

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**DE LA LEGITIMA ROMANA A LA RESERVA FAMILIAR
GERMANICA**

**FROM THE LEGITIMATE SHARE TO FAMILY RESERVE
GERMANIC**

Rafael Bernad Mainar
Catedrático de Derecho Civil y Derecho Romano
Investigador Asociado. Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)
rafaelbernad70@hotmail.com

I. LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO ROMANO

Como una manifestación más del principio de libertad que informa el Derecho Romano, surge la libertad testamentaria¹, en cuya virtud el *paterfamilias* puede ordenar la sucesión hereditaria y ejercer debidamente la administración que, por su *officium*, corresponde al jefe de la familia romana. El hecho de que, a través de este instrumento jurídico cual es el testamento se pudiera ordenar todo lo relacionado con la sucesión² (*latissima potestas*) y alterar el orden sucesorio legal, explica en gran medida el éxito con el que contó en la práctica de los romanos, hasta tal punto que todo buen *paterfamilias* debía hacer testamento, lo que, añadido al tratamiento favorable que le confirió la jurisprudencia, al permitir al testador una amplia libertad en la ordenación de su sucesión hereditaria, justificará la implantación de este acto jurídico como uno de los más arraigados en la vida de los ciudadanos romanos. La Ley de las XII Tablas consagra claramente el principio de libertad testamentaria³, que casi alcanzará un carácter absoluto⁴.

¹ SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Segunda edición. Civitas. Madrid. 2000, pág. 178.

² D. 50, 16, 120.

³ Al respecto, Tabla V, 4 y 5 de la Ley decemviral que proclama la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*.

En efecto, el ciudadano romano siente la necesidad de organizar su propia sucesión y evitar con ello la aplicación de la sucesión legal o intestada, considerada una situación excepcional y no deseada⁵ frente a la sucesión testamentaria: así es, otorgar el testamento con prontitud es tan obligatorio para un romano meticuroso y diligente como contar con un ordenado régimen de contabilidad⁶. Una prueba que ratifica lo afirmado es la creación de la figura de la sustitución hereditaria (vulgar, pupilar o cuasipupilar)⁷, en ese afán de eludir a toda costa la apertura de la sucesión legal o intestada.

Así pues, el testamento se erige en un acto jurídico netamente inoculado en la vida cotidiana de los romanos que, por su carácter solemne, exige de la asesoría técnica de los juristas para su correcta redacción, lo cual permitirá a estos ejercer un evidente control sobre la sucesión testamentaria en

⁴ Aún así surgen dudas sobre si la libertad del testador en las XII Tablas fue completa o sufrió alguna restricción, tal como afirma MARGADANT, G. F. *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. Vigésimosexta edición. Sexta reimpresión. Esfinge. Naucalpán. México. 2007, pág. 485.

⁵ CICERON. *Philippicae* 2, 142.

⁶ CICERON. *In Verrem* II, 1, 23, 60.

⁷ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 606, 607.

Roma. Ya bien avanzada la época republicana, en una clara manifestación de consolidación del principio de libertad testamentaria, el testador puede instituir heredero a cualquier persona dotada de la *testamenti factio passiva*, así como desheredar a los herederos *sui*.

Precisamente por ello, la jurisprudencia de la época republicana va a incentivar la libertad del testador al convertir el testamento en un acto jurídico complejo, en el cual no sólo se incluye la ineludible institución de heredero, sino que también tienen acogida instrumentos sucesorios tales como las sustituciones hereditarias, los legados, los fideicomisos, el nombramiento de tutor, e, incluso, la liberación o manumisión de esclavos. A todo lo afirmado se ha de sumar el impulso que la misma jurisprudencia republicana concedió en el seno del testamento a las obligaciones a favor de terceros y a cargo de los herederos⁸, así como también al establecimiento de disposiciones patrimoniales sujetas a condición.

Fruto de tan alto grado de libertad testamentaria alcanzado, era posible concebir, cuando menos en hipótesis, que el testador pudiera mermar en tal medida el acervo

⁸ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 338-340.

hereditario a través de legados⁹, que el heredero fuera gravemente perjudicado al ser apenas beneficiado por la herencia. Tan amplia fue la libertad con la que contó el testador, que se alentó el posible desinterés del llamado a la herencia a la hora de aceptarla, lo que desencadenaría la apertura de la sucesión intestada, justamente la situación que quería evitarse mediante el incentivo de la amplia facultad conferida al *de cuius* al tiempo de ordenar su sucesión mediante testamento. Vemos, pues, una paradoja más que sorprendente: la desmedida libertad de testar corría el riesgo de propiciar la ineficacia del testamento fruto de la eventual renuncia del llamado a la herencia, con la ineludible consecuencia en tal supuesto de la apertura de la sucesión legal, circunstancia en modo alguno deseable ni recomendable en la mentalidad del ciudadano romano *bonus paterfamilias*¹⁰ y que, paradójicamente, era la situación que se pretendía superar a través del otorgamiento del testamento. Ante esta amenaza ya se comienza a asomar la necesidad de establecer límites a la libertad de testar que, admitida sin restricciones, presenta contradicciones e inconvenientes más que preocupantes.

⁹ *Institutiones Gai* 2, 224. Al respecto, ESPITIA GARZON, F. *Historia del Derecho Romano*. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009, pág. 102.

¹⁰ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 597-598.

Durante la época del Principado el principio de libertad de testar no sólo se consolida, sino que también se intensifica, toda vez que, siguiendo la tendencia generalizada observada por el Derecho privado romano hacia su espiritualización y flexibilización, el testador se verá despojado de las formalidades que anteriormente tenía que observar para disponer de su patrimonio *mortis causa*.

No obstante, a pesar de la amplia libertad mencionada, que parecería no tener límites, comienzan ya a atisbarse cambios en el horizonte y el principio que parecía prácticamente casi absoluto e incuestionado tenderá a resquebrajarse y encontrará limitaciones. Y es que surgía la necesidad de conciliar, por un lado, la amplia libertad del *paterfamilias* para disponer *mortis causa* de los bienes familiares; y, por otro, el respeto a las viejas costumbres que propugnaban mantener el destino de la herencia familiar a favor de sus integrantes¹¹. Aun cuando el testador puede modificar el orden sucesorio natural al tiempo de designar herederos, incluso dando prelación a una persona externa al grupo familiar, lo cierto es que con tal actuar no hace sino poner en evidencia socialmente a los que se hallan vinculados con él por razón de parentesco.

¹¹ DI PIETRO, A. *Derecho privado romano*. Segunda edición. Depalma. Buenos Aires. 1999, pág. 375.

II. LIMITES A LA LIBERTAD DEL TESTADOR EN EL DERECHO ROMANO

A pesar de la consagración del principio de libertad de testar, en los términos señalados con antelación, paulatina y progresivamente van a ir apareciendo una serie de limitaciones, tanto en el ámbito de los legados, como en el de la facultad de desheredar, hasta el punto de producir la consolidación de una tercera modalidad de sucesión, la legítima o contra el testamento, que completará la nómina constituida inicialmente por la sucesión testada y la legal o intestada.

En efecto, en una clara expresión de la libertad absoluta del testador para disponer *mortis causa* de su patrimonio, inicialmente no existieron límites en lo que a la **libertad de legar** respecta, razón por la cual el testador pudo distribuir todo su patrimonio en legados. Sin embargo, a fines de la República, esta amplia libertad generó riesgos más que preocupantes en torno a la eficacia de la sucesión testamentaria: en efecto, una libertad ilimitada proclive a actos de disposición desproporcionados en la constitución de legados podía desembocar en la desintegración del patrimonio familiar y, por ende, en la consiguiente renuncia del llamado a la herencia, ante su escaso interés en aceptarla; evidentemente, si este

renunciaba al testamento, la consecuencia jurídica era que se abría la sucesión intestada, y los legados contenidos en el testamento devenían ineficaces¹². Es decir, los verdaderos perjudicados de esta desmedida libertad con la que contaba el testador eran los propios legatarios a quienes el testador había querido beneficiar.

Ante tal incoherencia, la legislación republicana trata de poner coto a esta situación, no obstante que la interpretación jurisprudencial de estas leyes contribuyera a neutralizar de algún modo su objetivo¹³. Ya la *Lex Cincia* (204 a.C.), reguladora de las donaciones, prohíbe dar y recibir donaciones superiores a cierta cantidad, que no se determina, salvo cuando se tratara de determinadas personas: cognados dentro del quinto grado, y del sexto los sobrinos; cónyuges y novios; algunos afines (suegro y suegra, yerno y nuera, padrino y madrina, hijastro e hijastra); patrono respecto del esclavo o liberto; pupilo respecto del tutor.

¹² FERNANDEZ BARREIRO, A. *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*. Revista General de Derecho Romano. Iustel. Número 7. 2006, (RI 406056), pág. 10.

¹³ POLO, E. *Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad*. RIDROM (on line). 10-2013. ISSN 1989-1970, pág. 332.

Sin embargo, la referida Ley es de las clasificadas como imperfecta¹⁴, pues no declara la nulidad de los actos que la contravienen, ni sanciona a los infractores; sólo el poder corrector del pretor sobre el Derecho civil, así como la labor de la jurisprudencia y la legislación imperial determinan cuáles son las consecuencias de la infracción: si la donación era obligatoria, el donante podía paralizar la reclamación del donatario mediante la *exceptio legis Cinciae*; si la donación era real y no se había producido la entrega de la cosa, era también alegable la referida excepción.

A fines del siglo II a.C., de fecha desconocida, se dicta la *Lex Furia testamentaria*, que limita la cantidad de un legado a mil ases, salvo que los destinatarios fueran cognados hasta el sexto grado, y castiga a quien recibe más con el cuádruplo de lo recibido¹⁵. Pero esta medida no fue suficiente, ya que mediante legados múltiples inferiores a mil ases podía también agotarse un patrimonio en legados.

La *Lex Voconia* del año 169 a.C. prohibía que el legatario recibiera una cantidad superior a la recibida por el heredero¹⁶,

¹⁴ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, pág. 83.

¹⁵ *Fragmenta Vaticana* 301; Reglas de Ulpiano 1, 2; *Institutiones Gai* 2, 225; 4, 23 y 109.

