

EL MARCO JURIDICO DE LA FAMILIA CASTELLANA.

EDAD MODERNA

ENRIQUE GACTO

Departamento de Historia del Derecho
Universidad de Murcia

Cuando se convirtió en realidad feliz la iniciativa de ofrecer al maestro Martínez Gijón el homenaje científico que recoge este volumen, decidí centrar mi modesta contribución en el ámbito del Derecho de familia, enriquecido con tantas aportaciones suyas y por el que, a sugerencia suya, comencé mi dedicación a los quehaceres investigadores.

He creído que es esta una buena ocasión para resucitar parcialmente un proyecto que concebimos juntos en 1972, a raíz de mi incorporación al cuerpo de Profesores Agregados: la elaboración de una Historia del Derecho privado español, ilusionadamente planificada en común pero cuyo desarrollo quedó muy pronto interrumpido por un cúmulo de imponderables y también —por qué no decirlo— por cierto desencanto progresivo ante la realidad universitaria española.

El trabajo que sigue responde, pues, a lo que hubiera constituido un capítulo de aquella historia que nunca escribieren, aunque debo advertir que la limitación de espacio me ha obligado a acentuar el esquematismo y a prestar atención preferente al nivel normativo a costa de prescindir, prácticamente, de la literatura jurídica, dos circunstancias que manifiestan a las claras el origen manualístico de estas páginas.

Unas páginas escritas con nostalgia y con afecto; con la nostalgia desde la que se recrea siempre el tiempo pasado y con el afecto entrañable hacia un maestro indulgente que nunca me escatimó su ayuda, su amistad y, sobre todo, su comprensión.

SUMARIO.—I. Planteamiento.—II. El nacimiento de la comunidad doméstica. 1. Matrimonio y barraganía: características y efectos. III. El funcionamiento de la comunidad doméstica. 1. La autoridad marital. 2. La autoridad paterna. A). Facultades concretas sobre la persona de los hijos. B). Facultades sobre el matrimonio de los hijos.—IV. La disolución de la comunidad doméstica. 1. Causas de la disolución. 2. Consecuencias de la disolución de la comunidad. A). Consecuencias personales sobre la viuda. B). Consecuencias personales sobre los hijos: la tutela. C). Consecuencias patrimoniales: la sucesión familiar. a). La sucesión de los cónyuges. b). La sucesión de los descendientes. 1'). La sucesión testada. a'). De los descendientes legítimos. b'). De los hijos naturales. c'). La desheredación. 2'). La sucesión intestada. a'). De los descendientes legítimos. b'). De los descendientes naturales. c). La sucesión de los ascendientes. 1'). La sucesión testada. 2'). La sucesión intestada. d). La sucesión de los colaterales.

I. PLANTEAMIENTO

Tres son los rasgos fundamentales que presenta la configuración jurídica del grupo familiar castellano a lo largo de la Edad Moderna:

1). Frente a la familia como grupo parental o consanguíneo amplio, característico de la Edad Media, que perdura en la Península Ibérica hasta la recepción de los Derechos romano y canónico, la familia moderna castellana se concibe en el plano jurídico (algo distinto ocurre en el social) como un núcleo reducido a quienes conviven bajo un mismo techo, normalmente al grupo doméstico, esto es, al matrimonio y sus hijos.

2). Dentro del grupo familiar, la figura del marido y padre se eleva a un nivel de superioridad jurídica que le sitúa muy por encima del que ocupan los restantes miembros; cabe hablar así de una familia de tipo patriarcal, en la que impera el cabeza de la misma, conforme a la herencia jurídica romana, sobre la que, básicamente, descansa la regulación de las relaciones domésticas.

3). Todavía cabe apuntar otro dato: la extraordinaria estabilidad de la estructura normativa en que se asientan las relaciones familiares. Para Castilla, las líneas maestras fueron las trazadas en las Partidas, que repiten con literal fidelidad la construcción romana del último período cristiano justinianeo. Y en tales directrices básicas va a inspirarse todo el Derecho familiar y sucesorio hasta finales del siglo XIX, y aún más allá, en la medida en que prolongan su vigencia dentro del propio Código civil.

Las reformas introducidas por la legislación de Cortes, significadamente por las Leyes de Toro, son, por lo general, mínimas y detallistas, como promulgadas casi siempre para puntualizar y aclarar extremos dudosos, más que para establecer cambios de orientación importantes, aunque tampoco falten éstos del todo, como tendremos ocasión de comprobar.

II. EL NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD DOMESTICA

1. *Matrimonio y barraganía. Características y efectos*

La comunidad doméstica surge como consecuencia de la constitución de cualquiera de las uniones sexuales reconocidas por el Derecho: matrimonio o barraganía, ambas de caracteres muy semejantes: *monogamia*, puesto que ninguna de estas relaciones es compatible con otra mantenida simultáneamente; *indisolubilidad* matrimonial, de origen canónico, y *estabilidad* en la barraganía, notas que aseguran la existencia de una relación mínimamente duradera, indispensable para la atribución de un efecto tan importante como es el de dar origen a una comunidad doméstica; *ausencia de parentesco* entre las partes e inexistencia de *vínculo* religioso contraído por alguna de ellas para consagrarse al servicio de Dios¹.

En garantía del cumplimiento de estos requisitos, cualquier infracción de los mismos provocaría la entrada de la relación en la esfera del Derecho penal.

En efecto, la monogamia matrimonial se refuerza con la tipificación del delito de adulterio, sancionado de forma discriminada en función del sexo: la mujer lo comete cuando realiza un acto sexual, incluso episódico, con cualquier hombre que no sea su marido. En su represión discreparon el Derecho castellano tradicional, recogido en el Fuero Real, y la regulación romana de las Partidas, que no llegaría a arraigar en Castilla; mientras el primero permite que el marido mate por sí mismo a los culpables, o los entregue a la justicia para que sobre ellos se ejecute la pena capital, las Partidas castigan a la mujer con la reclusión perpetua, permitiendo que el cómplice sea ejecutado; el Derecho posterior sancionará la solución del Fuero Real al insistir, como éste hacía, en que la determinación del marido de matar a los delincuentes debe proyectarse sobre ambos, de manera que no pueda matar a uno y perdonar al otro².

