyors poderosos e usufructuaris de totes e sengles coses sots lo present heretament compreses. Les quals tinguen e posesquesuen e lo sobreuiuent dels tinguen e posesquesuen e los fruyts seus propis. fosse no solament dels bens seus propis mes encara los bens del qui premorra. Del qual empero usdefruyt los dits donadors e lo sobreuiuent dells hagen e sien tenguts allmentar e prouehir en menjar beure calzar e vestir e axi en sanitat com en malaltia lo dit fill llur muller fills e familia llur estants empero a tota.

llur obediencia e treballants los dit marit e muller sdeuenidors con millor [] en la casa e habitacio dels dits donadors. E encara ab tal pacte e condicio ço es que lo dit fill llur e joanna sduenidora muller sua amen tenen e tracten los dits sdeuenidors marit e muller com a fills e volen e consentem los dits donadors que si sera cas de discordia entre ells o algu dells e los dits sdeuenidors marit e muller en tal manera que no poguesen cohabitar lo que Deu no vulle que en tal cas separant se la comuna habitacio de ellos / los dits donadors hagen e sien tinguts donar e pagar realment e de fet al dit fill llur de una part quaranta lliures barcelonesas e daltre part la dot que la dita Joanna sdeuenidora muller del dit fill llur haurie aportade en case. Apres empero mort dels dits donadors e de cascu de aquells lo dit usdefruyt sia finit e extinct e a la propietat del dit fill llur e dels seus aplicat e consolidat e en dit cas lo dit fill llur o los seus de llur propria auctoritat se puguen pendre possessio corporal o quasi de totes e sengles coses donades. Les quals entretant constituexen e confessen per dit fill llur e los seus tenir e possehir seu quasi. E axi prometen e juren la present donacio e heretament hauer agradables e fermes e no reuocar lo per raho de ingratitude ni per altre qualseuol raho / o causa. Renunciant a la ley dient que donacio per raho de ingretitud se pugue reuocar e a tota altre ley o dret en aco obulant. La qual donacio y heretament lo dit Matheu de la Spara accepta dels dits pare e mare seus ab referiment de moltes gracies.

Siguen después las restantes estipulaciones de los capitulos matrimoniales.

(Archivo Histórico del Colegio de Notarios de Barcelona. Notario: Antonio Anglés. Capitulaciones matrimoniales 1532-1540. leg. 20, sala 4, estantería 5, estante FG.)

III

CLÁUSULA DE HEREDAMIENTO POR PARTE DE JERÓNIMO SEYOL A FAVOR DE SU HIJO JAIME.

...E primerament lo dit Senyor en hieronim Seyol als fontanils pare del dit Jaume Seyol per sguart e contemplacio del present matrimoni lo qual lo dit fill seu de la voluntat / e consentiment contracte ab la dita helizabet donzella et als per amor paternal induhit. Apres empero obte seu e no abans e ara per lauors ab la retencio delus done y herete e per titol e causa de donacio y heretament pura perfecta e irreuocable entre vius otorgue al dit Jaume Seyol fill seu com aben merexent y deual acceptant e als seus e a qui ell volra perpetuament la dot o axouar lo qual ell porta en lo dit mas seyol en lo qual entre per causa del matrimoni lo qual contracta ab la dita madona ellenor quondam muller sua e mare del dit Jaume Seyol... (*1 de julio de 1536.*)

(Archivo Histórico del Colegio de Notarios de Barcelona. Notario: Antonio Anglés. Capitulaciones matrimoniales: 1532-1540, leg. 20, sala 4, estantería 5, estante FG.)