¹⁶ *Institutiones Gai* 2, 226.

si bien ello no mejoraba mucho la situación con arreglo a la *Lex Furia*, pues distribuyendo el patrimonio entre muchos legatarios, aunque recibieran cada uno de ellos una porción inferior a la del heredero, se podía mermar el patrimonio en tal manera, que el heredero optara por no aceptar la herencia.

La *Lex Falcidia* del año 40 a.C. ordenaba que el testador no podía legar más de las tres cuartas partes de la herencia, para asegurar así al heredero, al menos, una cuarta parte (*quarta falcidia*)¹⁷. La Ley era referida sólo a legados, pero se extendió también a fideicomisos y demás disposiciones patrimoniales *mortis causa*. Para computar dicha porción se tomó como base el patrimonio hereditario al tiempo de morir el testador, sin tener en cuenta aumentos o detrimentos posteriores, y con deducción de las deudas, el valor de los esclavos manumitidos, gastos funerarios, los ocasionados por la liquidación de la herencia y formación del inventario. Valorado el patrimonio, una vez fijado con las deducciones vistas, superadas las tres cuartas partes por los legados, automáticamente se reducían proporcionalmente todos los legados hasta que quedara libre la *quarta falcidia*, si bien el testador podía librar de esta reducción ciertos legados, que no estarían afectados por la cuarta parte, de tal modo que los no beneficiados con tal privilegio quedarían

¹⁷ Sobre el análisis de la *Lex* en particular, COSTA, J. C. *Manual de Derecho Romano público y privado*. LexisNexis. Buenos Aires. 2007, págs. 336-340.

sujetos a la *quarta falcidia* y, por ende, estarían sujetos a la pertinente reducción¹⁸.

Si eran varios los herederos, el cómputo de la *quarta* se haría separadamente, es decir, sobre la porción que correspondía a cada uno de ellos¹⁹, de manera que cada cuota hereditaria quedara libre de legados en una cuarta parte de su valor. Dejadas a un mismo heredero varias porciones hereditarias, el cálculo se haría como si se tratase de una sola²⁰.

No procedía la deducción de la *quarta* cuando se legaba un esclavo con el ruego de manumitirlo, ni cuando se trataba de legados piadosos, ni en el caso del legado de cosas compradas para uso de su mujer. También se excluía de su cómputo la figura de la dote, pues se entendía que la mujer recibía una cosa que ya era suya²¹.

El Derecho justiniano conserva la *quarta falcidia*, pero se muestra algo reticente con ella y así, por ejemplo, sanciona al heredero que no realiza el inventario con la pérdida del derecho a su *quarta* e, incluso, permite que el testador pueda disponer

¹⁸ D. 35, 2, 42 y 72.

¹⁹ D. 35, 2, 77.

²⁰ D. 35, 2, 11, 5-7.

²¹ D. 35, 2, 81, 1.

válidamente que el heredero no retuviera la *quarta falcidia*²²; también excluye su aplicación en el caso de que el heredero hubiera pagado o se hubiera comprometido a pagar un legado por entero, dado que el deber se extiende a todos los legados²³ (renuncia expresa o tácita del heredero).

A todas estas leyes mencionadas habría que añadir, además, la *Lex Fufia Caninia* (2 a.C.), la cual prohíbe manumisiones testamentarias que superen cierto número de esclavos²⁴.

También en sede de **desheredación** se observa una evolución significativa que tiende a recortar la libertad del testador. En efecto, la idea de copropiedad que planea en el ámbito de la familia romana va a propiciar una serie de restricciones a la facultad del testador para desheredar, ya de carácter formal, ya de carácter material.

En efecto, en el plano formal, el testador sólo podía desheredar en el *Ius civile* a sus hijos, siempre que fueran *heredes sui* (no a los emancipados), individualizadamente, esto es, *nominatim*, hasta tal punto que si omitía a uno de esos hijos el

²² *Novella* 1, 2.

²³ *Novella* 1, 3.

²⁴ COSTA, J. C. *Manual de Derecho Romano público y privado*. LexisNexis. Buenos Aires. 2007, pág. 336.

testamento era nulo, lo cual no aplicaba en el caso de hijas y nietos, que podían ser desheredados con una fórmula global, sin mención individual y, de ser omitidos, lejos de ser nulo el testamento, se mantenía su validez a través de un mecanismo de corrección legal en el seno del mismo testamento²⁵, en cuya virtud los preteridos concurrían en su cuota de participación con los instituidos.

Vemos aquí una tibia excepción al principio consagrado en el Derecho Romano según el cual nadie puede morir al mismo tiempo en parte testado y en parte intestado, de modo que la sucesión legal comienza a tener entrada en el ámbito de la sucesión testada²⁶. Ya en la época del Derecho pretorio los hijos emancipados resultarán asimilados a los hijos que pertenecen a la categoría de los *heredes sui*, lo cual implica que su desheredación también debe realizarse *nominatim*; solamente cabe la desheredación global (no *nominatim*) respecto de hijas y nietas. En el caso de preterición de un hijo o nieto, aun cuando se producía también la apertura de la sucesión legal, el pretor

²⁵ DOMINGO R. *Elementos de Derecho Romano*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona. 2010, págs. 74-75; MARGADANT, G. F. *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. Vigésimosexta edición. Sexta reimpresión. Esfinge. Naucalpán. México. 2007, pág. 485.

²⁶ D. 5, 2, 15, 2. Sobre el particular, RASCON GARCIA, C. *Manual de Derecho Romano*. Segunda edición. Tecnos. Madrid. 1996, pág. 249.

conservaba la validez de algunas disposiciones del testamento (desheredaciones, legados a favor de la viuda), lo cual representaba otra clara excepción a la regla que postulaba la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada.

Por lo que atiende a las limitaciones materiales a la libertad del testador para desheredar, comienzan a mostrarse, aunque muy tímidamente, en el *testamentum calatis comitiis*²⁷, puesto que su publicidad ante la asamblea popular constituía una mínima garantía frente al posible abuso del testador. No obstante, cuando esta forma de testar fue cediendo ante otras menos públicas, hubo que proteger los intereses de los parientes más próximos contra la voluntad caprichosa del testador. Así fue apareciendo en los últimos tiempos de la etapa republicana la práctica por la cual el tribunal de los *centumviri*, probablemente por influencia griega²⁸, admitió que los testamentos contrarios al deber moral del padre con relación a sus hijos fueran

²⁷ BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 598, 599.

²⁸ El origen de este tribunal, competente en cuestiones hereditarias, podría datar de la segunda mitad del siglo III a.C.; seguiría manteniendo sus atribuciones durante el Principado para ser progresivamente sustituido por el procedimiento *extra ordinem* en época del Imperio Absoluto. Se apunta su posible influencia griega en HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 230.

tachados de insanos, por ser contrarios al afecto familiar²⁹, lo cual con el paso del tiempo propició el reconocimiento de algunos derechos a favor de hijos y hermanos desheredados: en efecto, si los descendientes recibían menos de la cuarta parte de lo que habrían recibido por sucesión intestada, podían solicitar la anulación del testamento; de no haber descendientes, los hermanos contaban con el mismo derecho, en el caso de que el testador hubiera instituido a una persona *turpis*.

A la par que la *querela inofficiosi testamenti*, de la que luego hablaremos, y para no desvirtuar su cometido, en época posclásica se crearon³⁰ tanto la *querela inofficiosae donationis* como la *querela inofficiosae dotis* que, de triunfar, producían la rescisión de las mencionadas liberalidades hasta el monto necesario para completar la porción legítima de quien interpuso la querrela. Y es que la *exhereditio bona mente* (efectuada no por mala voluntad sino por otra causa)³¹ podía entenderse como una expresión del *officium pietatis* del *paterfamilias*, de tal manera que la demanda por inoficiosidad del testamento no prosperaba si el testador benefició patrimonialmente de algún modo al

²⁹ DOMINGO R. *Elementos de Derecho Romano*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona. 2010, pág. 75; ESPITIA GARZON, F. *Historia del Derecho Romano*. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009, págs. 215-216.

³⁰ D. 31, 87, 3 y 4; *Codex* 3, 29, 7.

³¹ D. 38, 2, 12, 2.

heredero preterido con un legado, fideicomiso o donaciones a lo largo de su vida. El tribunal de los *centumviri* contaba con facultades discrecionales a la hora de apreciar si lo recibido era suficiente según las circunstancias del caso enjuiciado, si bien, a partir del siglo I de nuestra era, la práctica judicial fijó como suficiente la cuantía de la cuarta parte de lo que le correspondería tras la apertura de la sucesión intestada, medida que, junto a los criterios para su cálculo, se tomaron del modelo representado por la cuarta falcidia³².

También en el Bajo Imperio, se introduce la acción en complemento de la legítima (*actio ad supplendam legitimam*) como respuesta a la práctica en la que el testador no instituía a sus hijos en calidad de herederos y, a cambio, les otorgaba donaciones en su testamento con la peculiaridad de que, de no cubrir estas el monto de la legítima, esta debería completarse mediante el arbitraje de un hombre probo³³. La generalización de esta práctica en la sociedad romana llevará a los emperadores Constancio y Juliano en el año 361 a crear una nueva acción procesal para completar la porción legítima, que contemplaba a su vez la posible reducción de liberalidades a favor de personas distintas a los parientes más próximos, sin que ello conllevara la anulación del testamento, que no podía atacarse por inoficioso, a cambio de admitirse la aplicación de la

³² D. 5, 2, 8, 9 y 11.

³³ Código Teodosiano 2, 19, 4.

acción en complemento de la legítima, que reemplazaría en este caso a la querella de inoficiosidad. Dicha *portio legitima* podía completarse también con legados, mas no con sustituciones o acrecentamientos.

Incluso surgió como restricción material a la libertad del testador la regla por la que el padre o madre casados por segunda vez (*parens binubus*)³⁴ no podía dejar a su nuevo cónyuge por testamento más de lo que le correspondería a cada hijo del primer matrimonio.

Así pues y recapitulando, la única limitación formal que el *Ius civile* impuso al principio de libertad de testar es que el testador debía mencionar a los *heredes sui*, bajo pena de nulidad del testamento en caso de omisión o preterición³⁵.