Por el contrario, el adulterio del hombre casado surge para el ordenamiento jurídico secular sólo cuando la relación extramatrimonial tiene carác-

1. Sobre la barraganía, vid. E. GACTO: *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*. Sevilla, 1969; págs. 3-55. La regulación básica, en *Partidas* 4.14. pr., 1 y 2.

2. *Fuero Real* 4.7.1. *Partidas* 7.15.7, que ordena el encierro de la mujer en un monasterio, la castiga, además, con la pérdida de las arras y de la dote en favor del marido y con la pérdida de los bienes restantes en beneficio de sus parientes; cuando la mujer comete adulterio con un siervo, ambos delincuentes deben ser quemados. *Partidas* 4.11.23 confirma la pérdida de la dote por la adúltera. *Ordenamiento de Alcalá* 21.1 confirma indirectamente la normativa del Fuero Real al extender su solución (muerte de los adúlteros) al supuesto de que sea la desposada quien adúltere, derogando *Fuero Real* 4.7.2 que prohibía al esposo matarlos. *Leyes de Toro* 82 viene a probar la vigencia del *Fuero Real* al establecer que el marido que mate con sus manos a la adúltera, aunque lo haga justamente, no puede ganar su dote.

ter permanente: cuando mantiene públicamente a la barragana *constante matrimonio* —situación sancionada con la pérdida de hasta la quinta parte de su patrimonio—³ o cuando abandona la casa para ir a vivir con la barragana, en cuyo supuesto se le castiga con la confiscación de la mitad de sus bienes⁴. Huelga decir que la discriminación entre ambos cónyuges no descansa en concepciones misóginas (por otra parte presentes en la sociedad española de la época), sino en fundamentos objetivamente constatables desde el punto de vista jurídico, el más aparente de los cuales fue, sin duda, el riesgo de que la conducta infiel de la mujer provocara la *commixtio sanguinis*, con las consiguientes consecuencias hereditarias, profundamente perturbadoras.

También dentro de la relación de barraganía se aprecia un tratamiento desigual a la hora de regular las consecuencias de la infidelidad, producido en este caso por la desigualdad social de las partes; mientras la barragana infiel pierde las expectativas sucesorias que pudiera albergar con respecto a los bienes del señor, éste no resulta afectado por el hecho de mantener comercio carnal con otras mujeres⁵.

En la misma filosofía que conduce al castigo del adulterio hay que inscribir la configuración del delito de bigamia: la mujer culpable del mismo se convierte en sierva de la primera mujer del marido⁶, mientras que la sanción señalada para el hombre varía a lo largo del siglo XIV, desde la pérdida de todos sus bienes⁷, a la pena de la marca en la frente con un hierro al rojo⁸; posteriores intentos de castigar el delito con la pena capital no llegarían a prosperar⁹.

El matrimonio de personas recíprocamente ligadas por vínculos de parentesco, o el contraído por alguna que hubiera formulado voto de dedicarse al servicio de Dios determinan la aparición de los delitos de incesto y de sacrilegio. El primero fue reprimido por el Fuero Real, donde el matrimonio se declara inválido y se condena a las partes culpables a la reclusión en un monasterio¹⁰, sanción que alcanza también a quienes mantuvie-

3. *Novísima Recopilación* 12.26.1, que recoge la Ley de Juan I en Briviesca, año 1387, Ley 18.

4. *Novísima Recopilación* 12.26.2.

5. Cfr. E. GACTO: *La filiación no legítima...*, cit., págs. 46 y ss.

6. Y, si no tiene hijos, pierde en favor de ella todos sus bienes: *Fuero Real* 3.6.4. En *Partidas* 7.17.16 se la castiga con el destierro por cinco años y la pérdida de cuantos bienes tuviere en el lugar del segundo casamiento, en beneficio de sus descendientes. Cuando éstos faltaban, los bienes pasarían por mitad al hombre que contrajo el matrimonio con ella sin saber que era casada y al fisco; o íntegramente a éste si el cónyuge soltero fue cómplice en la bigamia.

7. *Cortes de Valladolid* de 1322, ley 92. Los bienes pasan a los descendientes del culpable y, en su defecto, al fisco.

8. *Novísima Recopilación* 12.28.6.

9. *Novísima Recopilación* 12.28.7. Las leyes siguientes fijan como sanción la pena de galeras por cinco años.

10. *Fuero Real* 4.8.1.

ran relaciones extramatrimoniales, de barraganía u ocasionales, teniendo prohibido el matrimonio por existir entre ellos vínculo de parentesco en grado tal que el Derecho canónico no permitiera las nupcias.

Las Partidas castigaron la relación incestuosa extramatrimonial con la misma pena señalada para el adulterio, y el matrimonio entre parientes con la de destierro y pérdida de dignidades en el hombre, o la de azotes, si fuera persona de linaje vil¹¹.

El matrimonio de las monjas fue declarado nulo por el Fuero Real, que ordenaba el destierro del cónyuge y la reclusión en un monasterio de las que violaban su voto¹²; la relación extramatrimonial con ellas se castigó en las Partidas con la pérdida de la mitad de los bienes si el hombre era honrado; si fuera hombre vil, se le imponían las penas de destierro por cinco años y la de azotes; cuando el corruptor trabajara en el convento como criado, debía morir en la hoguera¹³. Del matrimonio de los clérigos se ocuparon también las Partidas, para sancionar al culpable con la pérdida del oficio y del beneficio, y la pena complementaria de excomunión¹⁴.