III. PROGRESIVA CONFIGURACION DE LA LEGÍTIMA (SUCESSION CONTRA TESTAMENTO)

Como ya hemos podido comprobar, la absoluta libertad de testar con que contaba el *paterfamilias* va a ser

³⁴ *Codex* 5, 9, 6; *Novellae* 22, 27-28.

³⁵ LOPEZ-RENDO, C. *Fundamento de la regla sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius civile*. Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991.

progresivamente objeto de limitaciones³⁶, puesto que no va a poder omitir a los herederos *sui* en su testamento, ya sea para instituirlos herederos o para desheredarlos (sucesión legítima formal); y, además de este aspecto meramente formal, deberá dejar a determinadas personas una parte de sus bienes, afectando al contenido de su testamento (sucesión legítima real).

Por tanto, comienza a aparecer un tercer género de sucesión en la que el testador ha de destinar una parte de sus bienes a una serie de personas determinadas; un sistema intermedio entre la libertad absoluta de testar y la fijada o delimitada exclusivamente por la ley, por lo que también se le ha conocido con la denominación de sucesión necesaria, pues el destino de una parte de los bienes lo establece la ley, siendo sus beneficiarios reputados como herederos forzosos. Cuando una persona dispone por testamento de sus bienes, ciertas personas guardan una preferencia sobre una porción de aquéllos, con lo que el testador deberá respetar tal recorte a su libertad de testar. Evidentemente, podrá desheredar a sus hijos varones, pero cuando menos, han de ser mencionados nominalmente en el testamento en que lo haga.

³⁶ En torno a las críticas sobre los conceptos de sucesión legítima formal y material, COSTA, J. C. *Manual de Derecho Romano público y privado*. LexisNexis. Buenos Aires. 2007, pág. 341.

En el Derecho civil antiguo, sólo se podía instituir heredero a un extraño si no había herederos *sui*; de existir herederos *sui*, había que contar con ellos³⁷, bien para dejarles una porción cualquiera, bien para desheredarles, sin precisar justificación, pero sí mencionándolos nominal e individualmente. Aún así, tanto la jurisprudencia como la legislación tienden a morigerar las consecuencias jurídicas de la preterición respecto del testamento: en efecto, sólo es nulo el testamento en el caso de omisión de un hijo varón³⁸ y, en los demás supuestos de herederos *sui*, procedía la rectificación del testamento³⁹ para permitir la participación del preterido en su cuota en concurrencia con los instituidos; si son preteridos respecto de un heredero extraño, reciben la mitad de la herencia⁴⁰; en caso de ser preterido un hijo póstumo⁴¹ de sexo masculino, debía ser instituido o desheredado nominativamente, y si el preterido era de sexo femenino podía ser instituido o desheredado nominativa o colectivamente, si bien en este caso se le solía dejar algún legado para que se considerara que no fue preterido por

³⁷ *Institutiones Gai* 2, 127.

³⁸ *Institutiones Gai* 2, 131 y 132.

³⁹ D. 37, 4, 4 y 6.

⁴⁰ *Institutiones Gai* 2, 124.

⁴¹ Sobre las diversas clases de hijos póstumos reconocidos por la jurisprudencia romana (*legitimi*, *Aquilianii*, *Velleiani* o *Juniani*, *quasi Velleiani*, *Juliani* o *Salviani*), COSTA, J. C. *Manual de Derecho Romano público y privado*. LexisNexis. Buenos Aires. 2007, pág. 343.

olvido⁴². Es decir, como regla general se observa una tendencia a respetar la validez y eficacia de las disposiciones del testador siempre que se cumplieran los requisitos formales.

El Derecho pretorio introduce la categoría de los *liberi* en lugar de los *heredes sui*, con lo que se consolida el vínculo cognaticio en detrimento del agnaticio y se produce la equiparación de los hijos emancipados con los que han permanecido bajo la patria potestad del *paterfamilias* (*heredes sui*)⁴³. Si los *liberi* eran preteridos (incluso los póstumos y emancipados) por el padre en su testamento, el pretor ofrecía a

⁴² Vemos aquí una excepción al principio en cuya virtud no se podía instituir o desheredar a personas inciertas, como eran los hijos póstumos. Sin embargo, se permitió esta situación toda vez que la preterición del póstumo, al margen del sexo del preterido, convertía el testamento en *testamentum ruptum* por no respetar el parentesco agnaticio del hijo póstumo o de la hija póstuma que fueron preteridos. Al respecto, *Institutiones Gai* 2, 130-132; *Institutiones* 2, 13, 1; también DI PIETRO, A. *Derecho privado romano*. Segunda edición. Depalma. Buenos Aires. 1999, págs. 376-377.

En torno a las diversas modalidades de testamento ineficaz, BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 626-627.

⁴³ D. 37, 6, 1 pr.; 37, 6, 5, 1; 37, 7, 1; 17, 2, 52, 8.

Las hijas emancipadas también debían ser instituidas o desheredadas en el testamento, ya nominativa o conjuntamente, según reseña las Reglas de Ulpiano 22, 23.

éstos la *bonorum possessio contra tabulas (cum re)*⁴⁴, siempre que no murieran antes que el testador y que la solicitaran dentro de un año desde la delación de la herencia, de manera que podían oponerla ante la acción que intentara el heredero civil para recuperar los bienes. Aún así, si bien el pretor introduce el principio de la cognación en sede de *bonorum possessio contra tabulas*, con la consiguiente repercusión en las personas que podían invocarla en detrimento de los herederos extraños, el resto de las cláusulas testamentarias, en una clara aplicación del principio *favor testamenti*, mantenían su validez (legados, sustituciones, manumisiones, nombramiento de tutor).

En los últimos tiempos de la etapa republicana en Roma se produce una reacción favorable al respeto de los intereses sanguíneos en materia testamentaria, una vez producida la quiebra de la vieja y típica familia romana. Por ello, se instaura el sistema de la sucesión legítima real, esto es, no basta con mencionar a los parientes más próximos en el testamento que apenas los favorece (legítima formal), sino que es necesario atribuirles una porción determinada de los bienes del patrimonio, con la finalidad de garantizar la unidad y dignidad de la familia, fruto de una nueva conciencia social basada en la equidad, el afecto y la consanguinidad. De lo contrario, en atención a la falta del deber de afecto que ha de observarse con los parientes más próximos, el testamento que descuida tal debe ser reputado inoficioso y confiere a la persona perjudicada el

⁴⁴ *Institutiones Gai* 2, 125.

derecho de impugnarlo. La impugnación del testamento por inoficioso constituye un mecanismo de control social⁴⁵ en torno al cumplimiento a cargo del *paterfamilias* del deber ético para con los suyos emanado del *officium pietatis*, según el cual ha de proteger a sus parientes más próximos. Así pues, la infracción de los deberes éticos del afecto y la solidaridad que los vínculos de sangre imponen constituirían la fundamentación de la impugnación del testamento por inoficioso. Aún así, tanto el principio del *favor testamenti*, como el respeto a la voluntad del testador, propiciaron un tratamiento reticente respecto a la impugnación del testamento por inoficiosidad, hasta tal punto que, a los fines de disuadir su invocación, la pérdida del pleito en cuestión se sancionaba con la indignidad para suceder.

Vemos pues que el régimen de la cuota de reserva sólo se desarrolla a finales de la etapa republicana⁴⁶ de manera que el pariente más próximo contó con el derecho a exigir una cuota mínima de los bienes de la herencia en caso de que el *paterfamilias* hubiera otorgado testamento: tal porción se

⁴⁵ Sobre el origen del testamento inoficioso y su relación con la *petitio hereditatis*, FERNANDEZ BARREIRO, A. *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*. Revista General de Derecho Romano. Iustel. Número 7. 2006, (RI 406056), pág. 18, nota al pie n° 51.

⁴⁶ SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Segunda edición. Civitas. Madrid. 2000, pág. 179.

denominó cuota legítima y se basó en un deber moral de piedad⁴⁷ cuyo irrespeto llevó a los pretores, mediante una ficción legal, a considerar al testador como si se hallara bajo los efectos de una perturbación mental, por no hallarse en su sano juicio (*color insaniae*)⁴⁸, al no respetar el *officium pietatis*, con la finalidad de proteger a los desheredados injustamente.

Si no había causa justificada para desheredar, el preterido⁴⁹ podría ejercitar una acción judicial (*querela inofficiosi testamenti*) contra el heredero testamentario para obtener su porción o cuota legítima (la cuarta parte de lo que hubiera correspondido a los *heredes sui*, de abrirse la herencia intestada), antes de los cinco años siguientes a la apertura de la sucesión y debiendo demostrar la desheredación o preterición injusta⁵⁰, o

⁴⁷ D. 48, 207. Así el jurista Paulo habla de *ratio naturalis* como el fundamento de la figura en un claro reconocimiento del parentesco cognaticio y del deber de afecto que de él surge.

⁴⁸ D. 5, 2, 2; 5, 2, 13. Al respecto, HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 231.

⁴⁹ D. 5, 2, 1; *Institutiones* 2, 18, 1; *Codex* 3, 28, 27: ascendientes o descendientes, en forma recíproca; hermanos bilaterales (*germani*) y medio hermanos sanguíneos (no los uterinos), sólo cuando el testador hubiera instituido a una persona vil (tachada de infamia o de liviandad, o de nota leve).

⁵⁰ No existieron en esta época causales de desheredación, de tal manera que el querellante debía alegarlas y probarlas, quedando al arbitrio

bien el haber recibido menos proporción de la debida. Se trata de un recurso extraordinario que se admitirá a falta de otra vía posible (*ius civile* o *ius praetorium*), de tal manera que el querellante debe carecer de cualquier otro recurso para obtener la herencia⁵¹. De prosperar la querella, el testamento queda rescindido y se abre la sucesión intestada⁵²; de fracasar el intento, el testamento sigue siendo válido y el actor, al haber injuriado la memoria del testador, es considerado indigno y pierde todo legado o liberalidad en su favor, cuyo destino será el fisco⁵³.