Concebida la barraganía como una relación que imita al matrimonio, las diferencias con éste no siempre resultaron fáciles de precisar. En el ámbito externo, por regla general, la barraganía aparece como una relación en la que la mujer ostenta una categoría social inferior a la del hombre, circunstancia que trasciende a la terminología propia de la institución; así, para designar al varón, la expresión usual es la de señor, mientras que a la mujer se la denomina manceba, amiga o barragana. Esto hizo que no hubiera problemas para identificar una relación como de barraganía cuando la mujer desempeñara en la casa funciones serviles, pero en otros supuestos, la distinción no resultaba sencilla.

Junto a la condición social, indicios de la existencia de una relación de barraganía se infieren también de la conducta y moralidad de la mujer; en todo caso, exponente de la dificultad de conocer cuándo una relación estable es matrimonial o de barraganía, resulta la norma de las Partidas que, en previsión de malentendidos, ordena dejar constancia pública y solemne de la constitución de esta última cuando la mujer fuere virgen o, sin serlo, llevara una vida honesta¹⁵.

En la esfera interna, hasta mediado el siglo XVI, la diferencia entre matrimonio y barraganía depende sólo de la intención de las partes; dado que,

11. *Partidas* 7.18.3.

12. *Fuero Real* 4.8.2.

13. *Partidas* 7.19.2.

14. *Partidas* 1.6.41. La mujer cómplice caía en servidumbre de la iglesia cuando era vasalla de ella; si fuera ya sierva, el obispo debía venderla, y su precio era aplicado en beneficio de la propia iglesia en la que el clérigo servía.

15. *Partidas* 4.14.2. Si la relación con una mujer honesta se inicia sin la publicidad debida, dice el texto: «sospecha cierta sería que era su muger legitima e non su barragana».

hasta el Concilio de Trento, el matrimonio nace aún del simple consentimiento, la *affectio maritalis* entre las partes daría vida a un auténtico matrimonio, fueran cuales fuesen las apariencias externas; de ahí el riesgo de indeterminación de las uniones no constituidas *in faccie ecclesiae*, con las solemnidades rituales eclesiásticas.

Esto hizo posible la existencia de relaciones de bigamia que no trascendían al ámbito externo en el que el Derecho actúa, por dificultad de prueba, y que inevitablemente quedaban sin sancionar. Relaciones que eran verdaderamente matrimoniales en el fuero interno, porque las partes se habían otorgado mutuamente como cónyuges, si no habían sido sancionadas en la iglesia, podían disolverse sin traba alguna, cuando uno de éstos quisiera ponerles fin, sin que la otra parte tuviera medios para oponerse, ante la imposibilidad de probar la naturaleza matrimonial de su convivencia.

La problemática de estos matrimonios clandestinos, a los que pondría fin la legislación tridentina, tuvo una honda incidencia social y llegó a constituirse en afortunado tema novelesco oportunamente explotado en la literatura europea; idénticas consecuencias se producían en el supuesto, menos dramático, de que la disolución se efectuara de mutuo acuerdo. En ambos casos, por voluntad unilateral o por consenso, a cualquiera de los cónyuges le quedaba el camino expedito para un segundo matrimonio (externamente válido), aunque en el fuero interno les constara su invalidez.

Efectos del matrimonio son, por una parte, la creación de una comunidad doméstica jurídicamente perfecta, que deparará a los hijos engendrados en tal unión un *status* jurídico pleno a la hora de definir su situación; por otra, desde un punto de vista económico, el nacimiento de un haz de expectativas y facultades de cada cónyuge sobre el patrimonio del otro, y sobre el que se constituya a partir de las aportaciones y ganancias comunes.

En un nivel inferior, aunque en modo alguno despreciable, la barraganía constituye a los nacidos en ella en la calidad de hijos naturales, condición que en la Edad Moderna cede ya ante la de los hijos legítimos, nacidos de matrimonio, pero que resulta muy superior todavía a la que se reconoce a los restantes hijos ilegítimos¹⁶.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMUNIDAD DOMESTICA

Como señalamos antes, el régimen doméstico queda presidido por una concepción patriarcal en la que el cabeza de familia centraliza las facultades básicas, con una función de gobierno y dirección suprema ante la cual la mujer y los hijos permanecen en clara situación de obediencia y sometimiento. El centro del grupo familiar es el marido y padre.

16. La condición de hijos naturales se atribuye a los nacidos de barragana, entre otros textos, en *Partidas* 4.15.1; 4.19.5; 6.13.8; 7.11.1 y en *Leyes de Toro* 11.

1. *La autoridad marital*

Frente a la mujer, corresponde al marido un papel protector y directivo que toda la doctrina jurídica justifica y reitera hasta el mismo siglo XIX, y que encuentra evidente reflejo en la facultad que le asiste de fijar el domicilio conyugal¹⁷. El reconocimiento genérico de su derecho a asumir el gobierno de la familia y la libre administración de los bienes del grupo¹⁸ se desgrena normativamente en un rosario de potestades detalladas que el Derecho confiere al varón casado:

a). La administración de sus bienes propios al cumplir los 18 años de edad¹⁹.

b). La administración de todos los bienes adquiridos después de la boda (*gananciales*) con plena capacidad dispositiva, sin limitaciones de ningún tipo, ni siquiera en los supuestos extremos, académicamente planteados por la doctrina, de que el marido los dilapide de manera evidente, o les dé un empleo a todas luces condenable, como gastarlos en el juego u otros vicios degradantes²⁰. Ningún freno jurídico coarta este supremo poder de administración mientras el matrimonio persiste; sólo cuando se haya disuelto, el marido tendrá que devolver la mitad de los bienes de este tipo que queden a la propia mujer o a sus herederos.

c). La administración de los bienes propios de la mujer (*parafernales*), cuando ella le haya entregado voluntariamente esta facultad. El régimen bajo el cual el marido puede disponer de ellos es el mismo que regirá para regular la administración de la dote: absoluta y libre disponibilidad, pero obligación de responder de su gestión cuando el matrimonio se disuelva, obligación que queda garantizada mediante la constitución de una hipoteca tácita que grava todo el patrimonio del marido para que sobre él, al fin del matrimonio, la mujer o sus herederos se resarzan de los eventuales perjuicios que hayan podido experimentar como resultado de una inadecuada gerencia²¹.

Cuando la mujer se reserva la administración de sus propios bienes, éstos quedan prácticamente inmovilizados, pues aquélla no puede contratar, ni denunciar o resolver los contratos ya constituidos, sin la previa licencia

17. Vid., por ejemplo, B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. 3.ª edición. Madrid, 1971; vol. 1, pág. 413.

18. *Partidas* 3.2.5.

19. *Pragmática* de 11 de febrero de 1623, en *Novísima Recopilación* 10.2.7.

20. *Novísima Recopilación* 10.4.5. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos...*, cit., vol. 1, págs. 557 y ss., repasa el estado de la cuestión en el nivel doctrinal, para pronunciarse en sentido favorable a la restricción de esta libérrima potestad del marido.

21. *Partidas* 4.11.17.

del marido, de forma que queda a merced de éste para todo lo que no sea la pasiva percepción de los frutos de sus bienes parafernales²².

d). La administración de los bienes aportados por la mujer al matrimonio en concepto de dote. El marido adquiere la propiedad plena de ésta cuando ha sido previamente tasada o estimada y, en todo caso, adquiere y aprovecha siempre los frutos y rentas producidos por los bienes dotales, que se consideran gananciales²³. A cambio, asume la obligación de restituir la dote o su valor, si la recibió estimada, y en garantía de cumplimiento de la misma se considera legalmente gravados todos sus bienes²⁴.

e). La administración de los bienes que él mismo ha aportado al matrimonio (*arras*), si bien no puede enajenarlas y han de pasar a la mujer o a los hijos una vez disuelto el matrimonio²⁵.

2. La autoridad paterna

Ya quedó apuntado que la relación entre padre e hijos se conforma sobre la base de la reverencia, sumisión y respeto de éstos hacia aquél; el conjunto de atribuciones y poderes que asisten al padre reciben la denominación de patria potestad, que las Partidas acogen de la tradición romana para configurarla, en la línea justiniana, como una facultad limitada por el propio Derecho, como un *officium* más que como una potestad plena.

En consecuencia con la situación de supremacía que ostenta el cabeza de familia, a partir de la recepción romano-canónica, esta *patria potestad* es exclusiva del padre; él la ejerce por su condición de tal, en contraste con la situación anterior, propia del Derecho medieval castellano tradicional, en el cual la potestad aparecía compartida por el padre y la madre, en cuanto representantes de los respectivos grupos parentales, dentro de una concepción amplia de la familia, entendida como grupo extenso de personas unidas por lazos de sangre. La familia moderna, de ámbito reducido o doméstico, relega a los demás parientes a una función tutelar, subsidiaria siempre de la que corresponde al padre²⁶.

Hasta tal punto es esto así que la madre ni siquiera tiene reconocida la patria potestad a un nivel supletorio, ni el Derecho se la atribuye cuando desaparece el marido y ella pudiera convertirse en jefe de la familia, situación que se mantiene hasta el mismo siglo XIX, en que la doctrina comienza a manifestar cierta disconformidad frente a este tratamiento²⁷.

22. *Leyes de Toro* 55. *Partidas* 3.5.10 atribuye al marido la condición de representante judicial nato de la mujer.

23. *Partidas* 4.11.7, 18, 19 y 20.

24. *Partidas* 4.11.7; 5.13.23 y 33.

25. *Fuero Real* 3.2.4; *Partidas* 4.11.7.

26. *Partidas* 4.17.2.

27. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos...*, cit., 1, pág. 591, se pregunta: «¿Y por qué la madre no participa de ese honor, que tiene por la naturaleza con más derecho

La autoridad del padre sobre sus hijos se fortalece mediante el reconocimiento jurídico de su facultad de sancionar a quienes se insubordinaran, privándoles de participar en los bienes familiares, mediante el mecanismo de la desheredación, aunque las causas por las que el padre puede adoptar esta medida quedan taxativamente fijadas *ex lege*: haber sido víctima de injurias o agresiones cometidas por el hijo, abandono en la pobreza, ejercicio por el hijo de oficios infamantes (juglares, gladiadores); adulterio del descendiente con la madrastra, o fornicación con la barragana paterna; obstaculización al padre para impedirle ejercer su derecho a testar, etc.²⁸

En cuanto *officium*, la patria potestad lleva aparejadas también un conjunto de obligaciones y compromisos que el padre debe afrontar, si bien aparecen formulados en los textos castellanos un tanto dispersamente, sin el énfasis con que enumeran sus derechos y los consiguientes deberes de la mujer y de los hijos.

Así, se predicán del padre las genéricas obligaciones de educar, criar y alimentar a sus descendientes legítimos, y la más concreta de establecer la dote de las hijas²⁹.

A). *Facultades concretas sobre las personas de los hijos*

Los derechos de este tipo se formulan con amplitud aunque, lógicamente, no quedan ya vestigios del primitivo *ius vitae necisque* salvo alguna excepción escolástica que los redactores de las Partidas incorporaron al texto de las mismas, como la posibilidad de vender o empeñar a los hijos en caso de necesidad extrema, o la de comérselos como último recurso, antes de

que el padre?... Durante el matrimonio no es tan preciso concedérsela: con que tenga la intervención propia de su estado. logre hacerse escuchar, e influya como no puede menos con su consejo, basta; libre de otra responsabilidad, queda más expedita para los quehaceres domésticos, y declina sobre su marido el peso de otras atenciones. ¿Pero qué derecho hay para alejarla, postergándola quizás a un extraño, el día que sea viuda? ¿Tienen las madres menos cariño que los padres por sus hijos? ¿Y este sentimiento exquisito de ternura maternal no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos?»