La nueva concepción familiar consanguínea sostenida por Justiniano provocó reformas importantes en lo que a la sucesión en la poción legítima se refiere⁵⁴, puesto que se abandona definitivamente el parentesco civil agnaticio y se toma en consideración solamente la consanguinidad, eso sí, condicionada por la legitimidad matrimonial⁵⁵, dada la influencia del cristianismo: en efecto, se pretende fortalecer las

judicial su apreciación. En este sentido, DI PIETRO, A. *Derecho privado romano*. Segunda edición. Depalma. Buenos Aires. 1999, págs. 379.

⁵¹ Se califica por ello como *ultimum auditorium* (D. 37, 4, 8 pr.).

⁵² D. 5, 2, 8, 16.

⁵³ D. 5, 2, 8, 14.

⁵⁴ *Novella* 18 del año 536 d.C.; *Novella* 115 del 542 d.C.

⁵⁵ *Codex* 5, 27; *Novella* 89, 6; *Novella* 115, 3, 14 y 115, 4-8.

relaciones interparentales sobre la base de un modelo familiar unido por vínculos de solidaridad. Y es que la legislación justiniana acabará por transformar en deberes legales comportamientos que la tradición jurídica romana sustentaba en principios éticos, fundamentalmente en el ámbito de la familia y, por derivación, también en materia sucesoria.

El propio emperador dictará algunas constituciones imperiales tendentes a resolver dudas, siempre tomando como criterio la prevalencia del sistema de legítimas en detrimento del principio de libertad de testar⁵⁶, si bien por su través trató de restringir el uso de la *querela* al sostener que, de ser posible, antes que permitir la ruptura del testamento, se admitiría el complemento de la cantidad que el heredero forzoso recibió de menos⁵⁷.

La legislación justiniana en sede de sucesión legítima trata de establecer un sistema unificado, albergando algunas disposiciones del período posclásico e introduciendo algunas novedades. La reforma definitiva se realiza en la famosa Novela 115 del año 541, pero ya con anterioridad la Novela 18 del año

⁵⁶ *Codex* 3, 28, 30-37. Al respecto, BOINDI, B. *Il Diritto Romano Cristiano. La Famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*. Milano. 1954, pág. 344.

⁵⁷ ESPITIA GARZON, F. *Historia del Derecho Romano*. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009, pág. 367.

537 apuntaló algunos postulados⁵⁸. Dentro del sistema legitimario justiniano destacamos los siguientes aspectos:

a) Se establecen las personas que tienen derecho a la porción legítima, llamados por ello legitimarios (ascendientes, descendientes, hermanos de doble vínculo o germanos, así como también los medio hermanos consanguíneos, esto es, los que no son uterinos).

b) Aumenta la cuantía de la porción o cuota a los hijos: un tercio, si el testador deja hasta cuatro hijos, y la mitad, si deja más de cuatro⁵⁹. En caso de premoriencia del hijo, los nietos obtendrían la parte de la legítima que le hubiera correspondido al padre⁶⁰. Dicha novedad se justificaba en el Prefacio de la *Novella* 18 en la necesidad de corregir la injusticia que suponía el hecho de que los hijos, cualquiera que fuera su número,

⁵⁸ Dicha Novela establece que todos los descendientes agnados de nacimiento que se hallen bajo patria potestad o emancipados, póstumos o nacidos antes de dictar el testamento, sin distinguir sexo y grado, han de ser instituidos o desheredados nominativamente y en el orden la sucesión intestada. De no observar lo señalado, si el preterido es un *heredes sui*, el testamento es nulo; si el preterido es un hijo o hija emancipados, procede la *bonorum possessio contra tabulas*. Al respecto, *Institutiones* 2, 13, 5; *Codex* 6, 28.

⁵⁹ *Novella* 18 del año 536 d.C.

⁶⁰ *Novella* 18, 4.

debieran repartirse la cuarta parte de la herencia, una cantidad exigua comparada con las posibles tres cuartas partes restantes de las que podía disponer libremente el testador a favor de cognados, extraños o libertos. Con la nueva porción, variable en función del número de hijos habidos, se lograba una mayor equidad para estos.

c) Se concretan unas causas de desheredación taxativas⁶¹, tanto para los ascendientes, como para los descendientes (comisión de atentado contra la vida del difunto, abandono del enfermo, acusación criminal, injuria intolerable, falta de rescate estando cautivo, ...) y los hermanos (maquinación contra su vida, acusación de algún crimen, causarle gran pérdida en sus bienes), que el testador deberá mencionar expresamente, de modo que si se produce una desheredación sin justa causa, los perjudicados podrán instar la anulación del testamento y la apertura de la sucesión intestada (a través de la *querela inofficiosi testamenti* adaptada a la *Novella* 115).

d) Se mantiene la acción de complemento de legítima para el caso de asignación de una cuota inferior a la debida⁶², si bien

⁶¹ COSTA, J. C. *Manual de Derecho Romano público y privado*. LexisNexis. Buenos Aires. 2007, pág. 346.

⁶² *Actio ad supplendam legitimam*, incluida en la *Novella* 115. También *Codex* 3, 28, 30; *Institutiones* 2, 18, 3.

tanto las donaciones *propter nuptias* y la dote, como las donaciones ordinarias se imputan a la legítima⁶³.

e) La rescisión del testamento impugnado por inoficiosidad afecta solamente a la institución de heredero, manteniendo su validez el resto de las disposiciones testamentarias.

Así pues, los descendientes, ascendientes, hermanos de doble vínculo o sólo de padre (consanguíneos) a los que el testador no deja la cuota legítima de lo que les hubiera correspondido por la ley (*debitae portionis*), pueden impugnar el testamento mediante la denominada *querela inofficiosi testamenti*⁶⁴. Respecto de los hijos adoptivos que, en la época clásica, sólo podían impugnar el testamento del adoptante, pero no el del padre natural, en la época justiniana pudieron ejercitar la *querela inofficiosi testamenti* en caso de adopción plena, mientras que cuando se trataba de adopción menos plena, podían impugnar el testamento de su padre natural en prueba de que el vínculo con su familia biológica perduraba⁶⁵.

⁶³ *Codex* 3, 28, 29; *Codex* 3, 30, 2.

⁶⁴ D. 5, 2, 8, 8.

⁶⁵ *Codex* 8, 48, 10 pr.-1; *Institutiones* 2, 18, 2.

En cuanto a los requisitos y consecuencias del ejercicio de la *querela* en la época justiniana, se mantienen la mayor parte de los ya preexistentes: el plazo de ejercicio es de cinco años desde la aceptación de la herencia, corriendo la carga de la prueba del actuar injusto del testador a cargo del querellante; se concede exclusivamente a la persona perjudicada (*ad personam*), por lo que no se transmite a los herederos del titular de la *querela*, salvo que éste hubiera ya iniciado el pleito, o cuando los herederos fueran sus propios hijos; cesa la *querela* por renuncia del legitimario, que puede ser tácita, por medio de cualquier acto de reconocimiento de la voluntad del testador, aun cuando si el llamado en primer lugar a la sucesión intestada no quisiera o no pudiera ejercitar la referida acción, esta facultad pasaría a quien le siguiera en derecho respecto de la porción legítima que, en este caso, coincidiría con quien le siguiera en el orden de la sucesión intestada⁶⁶; el ejercicio de la *querela*, dado que comporta *iniuria* para el difunto, sólo procedía en el caso de que el postergado careciera de cualquier otro recurso para conseguir la legítima y se ejercita contra el heredero instituido en el testamento; por fin, si el legitimario no vence en el juicio, pierde todo lo que le hubiera sido concedido en el testamento y, de triunfar su pretensión, el testamento queda rescindido y se abre la sucesión intestada⁶⁷.

⁶⁶ D. 5, 2, 31.

⁶⁷ D. 5, 2, 8, 16.

En referencia al patrimonio del liberto, el pretor establece una porción legítima de naturaleza real, de tal modo que el liberto que no tiene hijos o los deshereda debe dejar al patrono la mitad de sus bienes. Si no lo hace, se concede al patrón la *bonorum possessio contra tabulas* para reclamar dicha mitad⁶⁸. Ese derecho del patrono se protege por medio de unas acciones específicas, que tienen por finalidad revocar las enajenaciones efectuadas por el liberto en fraude del patrono (*actio Fabiana*, si nos hallamos ante una sucesión testamentaria, y *actio Calvisiana*, si la sucesión es intestada).

En Derecho justiniano⁶⁹ la obligatoriedad del liberto de dejar una parte de sus bienes al patrono, en caso de que aquél no tenga hijos que puedan pretender declarar inoficioso su testamento, dependerá de la cuantía de su patrimonio: si éste excede de cien áureos, está obligado a dejar a su patrono la tercera parte del mismo; si no lo rebasa, queda dispensado de respetar la porción legítima a favor de su patrono.

IV. NATURALEZA DE LA CUOTA LEGITIMA ROMANA

Originariamente, la cuota legítima no surge como el derecho patrimonial sobre la herencia que media entre varias

⁶⁸ *Institutiones Gai* 3, 40-41.

⁶⁹ *Institutiones* 3, 7, 3.

personas y el *de cuius* fruto del parentesco, sino que nace más bien en el ámbito procesal, dado el carácter excluyente que representa la admisión de la *querela inoficiosi testamenti*: En efecto, tanto el principio del *favor testamenti*, como el del respeto a la voluntad del testador propiciaron un tratamiento procesal reticente a la impugnación del testamento por inoficiosidad en respuesta al ejercicio abusivo que se había venido realizando de la figura. Ello desembocará en que, a los fines de desincentivar y aplacar el mencionado abuso, la pérdida del pleito por inoficiosidad del testamento se sancionará con la declaración de indignidad para suceder.

Ante el matiz restrictivo y reticente mostrado hacia la *querela* por inoficiosidad, se limita su legitimación activa a descendientes y ascendientes consanguíneos y, solamente en ciertos casos, se extiende a los hermanos y a parientes más lejanos⁷⁰.

Aun así se trata de evitar la impugnación del testamento por inoficioso mediante la realización de atribuciones patrimoniales y, en esa dirección, a la hora de cuantificar el caudal neto de la herencia hay que considerar que, a la reducción de los legados prevista en la *Lex Falcidia*, se deben sumar las donaciones efectuadas en vida por el testador⁷¹. Es

⁷⁰ D. 5, 2, 1.

⁷¹ D. 31, 87, 3.

decir, a través de estos parámetros de cuantificación, la cuota legítima llega a ser considerada como una parte adeudada de la herencia (*portio debita*), con consecuencias más que evidentes: su transformación en un claro límite y restricción a la libertad del testador; y, por otro lado, desde la perspectiva de los herederos legitimarios, su percepción como un derecho de crédito frente al causante.

A partir del siglo IV de nuestra era, prevalece la concepción de la cuota legítima como *portio debita*, ya con un carácter sustancial y sustantivo, y no con un cariz procesal. Es cierto que, en una clara muestra del principio *favor testamenti*, se permite que el testador pueda someter a decisión arbitral la composición de la porción legítima cuando pudiera resultar inferior a la cuantía exigida⁷², tendencia que inicialmente mantiene la legislación justiniana al crear una acción procesal para completar la referida porción⁷³ y, a su vez, permitir el reintegro del caudal hereditario mediante la reducción de las donaciones excesivas efectuadas en vida del causante⁷⁴.

La legítima se configura en la legislación del emperador Justiniano como una verdadera limitación a la libertad de

⁷² Código Teodosiano 2, 19, 4.

⁷³ *Codex* 3, 28, 30, 32 y 36.

⁷⁴ *Codex* 3, 29, 1 y 2; *Codex* 2, 4, 6.

disponer del testador⁷⁵, pero se articula de diferente manera, según se trate, ya con relación a los ascendientes y los descendientes, ya de la correspondiente al resto de legitimarios.

En efecto, respecto de ascendientes y descendientes, la legítima constituye una *pars hereditatis*, puesto que la *Novella* 115, que completa a la 18, prohíbe la preterición o desheredación entre ellos, sin que sirva a estos efectos que se les hubiera dejado en el testamento la *portio debita* por otro concepto (legado, donación, o fideicomiso).

Por ello, la regulación contemplada en la *Novella* 115 representa una novedad importante, cuanto que, en su virtud, se confiere a los ascendientes y descendientes la cualidad de herederos (*heredes*), sin que sirva otro título para cumplir con la referida disposición, hasta tal punto que exige al testador la obligación legal de instituirlos en su testamento. A partir de ese momento los referidos herederos legitimarios adquieren en vida una verdadera expectativa patrimonial hereditaria -cuota legítima-, que deberá ser respetada al menos en una mínima parte, sin perjuicio de que el testador pueda disponer del resto de su herencia a favor de otras personas y por cualquier otro título.

⁷⁵ *Novella* 18, 1.

Sin embargo, la *Novela* 115 omite cualquier referencia al resto de legitimarios, por lo que ellos sí podrían recibir su respectiva *portio debita* por cualquier título (heredero, legatario, donatario o fideicomisario); de ahí, que la legítima en este caso podría ser considerada más bien como *pars* o *quota bonorum*, que otorga a los legitimarios la titularidad sobre una parte de la herencia preestablecida legalmente y que podría ser recibida por ellos por cualquier título⁷⁶.

Además, cuando el Derecho justiniano establece un número tasado de causas de desheredación desaparece la facultad discrecional con la que contaba el órgano judicial para apreciar si la desheredación resultaba injustificada o no. En efecto, el testador ha de mencionar expresamente la causa por la que priva de la legítima al heredero legítimo, si bien este podía cuestionarla judicialmente mediante la *querela inofficiosi testamenti*. Y es que la *Novella* 115 prohíbe la preterición o desheredación entre ascendientes y descendientes, permitiendo únicamente apartarles de su condición de heredero cuando se pudiera probar la concurrencia de alguna causa de ingratitud respecto del testador, ahora enumeradas taxativamente⁷⁷ con el fin de clarificar las dudas existentes con arreglo a la legislación anterior. En el caso de que no se lograra probar la causa de desheredación alegada en el testamento, éste no se declaraba

⁷⁶ *Novella* 18, 1.

⁷⁷ *Novella* 115, 3.

nulo en su integridad, sino tan sólo en lo que a la institución de heredero correspondiera, permaneciendo válidas el resto de disposiciones ordenadas por el testador⁷⁸.

Si el testador no pretería al ascendiente o descendiente, pero lo instituyera heredero en una parte inferior a la legítima correspondiente, se mantenía la validez de la institución y, por ende, el testamento permanecía válido en su integridad; en tal caso, el legitimario podría solicitar el complemento de su *legitima portione*⁷⁹. Con ello, se intentaba salvaguardar al máximo la validez de la voluntad del testador (*favor testamenti*), pero preservando los derechos de los legitimarios preceptuados legalmente, en el caso de que se tratara de ascendientes y descendientes.

Por lo que se refiere al resto de legitimarios, en el supuesto de preterición o desheredación, dado que no existía previsión legal al respecto, sí deberían, según el caso, bien impugnar el testamento por medio de la *querela inofficiosi testamenti*, o bien solicitar el complemento de su legítima a través de la *actio ad supplendam legitimam*⁸⁰.

⁷⁸ *Novella* 115, 3, 14 *in fine*; *Novella* 115, 4, 9.

⁷⁹ *Novella* 115, 5.

⁸⁰ *Codex* 3, 28, 30 pr.; *Codex* 3, 28, 35, pr.; *Institutiones* 2, 18, 3.

Así pues, siempre que el testador no hubiera declarado expresamente que dejaba una porción inferior al heredero por causa de ingratitud, se debería atribuir o completar a los legitimarios hasta el monto de un cuarto, un tercio o la mitad de la herencia, según el caso, debiéndose hacer efectivo el complemento de la legítima *sine nulla mora et sine contentioso proposito*⁸¹.

Tras lo afirmado con antelación, podemos comprobar que la *debita portio* originaria se transforma en la legislación de Justiniano en *legitima portio*, con un carácter intangible, de tal manera que cualquier pacto de renuncia sobre la misma era nulo. Pierde su matiz procesal de inadmisibilidad para impugnar el testamento y deviene en una parte de la herencia (*pars hereditatis*) exigible para el testador, lo cual repercute en que la *querela inofficiosi testamenti* pierde sustantividad como remedio procesal y se erige en una de las causas para incoar la acción de petición de herencia (*petitio hereditatis*)⁸².

A mayor abundamiento, el fundamento primigenio de la legítima, de claro carácter moral, se eleva a la categoría de obligación legal para el testador (*portio debita*) y, por ende, en un derecho patrimonial a favor de los herederos legitimarios sobre la herencia en la cuantía que la ley establece. Así es, el hecho de

⁸¹ *Codex* 3, 28, 33, pr.

⁸² *Codex* 3, 28, 34 pr.

que la ley imponga al testador la necesaria institución de heredero a favor de los legitimarios representa una quiebra a la tradicional *exhereditio mente facta*, en cuya virtud el testador a la hora de otorgar su testamento, concebido como acto jurídico negocial, podía configurar y administrar su sucesión *mortis causa* con arreglo al *officium pietatis*, uno de los valores extrajurídicos⁸³ que informaron el Derecho Romano. De ahí que, a partir de la fijación taxativa por ley de las justas causas de desheredación y, en consecuencia, de la correspondiente privación de la cuota legítima a los legitimarios, se supera y suprime la discrecionalidad con la que contaba la autoridad judicial para apreciar el comportamiento del testador en el caso concreto planteado cuando desheredaba; además, con ello, el fenómeno de la desheredación se sitúa en el plano ético de la indignidad para suceder, ahora ya configurado y reforzado en un plano legal.

⁸³ Al respecto, BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Tercera edición, primera reimpresión. Caracas. 2013, pág. 27.

V. LA RESERVA FAMILIAR DEL DERECHO GERMANICO

El testamento y cualquier enajenación por causa de muerte eran instituciones jurídicas desconocidas en el Derecho germánico⁸⁴, puesto que en él regía el principio consuetudinario “*der Erbe wird geboren, nicht erkoren*”, que pasó más tarde al antiguo Derecho francés bajo la expresión “*heredes gignuntur, non fiunt; solus Deus heredem facere potest, non homo*” (los herederos nacen, no se hacen; sólo Dios puede hacer un heredero, no el hombre)⁸⁵. En efecto, no son los sentimientos del padre sino la voluntad divina la que pone la herencia del padre en manos de sus hijos, de entre los cuales resultaban excluidos del reparto tanto los hijos naturales como las hijas para evitar que los bienes salieran de la familia. Precisamente por ello se consagra la prohibición de testar, para evitar el soslayamiento de una costumbre muy arraigada entre los germanos: el ejercicio del derecho hereditario, sobre todo con relación a los bienes inmuebles, estaba estrechamente ligado al cumplimiento de ciertos deberes políticos y militares que la mujer casada no podría cumplir. Al prohibir el testamento, se eludía que los

⁸⁴ SALIS, L. *La successione necessaria*. Cedam. Padova. 1929, págs. 29 y ss. en PEREZ SERRANO, N. *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Dossat S.A. Madrid. 1965, pág. 460.

⁸⁵ LOPEZ HERRERA, F. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Tercera edición. Publicaciones UCAB. Caracas. 2003, pág. 26.

bienes familiares pudieran salir de la familia, como sucedería si se destinaran a los hijos naturales y las hijas.

En esa misma línea de pensamiento, frente a lo que sucedía en el Derecho romano en donde la personalidad del difunto continuaba a través de la del heredero, el Derecho germánico hacía prevalecer la posición del heredero, quien adquiriría la herencia no por la deferencia que el *de cuius* tenía con él, sino más bien por derecho propio, razón por la cual nunca respondía personalmente de las deudas del difunto⁸⁶, salvo que los bienes hereditarios estuvieran afectos a los acreedores en todo su valor, pero nunca más allá del valor de los bienes hereditarios.

A estos usos largamente practicados debe añadirse la vigencia del principio de la copropiedad familiar⁸⁷, que no es sino una manifestación concreta de la copropiedad germánica o

⁸⁶ Según el Espejo de Sajonia, recopilación de trabajos de jurisconsultos germanos y una de las fuentes principales del Derecho germánico, el heredero solo podía ser obligado a ceder al acreedor del difunto los bienes muebles, pero los inmuebles los recibía libres de todo gravamen. No obstante, por exigencias asociadas al crédito y al comercio se terminó por reconocer al acreedor del difunto una posición más favorable. Al respecto, AA.VV. (Coord. ALTAVA Lavall, M,G.). *Lecciones de Derecho Comparado*. Universitas. Universidad Jaume I. Castellón de la Plana. 2003, pág. 44.