Consecuente con esta línea de pensamiento, el Proyecto de Código civil de 1851 atribuía ya a la madre viuda la patria potestad (art. 164), si bien en el artículo siguiente se autorizaba al padre para nombrar en su testamento uno o más consultores cuyo dictamen habría de oír aquella antes de realizar los actos que el testador determinara. F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852 (reimpresión, Zaragoza, 1974), en su comentario a este art. 165 (pág. 101), lo justifica en cuanto constituye un medio de «calmar en ciertos casos las inquietudes del padre, juez competente sobre la capacidad de su muger»; en el Apéndice n.º 3 (pág. 292), recoge la defensa que hizo en su día del art. 164.

El Código civil, art. 154, atribuyó también la titularidad subsidiaria de la patria potestad a la madre viuda.

28. Cfr., más adelante, nota 105.

29. *Partidas* 4.11.8; 4.19.1 y 2.

entregar al enemigo la fortaleza cuya defensa le hubiera confiado al padre su señor³⁰.

La única facultad de vida y muerte que conservan las Partidas, tomada también del Derecho romano, con alguna probabilidad de aplicarse en la práctica, es la que reconocen al padre para matar o no, según su arbitrio, a la hija casada a la que sorprendiera en adulterio, lo que no podía hacer, según el código alfonsino, ni siquiera el marido³¹.

Fuera de la esfera penal, dos son los poderes más importantes que ostenta el padre sobre las personas de sus descendientes: por una parte, dentro de un mesurado derecho de corrección, el de castigar moderadamente al hijo, potestad que se considera ahora homóloga de la que asiste al señor sobre sus criados, al maestro sobre los escolares o al oficial sobre los aprendices³².

Por otra, el de autorizar con su consentimiento el matrimonio de los hijos, lo que constituye un modo de controlar la salida de éstos fuera del núcleo familiar para constituir uno nuevo, o integrarse en otro. Este poder se manifiesta como absoluto, no sometido a ningún control (al menos mientras los hijos permanecen en la menor edad) y, a diferencia de los restantes poderes paternos, éste sí es susceptible de ser ejercido por la viuda, circunstancia que, en definitiva, viene a confirmar el carácter que en Castilla tuvo la patria potestad, como poder del padre personal y no compartido con nadie, que ejerce en exclusiva durante su vida.

Constituye ésta, además, una facultad de profundo arraigo en el Derecho español, cuyos fundamentos defenderá la doctrina hasta el mismo siglo XIX sobre los principios del amor paterno, que procura siempre lo mejor para los hijos, y de la falta de discernimiento de éstos hasta que alcanzan la plena madurez³³.

Hasta el siglo XVI el Derecho había reforzado este poder del padre castigando el matrimonio contraído por las hijas sin su consentimiento; por el contrario, la práctica permitió el de los hijos, quienes, además, quedaban emancipados de la autoridad paterna, como taxativamente expresaron las Leyes de Toro³⁴. La discriminación se explicaría desde la tópica fragili-

30. *Partidas* 4.17.8.

31. *Partidas* 4.17.14.

32. *Partidas* 4.18.8 y 7.8.9.

33. F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., comentario al art. 51 del Proyecto de 1851, pág. 32: «El matrimonio es, entre todas las acciones humanas, la más interesante, y casi decisiva de la felicidad o desdicha de la vida: debe, pues, rodearse de todas las precauciones posibles, puesto que el error o desacierto, una vez cometido, es irreparable.»

Para tener derecho a contraer obligaciones conviene antes conocerlas. Ninguna legislación abandonó los hijos a sí mismos en la primera edad de las pasiones para dar este paso resbaladizo sobre una alfombra de flores, que encubre muchas veces un abismo de miserias...»

El Código civil recogió la necesidad del consentimiento paterno en su art. 45, 1.º

34. *Leyes de Toro*, 47.

dad del sexo atribuída a las mujeres; en esta línea, incurre en sanción no sólo la hija que se casa sin el consentimiento paterno³⁵, sino también el yerno³⁶, y aún la hija que rechaza el matrimonio con el candidato ofrecido por el padre³⁷.

En este mismo sentido de asegurar siempre la previa licencia paterna, las Leyes de Toro sancionaron los matrimonios clandestinos con pena a primera vista exorbitante: pérdida de los bienes y destierro de los contrayentes, de los testigos, y de cuantos intervinieran en el acto; por otra parte, prolongando el castigo contenido en las Partidas, posibilidad también de desheredar a las hijas que recurrieran a esta forma de casarse³⁸. Tanta severidad pretendía, pues, reforzar la autoridad de los padres, pero también poner freno a la indiscriminada profusión de situaciones equívocas desde las que, como quedó apuntado, resultaba fácil incurrir en estado de bigamia, ante la dificultad de probar tales matrimonios.

Por lo que respecta a este último problema, la situación cambia a partir de 1563, cuando se clausura la sesión 23 del Concilio de Trento, a tenor de cuyos acuerdos serán ya nulos, en adelante, los matrimonios celebrados sin la publicidad canónicamente exigida (proclamas y amonestaciones a lo largo de tres días de fiesta sucesivos) y los que no fueran bendecidos por el párroco de la novia o sacerdote en quien él delegara, en presencia de dos o tres testigos; quedaba así cegada la vía a las relaciones maliciosas de bigamia, aunque aún eran posibles los matrimonios contraídos sin el expreso consentimiento de los padres a través de los llamados «matrimonios por sorpresa», o bien de la complicidad o de la falta de diligencia de los párrocos.