⁸⁷ LOPEZ HERRERA, F. *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Tercera edición. Publicaciones UCAB. Caracas. 2003, pág. 51.

en mano común, en cuya virtud los hijos no sucedían al padre en su patrimonio, sino que recibían lo que ya era de ellos por la propia configuración de la familia germánica, esto es, los hijos contaban con un derecho de copropiedad sobre el patrimonio del padre mientras éste vivía y, tras su muerte, este derecho pasaba a ser de propiedad exclusiva. En efecto, la propiedad privada se desconoció primitivamente en el Derecho germánico, pues regía la copropiedad familiar, dentro de la cual el padre era reputado como *primus inter pares*, cuya función consistía en la mera administración y conservación del patrimonio, de tal manera que no se le confería el poder de enajenar bienes familiares ni entre vivos ni por causa de muerte⁸⁸ y, en el caso de división del patrimonio, su cuota era igual a la de cualquiera de los hijos.

Por ello, antes de asumir tardíamente por influencia romana la institución del testamento, las únicas fuentes de sucesión *mortis causa* con las que contaron fueron las consuetudinarias, sustentadas en la necesidad de conservar el patrimonio familiar⁸⁹. En virtud de las referidas costumbres se distinguían nítidamente los bienes muebles y los inmuebles del causante, toda vez que los primeros quedaban afectos al pago

⁸⁸ HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, Volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 231.

⁸⁹ LEPOINTE, M. G. *Les successions dans l'Ancien Droit*. Domat-Montchrestien. Paris. 1945, págs. 55-68.

de sus deudas, en tanto que eran los bienes inmuebles los que constituían el objeto principal de su sucesión, los cuales, a su vez, se subdividían entre bienes propios y adquiridos. Los propios los había recibido el *de cuius* de sus ascendientes por donación, herencia o legado, razón por la cual, tras la muerte de su titular, se transmitían necesariamente a la rama de los miembros de la familia de donde provenían en virtud de la regla *paterna paternis, materna maternis*; los adquiridos eran los que ingresaron al patrimonio del causante por otras causas, ya a título oneroso o gratuito, y eran disponibles libremente, aunque si pasaban a los descendientes del adquirente por donación, herencia o legado, se transformaban en bienes inmuebles propios. Dentro de los bienes inmuebles propios se podía deslindar entre bienes nobles (feudos) o plebeyos (censuales)⁹⁰, de tal manera que la sucesión *mortis causa* de los primeros debía someterse a los principios de primogenitura o mayorazgo, respecto de los descendientes del causante; y el privilegio de masculinidad -ley sálica-, aplicable tanto entre los descendientes como los colaterales del causante.

Una vez que los bárbaros invaden el Imperio romano, su Derecho coexiste con el Derecho romano⁹¹. Fruto de esta

⁹⁰ LEPOINTE, M. G. *Les successions dans l'ancien Droit*. Domat-Montchrestien. Paris. 1945, págs 145-166.

⁹¹ BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 146-150.

convivencia se produjo una influencia recíproca entre ambos ordenamientos jurídicos y en el pueblo vencedor surge un Derecho germánico claramente romanizado. Precisamente, tras el contacto con los galorromanos, quienes, al igual que los romanos rechazaron la sucesión intestada, y ante un ferviente deseo en realizar legados de carácter piadoso “*por bien del alma del donante o las de sus parientes*”, los pueblos bárbaros recurrieron a la institución del testamento⁹². Tal nuevo uso no sólo ocasionó innumerables conflictos entre la Iglesia y las colectividades religiosas, por un lado, y los parientes más cercanos del difunto, por otro⁹³; sino que también, por su través, logró consolidar el derecho de la familia y el respeto a la copropiedad familiar primitiva sobre la voluntad del individuo⁹⁴. Prueba de lo afirmado es que, para proteger a los herederos, se les concede a estos un derecho de adquisición preferente -retracto gentilicio- ante las enajenaciones a título

⁹² La difusión de la práctica del testamento entre los pueblos bárbaros se debe en gran medida a la Iglesia, pues por su influencia se logró un instrumento para la expiación de las culpas cometidas por el causante durante su vida y consiguiente salvación de su alma, lo cual estimuló e impulsó muy considerablemente las liberalidades a favor de obras benéficas y de caridad. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, págs. 164-167.

⁹³ HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 232.

⁹⁴ POLACCO, V. *De las sucesiones*. EJEA. Buenos Aires. 1982, pág. 293.

oneroso efectuadas por el *de cuius*, así como también se limitan las disposiciones a título gratuito al monto que representa una limosna razonable, con el fin de evitar legados excesivos, práctica que se erigirá en el antecedente de la denominada parte de libre disposición.

Así pues, aunque los pueblos germánicos llegaron a adoptar el testamento romano con sus requisitos, modalidades y consecuencias, sin embargo, conservaron el antiguo principio en cuya virtud "*el derecho hereditario emana del parentesco, de los vínculos de sangre*", de tal manera que los parientes son llamados a la sucesión según la mayor o menor proximidad del parentesco con el difunto.

De la confrontación de la copropiedad familiar original del Derecho germánico y la libertad de testar propia del Derecho romano aparece la reserva familiar: surge para el jefe de familia la obligación de conservar una porción de los bienes "*propios*", generalmente cifrada en los cuatro quintos, en favor de los hijos, y en su defecto, de los parientes de la línea de la que los bienes procedían, al margen de su mayor o menor vinculación con el *de cuius* (primero les correspondía a los descendientes del padre; en su defecto, a los del abuelo y, a falta de éstos, a los del bisabuelo, sin admisión del derecho de

representación⁹⁵, de ahí la regla aplicable *paterna paternis, materna maternis*). Nace así la institución de la reserva como una consecuencia de la copropiedad doméstica⁹⁶, de tal manera que, a los fines de proteger eficazmente a la familia, la parte disponible quedaba reducida, por un lado, al quinto de los bienes propios y, por otro, al total de los bienes adquiridos junto con todos los bienes muebles.

Vemos pues, que la reserva familiar germánica, más que tratar de proteger a los herederos, que los protege, tiende a evitar la realización de legados que excedan de la parte de libre disposición, lo cual no aplicaría como regla general sobre las donaciones. Así pues, primigeniamente, la reserva familiar germánica representaba la antítesis de la institución romana de la legítima.

A veces esta reserva resultaba insuficiente para proteger los derechos de los hijos, por ejemplo en el caso de que el causante dispusiera *mortis causa* de sus bienes muebles y

⁹⁵ MADRIÑAN VAZQUEZ, M. *La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*. Tesis doctoral. Universidad Santiago de Compostela. 2008, págs. 35-37 (<http://hdl.handle.net/10347/2488>).

⁹⁶ DE PIRRO. *Contributo alla dottrina della legitima*, Rivista italiana per le scienze giuridica, XVIII, 1894, en PEREZ SERRANO, N. *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Dossat S.A. Madrid. 1965, pág. 460.

adquiridos, si estos fueran los mayoritarios, o los únicos que existieran en su patrimonio. En la medida que la generalidad de las costumbres no prohibían enajenar los bienes propios *inter vivos*, para limitar este poder absoluto del padre de familia, se acudió a la legítima romana, efectuando algunas modificaciones. Este es el origen del "*sistema de las parentelas*"⁹⁷, aplicable en la actualidad en el Derecho suizo y alemán.

Por tanto, el fundamento de la reserva familiar germánica era preservar la unidad o la hidalguía de la familia sobre la base de la primogenitura⁹⁸, razón por la cual se admitió el nombramiento de heredero en forma contractual para fijar la jefatura en la posición de la familia, siendo ocupada por lo general por el primogénito. A través de la reserva familiar se pretende limitar las liberalidades *mortis causa*, puesto que, sólo por excepción, algunas de las costumbres medievales limitaron los actos gratuitos *inter vivos*. A tales fines, el patrimonio tomado en cuenta era el que el *de cuius* dejaba al momento de su muerte. No obstante, para contar con el derecho a la reserva era

⁹⁷ SALVADOR CODERCH, P. La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del derecho sucesorio. *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria* (Coord. Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda, Gonzalo Quintero Olivares), Vol. 1, 1983, págs. 147-175.

⁹⁸ HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 233.

indispensable ser heredero, de tal manera que quien renunciaba a la herencia carecía de este beneficio. Tal presupuesto configuraba la institución de la reserva familiar en una parte de la herencia (*pars hereditatis*), que debía ser atribuida en propiedad y libre de cargas.

En efecto, por su través se alude a una parte de la herencia sustraída de la facultad de disposición *mortis causa* del *de cuius*, esto es, una herencia *abintestato*, una transmisión hereditaria *ex lege*, emanada de la costumbre, cuya composición no podía modificarse mediante testamento.

El Derecho feudal fue precisando la institución, si bien presentará variedades locales, sobre todo en lo que concierne al *quantum* (desde las cuatro quintas partes, hasta los dos tercios del total de los bienes inmuebles propios del causante)⁹⁹, de tal manera que serán de libre disposición para el causante, además del resto de los bienes inmuebles propios excluidos de la reserva (un cuarto o un tercio, según el uso local), todos los bienes inmuebles adquiridos y todos los bienes muebles.

⁹⁹ LEPOINTE, M. G. *Les successions dans l'Ancien Droit*. Domat-Montchrestien. Paris. 1945, págs. 159, 160, 190, 191, 238-240, 246, 247.

VI. UN ANALISIS COMPARATIVO ENTRE LA LEGITIMA ROMANA Y LA RESERVA FAMILIAR GERMANICA

La legítima romana y la reserva germánica parten de dos polos opuestos: mientras que la primera surge tardíamente como un remedio a la potestad ilimitada del testador, la segunda trata de salvaguardar el principio consuetudinario según el cual el jefe de familia no podía disponer individualmente de los bienes inmuebles propios de la misma.