Para insistir en la ilicitud de estos últimos matrimonios, civil y canónicamente válidos, Felipe II, en el propio año de 1563, modificó la normativa de las Leyes de Toro en dos sentidos: por una parte, impuso a los párrocos que bendijeran el matrimonio sin licencia paterna —los únicos clandestinos ya— las penas de destierro y confiscación de sus bienes; por otra, autorizó a los padres a desheredar no sólo a sus hijas, sino ahora también a los hijos que, antes de alcanzar la edad cumplida, se casaran sin su permiso. Para ambos, hijas e hijos, y para quienes participaran en la celebración, se mantuvieron las penas de destierro y pérdida de todos los bienes³⁹. La alusión a la edad cumplida introduce un factor de perplejidad en el tema, dada la discrepancia mantenida entre el Derecho tradicional, del que puede considerarse representante al Fuero Real, donde parece quedar fijada en los 20 años, y las Partidas, que la establecen en 25. Esta última es la edad que termina por prevalecer hasta el siglo XIX, en que

35. *Fuero Real* 3.1.5.

36. *Partidas* 4.3.5.

37. *Partidas* 6.7.5 y 4.1.10.

38. *Leyes de Toro* 49.

39. *Cortes de Madrid* de 1563, cap. 58 (*Actas de las C. de C. I.*, págs. 363-364).

para las mujeres se reduce a 23, y aún desciende a límites inferiores para ambos sexos en determinadas situaciones.

El régimen jurídico que acabamos de exponer se mantuvo hasta el siglo XVIII, concretamente hasta la promulgación por Carlos III de la Pragmática de 23 de marzo de 1766, donde se reitera la necesidad de que los menores de 25 años obtengan, para celebrar esponsales, el previo consentimiento del padre, en su defecto de la madre y, faltando ambos, de los abuelos; no teniéndolos tampoco, de los dos parientes más cercanos mayores de edad; por fin, si tampoco los hubiera, precisarían el consentimiento de los tutores o curadores.

En el supuesto de que los menores contrajerán el matrimonio sin la licencia de las personas referidas, se les declara inhábiles y privados del derecho a reclamar dote y legítima, y privados también del derecho a suceder en los bienes de sus ascendientes como herederos legítimos y necesarios, considerándose esta falta como justa causa de desheredación. Los mayores de 25 años cumplen con pedir el consejo paterno, pero si prescinden de él incurrir en la misma sanción que los menores que casaran sin consentimiento⁴⁰.

En 1803, un Decreto de Carlos IV modifica la disposición anterior, estableciendo la obligatoriedad del previo consentimiento paterno en el matrimonio de los varones y mujeres menores, respectivamente, de 25 y 23 años; cuando el padre ha muerto debe otorgarlo la madre, pero las edades se rebajan ya un año, de forma que necesitarán autorización materna los varones menores de 24 años y las hembras menores de 22. Faltando la madre han de consentir el abuelo paterno y, en su defecto, el materno, y se adelanta otro año la mayoría de edad, de manera que tendrán que autorizar el matrimonio de los varones y de las hembras menores de 23 y 21 años, respectivamente. Cuando los menores no tienen tampoco abuelos, consienten los tutores y si no los hay, el juez, y en ambos casos la norma sólo exige la licencia a los varones menores de 22 años y a las hembras menores de 20.

Se silencia ahora la cuestión del consejo que antes debían obtener los mayores de edad, y tampoco hay referencia a la potestad de los ascendientes para desheredar a quienes casaran contraviniendo esta norma, lo que permite presumir que conservaban sus derechos sucesorios. Lo que se recupera ahora es la tradición penal de las Leyes de Toro, puesto que se castiga a los vicarios que autorizaran el matrimonio sin exigir la formalidad del consentimiento, con la pérdida de las temporalidades y con la expatriación, y con ésta más la de confiscación a los contrayentes⁴¹.

El Proyecto de 1851 exigía el consentimiento paterno o materno para el matrimonio de los hijos e hijas menores de 23 y 20 años respectivamente

40. *Novísima Recopilación* 10.2.9.

41. *Novísima Recopilación* 10.2.18.

y, a falta de padres, el del tutor, en cuyo caso los varones dejaban también de precisarlo al cumplir los 20 años⁴². Quienes prescindieran de tal licencia podían ser justamente desheredados, además de incurrir en otras sanciones penales⁴³.

La ley de 20 de junio de 1862 requirió el consentimiento en los mismos términos que el anterior Proyecto, confiriendo la facultad de otorgarlo a los abuelos antes de confiarla al tutor o al juez, quienes actuarían en unión de la Junta de parientes. Se restablece el requisito del consejo paterno para los mayores y, en caso de ser éste desfavorable, el contrayente tendría que dejar transcurrir tres meses antes de celebrar el matrimonio. Prescindiendo del precedente marcado por el Proyecto de 1851, el incumplimiento de las formalidades prescritas no fue sancionado ya en el ámbito civil sino exclusivamente en el penal⁴⁴. Una solución en la misma línea adoptaría el Código civil⁴⁵.

B). *Facultades sobre el patrimonio de los hijos: los peculios*

Además de lo dicho, la patria potestad se completa con un amplio dominio patrimonial del cabeza de familia sobre los hijos. En líneas generales, durante toda la Edad Moderna resulta válido el régimen que perfilaron las Partidas, sobre la plantilla del Derecho romano justinianeo. De esta forma, los bienes ganados por el hijo con su esfuerzo personal, *peculio*, se clasificaron en tres categorías:

a). Peculio profecticio, adquirido a partir de bienes entregados por el padre, cuya titularidad se atribuye, sin ninguna limitación, a éste⁴⁶.

b). Peculio adventicio, ganado por el hijo con su trabajo o a título lucrativo (vgr., por donación, herencia de la madre, de extraños, etc.); la propiedad se le reconoce al hijo, pero el usufructo corresponde al padre «por razón del poderío que a sobre el fijo» durante todo el tiempo que dure la patria potestad. El hijo se beneficia, como garantía frente a padres dilapidadores o malintencionados, de una situación crediticia privilegiada para re-

42. *Proyecto de Código civil* de 1851, arts. 51 y 52.

43. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 672, 3.º; *Código penal* de 1850, art. 399.

44. *Ley de 20 de junio de 1862*, arts. 1, 2, 3 y 15; este último art. fija la pena en que incurre el párroco que autorice un matrimonio en contravención de la normativa establecida: arresto menor. Y remite al *Código penal* de 1850 (arts. 399 y 483) para la pena que debe aplicarse a los contrayentes.

45. *Código civil*, art. 45 1.º, 46 1.º, 47, 50 (que enuncia las limitaciones cautelares que pesaban sobre los menores que contraían matrimonio sin el consentimiento de los ascendientes que debían otorgarlo) y 320 (que fijó la mayoría de edad en 23 años). La sanción penal se mantuvo hasta la *Ley de 24 de abril de 1958: Códigos penales* de 1870 (art. 489), 1928 (art. 652), 1932 (art. 468) y 1944 (art. 474).

46. *Partidas* 4.17.15.

cuperarlos al fin de la patria potestad, situación similar a la que protege los bienes parafernales, la dote y las arras de la mujer: todos los demás bienes del padre se consideran obligados para responder de esta deuda⁴⁷.

c). Peculios castrense y quasi castrense, ganados por el hijo con su trabajo al servicio del rey en la milicia o en la magistratura, cuya propiedad plena, sin traba alguna, se le reconoce a aquél⁴⁸.

IV. LA DISOLUCION DE LA COMUNIDAD DOMESTICA

1. Causas de la disolución

La legislación de Partidas, desarrollando una vez más los principios romanos, establece las causas que ponen fin a la patria potestad:

A). La dignidad del hijo. El texto alfonsino enumera hasta doce cargos de la alta Administración civil o eclesiástica cuyo desempeño exime al hijo de la sujeción a la patria potestad. La fidelidad al modelo romano perjudicó las posibilidades de aplicación práctica de la norma en territorio castellano, donde, en efecto, no tenía sentido declarar exentos de la autoridad paterna a los Procónsules, Cuestores, Prefectos, etc., por lo que, mediante un proceso inductivo, la doctrina intentó homologar todos estos cargos con sus equivalentes de la Administración castellana, imponiéndose al fin la razonable solución de estimar que deben salir de la potestad paterna todos aquellos hijos que desempeñen oficios dotados de jurisdicción en la esfera civil o en la eclesiástica⁴⁹.

B). La emancipación, en cualquiera de sus modalidades:

a). Voluntaria, o convenida de común acuerdo entre padre e hijo para constituir a éste en sujeto de Derecho con plena capacidad. Al emancipar al hijo, el padre debía entregarle su peculio adventicio, pudiendo reservarse la mitad del usufructo sobre el mismo con carácter vitalicio. Para poner límite a las emancipaciones injustificadas, Felipe V exigiría la previa autorización del Consejo Real, bajo pena de nulidad del acto⁵⁰.

b). Legal o automática, producida por el hecho de alcanzar el hijo la mayoría de edad, que termina siendo la señalada por las Partidas (25 años) hasta el siglo XIX, en que se reduce a 23 para determinadas situaciones.

Legal es también la emancipación por matrimonio que sancionan las Leyes de Toro, con la especialidad de que por ella el padre no puede rete-

47. *Partidas* 4.17.15 y 5.13.24.

48. *Partidas* 4.17.6 y 7.

49. *Partidas* 4.18.7.

50. *Partidas* 4.18.15 y 17. *Novísima Recopilación* 10.5.4.

ner el usufructo sobre la mitad de los bienes adventicios del hijo, que el Derecho le reconoce en el supuesto de emancipación voluntaria ⁵¹.

c). Forzosa, o impuesta al padre por contemplación del bien de los hijos; así, pierden la potestad los padres que prostituyen a sus hijas, los que se exceden en el uso del *ius correctionis*, imponiendo castigos crueles y sin piedad, y los que les abandonan ⁵².

Perdía también forzosamente la patria potestad el viudo que contrajera segundas nupcias sacrílegas o incestuosas, supuesto al que la glosa asimiló el hecho de incurrir el padre en crimen de herejía ⁵³.

C). La muerte del padre. A la muerte física, la legislación de Partidas asimiló la muerte civil, en la que incurren los condenados a trabajos forzados a perpetuidad y los deportados; en el siglo XIX se consideró civilmente muertos a los reos de penas de interdicción o de confiscación de bienes ⁵⁴.

La muerte natural del padre disuelve la patria potestad, pero no así la muerte de la madre, que no afecta para nada a la situación familiar en orden a su gobierno y dirección, toda vez que no participa con el padre en su titularidad y ejercicio ⁵⁵. De este modo, la muerte de la madre, habiendo hijos, prolonga la situación anterior: el viudo mantiene la patria potestad e incluso incrementa sus facultades patrimoniales, en cuanto administra la herencia de la difunta, que ha entrado a formar parte del peculio adventicio de los hijos, y que antes podía estar sustraída a su administración, si la mujer conservó la de sus bienes parafernales ⁵⁶.

De otra parte, como veremos, el marido puede enriquecerse al heredar los bienes de la mujer, recuperar las arras y aun la dote, si se cumplen las condiciones requeridas por el Derecho, que expondremos al tratar de la sucesión entre cónyuges.

51. *Leyes de Toro* 47 y 48.