De ahí que, dada esta disparidad primigenia, se ha sostenido que, lejos de encontrar un paralelismo entre ambas figuras, la reserva familiar tendría una mayor conexión con la institución de la cuarta Falcidia del Derecho Romano¹⁰⁰, pues por medio de esta última se pretendía preservar el derecho del heredero ante legados excesivos ordenados por el testador (en mayor cuantía de las tres cuartas partes del caudal hereditario), con la finalidad de evitar la renuncia de la herencia ante el escaso interés que pudiera suscitar para aquél, una situación del todo punto indeseable para los romanos, por entenderse una verdadera afrenta a la memoria y buen nombre de sus

¹⁰⁰ BONFANTE, P. *Istituzioni di diritto romano*. Novena edición, págs. 611-615, en POLACCO, V. *De las sucesiones*. EJEA. Buenos Aires. 1982, pág. 294.

antepasados, que conduciría ineludiblemente a la apertura de la sucesión intestada.

Aún así, en ambas instituciones ya evolucionadas se observa un elemento común, cual es constituir una verdadera restricción a la voluntad del testador, no obstante que, originariamente, el testamento fuera una práctica desconocida y prohibida en el Derecho germánico; por medio de las dos figuras en ciernes se pretende lograr la protección de los parientes más próximos con relación a la herencia del familiar fallecido.

Dando por sentado que ambas figuras llegaron con el tiempo a converger, fruto de la fusión que tendrá lugar bajo los vientos codificadores, lo cierto es que a continuación se pretende efectuar un análisis comparativo entre ellas, del que trataremos de extraer sus diferencias más relevantes y significativas:

a) Origen. Así como la legítima nace en Roma para frenar una libertad del testador casi ilimitada, la reserva familiar germánica nace como una relajación de la prohibición primitiva absoluta de testar que regía en el Derecho germánico¹⁰¹, en cuya virtud se impuso al causante la obligación de reservar la

¹⁰¹ LOPEZ HERRERA, F. *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Tercera edición. Publicaciones UCAB. Caracas. 2003, pág. 242.

totalidad del patrimonio a los parientes, si bien, fruto de la evolución, la reserva total quedó reducida a una parte de la herencia¹⁰², lo que generará en manos del *de cuius* la facultad de dejar a terceras personas distintas de los parientes más cercanos una determinada porción de bienes.

b) Beneficiarios. Mientras que la legítima romana podía ser reclamada a los herederos por los descendientes, ascendientes y hermanos (también medio hermanos) del *de cuius*, la reserva germánica correspondía a los hijos, y en su defecto, a los parientes de la línea de la que los bienes procedían¹⁰³, al margen de su mayor o menor vinculación con el *de cuius* (primero les correspondía a los descendientes del padre; en su defecto, a los del abuelo y, a falta de éstos, a los del bisabuelo, sin admisión del derecho de representación, según la máxima aplicable al caso *paterna paternis, materna maternis*).

c) Título. La cuota legitimaria romana en favor de ascendientes y descendientes debía ser dejada a título de herencia y no por un título cualquiera, razón por la cual los referidos herederos legitimarios adquieren en vida una verdadera expectativa patrimonial hereditaria, que deberá ser

¹⁰² JOSSERAND, L. *Derecho civil*. Tomo III, Volumen III. EJEA: Bosch y Cía. Buenos Aires. 1951, pág. 269.

¹⁰³ JOSSERAND, L. *Derecho civil*. Tomo III, Volumen III. EJEA: Bosch y Cía. Buenos Aires. 1951, pág. 268.

respetada al menos en una mínima parte (*pars hereditatis*); sin embargo, el resto de legitimarios podían recibir su respectiva *portio debita* por cualquier título (heredero, legatario, donatario o fideicomisario), en cuyo caso podía ser considerada como *pars* o *quota bonorum*, esto es, un derecho de crédito sobre una parte de la herencia preestablecida legalmente¹⁰⁴, incluso en el supuesto de que el legitimario renunciara a la sucesión.

En la reserva familiar germánica, quien la recibía debía invertir necesariamente y en todo caso la cualidad de heredero, hasta el punto de que si renunciaba a la herencia, perdía tal beneficio, motivo por el cual constituía *pars hereditatis*, esto es, una cuota de la herencia en propiedad y libre de cargas.

d) Fundamento. En tanto que la legítima romana se funda en el deber ético (*officium pietatis*) que pesa sobre el *paterfamilias* de proteger a sus parientes, la reserva familiar se asienta en la idea de comunidad familiar a los fines de proteger eficazmente a la familia, es decir, la protección de los herederos radicaba en la pertenencia a un linaje y en la necesidad de que los bienes permanecieran en la familia¹⁰⁵, razón por la cual la parte

¹⁰⁴ *Novella* 18 y 115. También HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 231.

¹⁰⁵ HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 232.

disponible quedaba reducida a una parte mínima de los bienes propios más la totalidad de los bienes adquiridos y los bienes muebles.

e) Cuantía. Así como la cuantía de la legítima romana fue variando a lo largo de su evolución (una cuarta parte; un tercio o la mitad de la herencia, según el número de hijos), pero en un monto reducido, si se compara con la totalidad del caudal relicto, la reserva germánica comprendió una parte considerable del patrimonio familiar de los bienes inmuebles propios (los cuatro quintos o las dos terceras partes, según el uso local)¹⁰⁶, partiendo de la base de que en la época medieval los bienes más valiosos eran los inmuebles, sobre todo si procedían de generaciones anteriores (*res mobilis, res vilis*).

f) Objeto. La legítima romana se proyectaba sobre toda la herencia, trascendiendo más allá de ella, incluso extensible a las liberalidades hechas en vida por el causante¹⁰⁷; sin embargo, la reserva germánica lo hace sobre todo el caudal relicto y era imprescindible integrarla con bienes hereditarios, de tal manera que protegía al heredero contra las liberalidades testamentarias.

¹⁰⁶ SANTOS BRIZ, J. *La legítima y la mejora. Teoría y práctica*. La legítima en el Derecho civil venezolano. Fabretón. Caracas. 1991, pág. 336.

¹⁰⁷ HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 231.

g) Contenido. Así como la legítima romana implicaba un *facere* (restricción) al tener que soportar el testador la carga de disponer *mortis causa* de una parte de sus bienes a favor de determinadas personas; en la reserva familiar germánica el causante, por ser la ley la que reserva los bienes a ciertas personas, no puede disponer *mortis causa* de los mismos, lo que implicaba para él más bien un *non facere* (prohibición)¹⁰⁸.

h) Naturaleza jurídica. En cuanto a los ascendientes y descendientes, la legítima romana constituía una *pars hereditatis*, ya que la *Novela* 115 prohíbe la preterición o desheredación entre ellos, sin que se les hubiera dejado en el testamento la *portio debita* por cualquier otro concepto (legado, donación, o fideicomiso). Sin embargo, la *Novela* 115 omite cualquier referencia al resto de legitimarios, por lo que ellos sí podrían recibir su respectiva *portio debita* por cualquier título (heredero, legatario, donatario o fideicomisario); de ahí, que la legítima en este caso podría ser considerada más bien como *pars* o *quota bonorum*, que otorga a los legitimarios la titularidad sobre una parte de la herencia preestablecida legalmente y que podría ser recibida por ellos por cualquier título¹⁰⁹. El legitimario cuenta con un derecho de crédito frente a los instituidos herederos que podía satisfacerse de cualquier modo, con la particularidad de

¹⁰⁸ SANTOS BRIZ, J. *La legítima y la mejora. Teoría y práctica*. La legítima en el Derecho civil venezolano. Fabretón. Caracas. 1991, pág. 336.

¹⁰⁹ *Novella* 18, 1.

que, incluso, el testador puede imponer un gravamen sobre la legítima a cambio de algún complemento de la herencia a favor del legitimario (cláusula sociniana)¹¹⁰.

Por lo que atañe a la reserva germánica, constituye una *pars hereditatis*, esto es, una cuota de la herencia que se le debe en propiedad y libre de cargas, es decir, quien perteneciera al linaje tendría derecho a la reserva en caso de aceptar la sucesión e, incluso, quedaría obligado por las deudas del difunto más allá de lo que recibiera (*ultra vires*), por lo que el reservatario es un verdadero heredero sobre la cuota de los bienes relictos que le corresponde, sin que sobre la misma el testador pueda establecer gravámenes ni condiciones que la limiten para defraudar la finalidad perseguida por la figura.

i) Finalidad. La reserva familiar germánica no sólo pretendía alcanzar la igualdad relativa entre los coherederos protegiéndolos contra las liberalidades recibidas por uno de ellos que fueran excedentes de la parte de libre disposición (el quinto de los bienes propios), sino que, además, su objetivo era lograr la igualdad absoluta¹¹¹, toda vez que, a través de la

¹¹⁰ LOPEZ HERRERA, F. *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Tercera edición. Publicaciones UCAB. Caracas. 2003, págs. 251 y ss.

¹¹¹ JOSSERAND, L. *Derecho civil*. Tomo III, Volumen III. EJE: Bosch y Cía. Buenos Aires. 1951, pág. 269; HERMANOS MAZEAUD. *Lecciones de*

aplicación de las reglas de la sucesión intestada, se fijaba imperativamente la parte correspondiente a cada coheredero, de tal manera que el causante no podía desconocerla ni siquiera mejorando a uno de ellos mediante una liberalidad, aun cuando fuera con cargo a su porción disponible. Frente a ello, la legítima romana pretende evitar que la herencia pueda ser distribuida por el testador sin limitación alguna, con la consiguiente preterición de ciertos parientes allegados al causante.

j) Ambito de aplicación y proyección. Francia constituye el ejemplo más emblemático y significativo donde con mayor intensidad se manifestaron las influencias romanas y germánicas señaladas, hasta tal punto que el territorio francés quedó claramente dividido en dos grandes zonas desde el punto de vista del Derecho¹¹²: la zona de Derecho consuetudinario, donde rigieron las costumbres germánicas feudales teñidas por la influencia de la Iglesia; y la zona de Derecho escrito, donde se aplicó el Derecho romano. Consecuencia de esta clara división jurídica, en el norte de Francia se adoptó la institución de la reserva germánica, en tanto que en el mediodía francés, por influencia romana, rigió la institución de la legítima. Por supuesto que el contacto entre

Derecho Civil. Parte Cuarta, volumen II. EJEA. Buenos Aires. 1965, pág. 232.

¹¹² BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas. 2013, pág. 206.

ambas figuras propició la recíproca influencia como preámbulo a una fusión reflejada por el legislador napoleónico¹¹³: en efecto, la legítima romana se tornó supletoria y un mecanismo de socorro de la reserva para el caso de que ésta resultase insuficiente a los fines del mantenimiento de los hijos; además, tuvo un carácter alimenticio, y se fijó su cuantía en la mitad de la cuota que correspondería en la sucesión *ab intestato*, calculada tanto sobre los bienes que el causante hubiera dejado a su muerte, como también sobre los que hubiera dispuesto gratuitamente por actos *inter vivos*.

Vemos, pues, que el proceso histórico de la legítima romana y la reserva familiar germánica, tras el período de mutua y recíproca influencia enriquecedora, concluye con la fusión de ambas¹¹⁴ y el surgimiento de un *tertium genus*, fruto de la suma de las dos, que constituye el exponente de la legítima presente en el *Code* francés, el cual sirvió de modelo para otros muchos ordenamientos jurídicos. Así es, la legítima moderna es incorporada al Código civil francés (artículos 913-930) y, en puridad, representa una fusión equilibrada entre la

¹¹³ LOPEZ HERRERA, F. *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Tercera edición. Publicaciones UCAB. Caracas. 2003, pág. 242.

¹¹⁴ PEREZ SERRANO, N. *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Dossat S.A. Madrid. 1965, pág. 461; POLACCO, V. *De las sucesiones*. EJEA. Buenos Aires. 1982, págs. 293 y 294; JOSSERAND, L. *Derecho civil*. Tomo III, Volumen III. EJEA. Boch y Cía. Buenos Aires. 1951, pág. 269.

original legítima romana y la reserva familiar germánica, cuyo resultado híbrido se ha erigido en modelo legislativo para la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de la familia romanística del Derecho.

VII. CONCLUSIONES

1. El Derecho primitivo romano consagra abiertamente en la Ley de las XII Tablas una libertad de testar casi ilimitada. Libertad que comenzó a recortarse paulatinamente en sede de legados, donaciones y desheredación. La legítima romana surge con base en el deber ético (*officium pietatis*) que recae sobre el *paterfamilias* de proteger a los parientes más próximos frente al riesgo de ser preteridos. Será el derecho pretorio el que comienza a reconocer tal figura y la transformará en un deber de carácter legal, consumando la conversión de una legítima formal en una legítima real. Por fin, la legislación justiniana (Novelas 18 y 115) reafirmará la institución, conservando algunos de sus precedentes legislativos, e introduciendo novedades significativas en aspectos tales como su cuantía, los beneficiarios -legitimarios- y las justas causas para desheredar.

La legítima romana, en cuanto a ascendientes y descendientes, constituyó una *pars hereditatis*, puesto que se prohibía la preterición o desheredación entre ellos, sin que se debiera entender satisfecha porque se les hubiera dejado en el

testamento la *portio debita* por cualquier otro concepto (legado, donación, o fideicomiso). Con relación al resto de legitimarios, que sí podían recibir su respectiva *portio debita* por cualquier título (heredero, legatario, donatario o fideicomisario), la legítima pudo ser considerada más bien como *pars* o *quota bonorum*, de manera que se otorga a los legitimarios la titularidad sobre una parte de la herencia preestablecida.

2. La reserva familiar germánica es una consecuencia de la concurrencia de varios factores ligados con principios consuetudinarios propios del Derecho germánico: el derecho hereditario emana del parentesco, de los vínculos de sangre; la prohibición de testar; la afección del derecho hereditario al cumplimiento de deberes familiares y políticos; la copropiedad familiar.

Tras la convivencia de los bárbaros con los romanos, aquellos adoptan el testamento como instrumento de ejecución de mandas pías y benéficas, circunstancia que, unida a la visión de la copropiedad familiar germánica, hará surgir la figura de la reserva familiar con la finalidad de conservar para la familia una porción considerable de los bienes inmuebles propios a favor de los hijos y, en defecto de estos, de los parientes de la línea de procedencia de los bienes, según el viejo adagio *paterna paternis, materna maternis*. Constituye una *pars hereditatis*, esto es, una cuota de la herencia que se debe en propiedad y libre de cargas.

A veces esta reserva resultaba insuficiente para proteger los derechos de los hijos y, para limitar este poder absoluto con el que contaba el padre de familia, se acudió a la legítima romana, de tal manera que ambas figuras coexistieron y se influyeron recíprocamente.

3. Aunque la legítima romana y la reserva germánica parten de dos polos opuestos, en ambas instituciones, ya evolucionadas, se observa un elemento común: ser una verdadera restricción a la voluntad del testador, ya que por medio de ambas se pretende proteger a los parientes más próximos con relación a la herencia familiar.

A pesar de ser numerosos los aspectos que las distinguen (origen, beneficiarios, título, fundamento, cuantía, objeto, contenido, naturaleza jurídica, finalidad, ámbito de aplicación y proyección) y, tras un período de mutua y recíproca influencia enriquecedora, culmina la fusión de ambas y el surgimiento de un *tertium genus* incorporado al Código civil francés (artículos 913-930), que representa un equilibrio entre la original legítima romana y la consuetudinaria reserva familiar germánica, un resultado híbrido que se ha erigido en modelo legislativo para la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos que integran la familia romanística del Derecho.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. (Coord. Rafael Domingo) *Textos de Derecho Romano*. Aranzadi. Navarra, 2002.

ARU. L.; ORESTANO, R. *Sinopsis de Derecho Romano* (trad. Campos, M.) EPESA. Madrid, 1964.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; COLIN, M. *Donations et testaments*. Tomo I. Sirey. Paris, 1905.

BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Publicaciones UCAB. Tercera edición, primera reimpresión. Caracas, 2013.

Manual de historia del Derecho. Segunda edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas, 2013.

BIONDI, B. *Il Diritto Romano Cristiano. La Famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*. Milano, 1954.

BOISSONADE, G. *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*. Paris, 1873.

BRETONE, M. *Storia del diritto romano*. Laterza. Bari, 1987.

BRUNS, G. *Fontes iuris Romani ...* Friburgo, 1906.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *Lezioni di storia del diritto romano. Monarchia e repubblica*. Jovene. Napoli, 2004.

COSTA, J. C. *Manual de Derecho Romano público y privado*. LexisNexis. Buenos Aires, 2007.

- DE FRANCISCI, P. *Storia del diritto romano* I. Giuffrè. Milano, 1943.
- DE PIRRO. *Contributo alla dottrina della legitima*, Rivista italiana per le scienze giuridica, XVIII, 1894, páginas 237-315.
- DI PIETRO, A. *Derecho Privado Romano*. Segunda edición. Depalma. Buenos Aires, 1999.
- DOMINGO, R. *Elementos de Derecho Romano*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2010.
- ESPITIA GARZON, F. *Historia del Derecho Romano*. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.
- FERNANDEZ BARREIRO, A. *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*. Revista General de Derecho Romano. Iustel. Número 7. 2006, (RI 406056).
- FUENTESECA, P. *Historia del Derecho Romano* (s.n.) Madrid, 1987.
- GIRARD, P. F. *Textes de Droit Romain*. París, 1937.
- GARCIA DE VALDECASAS, A. *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1963, páginas 957 y ss.
- GUARINO, A. *Sobre la credibilidad de la ciencia romanística moderna* (trad. E. Ruiz) Granada, 1998.
- GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F. *Diccionario de Derecho Romano*. Tercera edición. Reus. Madrid, 1982.
- IGLESIAS, J. *Derecho Romano*. Ariel Derecho. Barcelona, 2007.

- KASER, M. *En torno al método de los juristas romanos* (trad. J. Miquel). Valladolid, 1964.
- KOSCHAKER, P. *Europa und des römisches Recht* (trad. Santa Cruz Tejeiro. Madrid, 1955). Munich, 1966.
- KUNKEL, W. *Historia del Derecho Romano* (trad. Juan Miquel). Ariel Derecho. Barcelona, 1994.
- LEPOINTE, M. G. *Les successions dans l'ancien Droit*. Domat-Montchrestien. Paris, 1945.
- LEHR, E.; ALCALDE PRIETO, D. *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*. Imprenta López. Madrid, 1878.
- LOPEZ-RENDO, C. *Fundamento de la regla sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius civile*. Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991.
- MADRIÑAN VAZQUEZ, M. *La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela (USC), año 2008 (<http://hdl.handle.net/10347/2488>).
- MARGADANT, G. F. *El Derecho privado Romano*. Vigésimosexta edición. Esfinge. México, 2007.
- NICHOLAS, B. *Introducción al Derecho Romano*. Civitas. Madrid, 1987.
- PARICIO, J. *Historia y fuentes del Derecho Romano*. Segunda edición refundida. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1992.

PEREZ SERRANO, N. *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Dossat S.A. Madrid, 1965.

POLACCO, V. *De las sucesiones*. EJEA. Buenos Aires, 1982.

POLO, E. *Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad*. RIDROM (on line). 10-2013. ISSN 1989-1970, páginas 331-376.

RASCON GARCIA, C. *Manual de Derecho Romano*. Segunda edición. Tecnos. Madrid, 1996.

ROCA SASTRE, R. M. *Naturaleza jurídica de la legítima*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1944, páginas 185 y ss.

SALIS, L. *La successione necessaria*. Cedam. Padova, 1929.

SANTOS BRIZ, J. *La legítima y la mejora. Teoría y práctica*. La legítima en el Derecho civil venezolano. Fabretón. Caracas. 1991, páginas 331 y ss.

SALVADOR CODERCH, P. La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del derecho sucesorio. *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria* (Coord. Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda, Gonzalo Quintero Olivares), Vol. 1, 1983, páginas. 147-175.

SCHIPANI, S. *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho. Instituciones*. (trad. Hinestroza, F.). Universidad externado de Colombia. Bogotá, 1983.

SCHULTZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 2000.

TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*. Giuffrè. Milano, 1990.

WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (trad. Fernández Jardón. Madrid. 1957. Reedición Granada, 2000).

WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts I*. Frankfurt, 1906.