52. *Partidas* 4.18.18 y 4.20.4.

53. *Partidas* 4.18.6.

54. *Partidas* 4.18.1 y 2. Cfr. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos...*, cit., 1, pág. 694.

55. En este punto se impone definitivamente la concepción romana, que desplaza el sistema tradicional de la Edad Media según el cual, muerto uno de los cónyuges, el superviviente puede asumir la tutela de los hijos conforme a diferentes modalidades, pero siempre sometido a la vigilancia y al control de los parientes del premuerto; estos parientes, en algunas ocasiones, llegan a desplazar al padre o a la madre para asumir ellos la tutela. Todo lo cual es indicio de la existencia de una potestad sobre los hijos compartida por los padres, que se interrumpe cuando uno de ellos falta. Vid. E. GACTO: *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*. Sevilla, 1976, págs. 50 y ss.; A. MERCHÁN ALVAREZ: *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo XV*. Sevilla, 1976, págs. 46 y ss.

2. Consecuencias de la disolución

A). Consecuencias personales sobre la viuda

La disolución de la comunidad por muerte del marido provoca efectos limitativos en la capacidad de obrar de la viuda, en especial los derivados de la obligación de observar el *tempus lugendi*, que la incapacita para contraer segundo matrimonio en el año que sigue a la muerte del anterior marido.

Se trata de una precaución prevista en todos los ordenamientos jurídicos desde la época romana, que tratan de evitar así el problema de la *commixtio sanguinis*, resultante del juego de la presunción que hace padre de los hijos al marido de la madre y que podría conducir, durante este tiempo, a la aberrante conclusión de que podrían ser dos los padres del hijo nacido de la bínuba. Neutralizadas recíprocamente las presunciones en favor de los dos maridos, se desembocaba en una aporía jurídica de insatisfactoria solución siempre, en una materia que podía acarrear incalculables repercusiones de índole patrimonial.

La pena con que se castigó la inobservancia de esta obligación fue, para el Derecho nacional castellano, la establecida por el Fuero Real, que acoge la solución visigótica: pérdida de todos los bienes por la viuda y atribución de ellos, por mitad, al fisco y a sus hijos o, si éstos faltan, a los parientes del anterior matrimonio⁵⁷. Para el Derecho de Partidas, la infamia de la bínuba, y la pérdida, en favor de los hijos del primer matrimonio, de las arras, de la donación esponsalicia y de las mandas testamentarias, aparte de otras penas complementarias⁵⁸.

Circunstancias sociológicas, en especial la despoblación del país como consecuencia de la peste negra, determinaron la suspensión excepcional de la obligación del *tempus lugendi* en Castilla. Desde mediados del siglo XIV lo solicitaron, sin éxito, las Cortes castellanas hasta que, por fin, a principios del siglo XV fue derogada la prohibición de que las viudas contrajeran matrimonio dentro del año siguiente a la muerte del anterior marido.

Inexplicablemente, Reguera Valdelomar incorporó a la Novísima Recopilación esta norma, transitoria y provisional, que permitía el matrimonio de las viudas dentro del año de luto, con lo que el más moderno Derecho castellano abrió la puerta a uno de los más inquietantes problemas del Derecho de familia⁵⁹.

La unánime crítica doctrinal a este precepto no fue bastante para solu-

56. *Partidas* 5.13.24.

57. Para el Derecho medieval, vid. E. GACTO: *La condición jurídica del cónyuge viudo...*, cit., págs. 24 y ss. *Fuero Real* 3.1.3.

58. *Partidas* 4.12.3 y 7.6.3. Además, la viuda que ha faltado a esta obligación, no puede tampoco heredar a extraños: *Partidas* 6.3.5.

59. En 1351, los procuradores representaron a Pedro I que «después de las grandes mortandades, acaesció en muchas çibdades e villas e lugares... casar algunas mu-

cionar la cuestión en el ámbito civil, aunque sí en el penal, lo que provocó una situación a todas luces peregrina: mientras la Recopilación predicaba la licitud de estas uniones, el Código penal castigaba a la viuda que contrajera ulteriores nupcias antes de transcurridos 301 días de la muerte del anterior marido, a antes del parto si había quedado embarazada, con las penas de arresto mayor y multa. El Código civil armonizaría la cuestión en su art. 45⁶⁰.

Sin una justificación jurídica tan evidente como la que fundamenta el *tempus lugendi*, concurrían en la viuda otras obligaciones limitadoras de su status jurídico, derivadas éstas ya de una discriminación sexual de base sociológica; así, el deber de observar buena conducta, de hacer vida retirada, bajo pena de perder las mandas que le hubiera dejado el difunto, o de perder incluso su parte en los bienes gananciales, obligaciones de fidelidad póstuma que no eran exigibles al viudo⁶¹.

B). *Consecuencias personales sobre los hijos: la tutela*

Impuesta en Castilla la doctrina de las Partidas, trasunto del Derecho romano, mientras la muerte de la madre no afecta a la continuidad de la comunidad doméstica, la del padre determinaba su disolución y, en consecuencia, los hijos, hasta su mayor edad, debían pasar al cuidado del tutor o curador testamentario, el que el propio padre hubiera designado en su testamento, apartándose a la madre de tal menester.

Sólo si el padre no hizo testamento, o si no designó en él un tutor, o si designó a la misma madre, ésta se encargará del gobierno y asistencia de los hijos, bien entendido que en calidad de tutora y, en calidad de tal, sometida al régimen general establecido para regular la institución tutelar: redacción de un inventario de todos los bienes cuya administración asume, establecimiento de una fianza en garantía de que indemnizará a los hijos-pupilos en caso de inadecuada administración, periódica dación de cuentas a los parientes de los niños, etc.⁶².

geres viudas ante que se conpliesse el anno...», y le pidieron que no les fueran aplicadas las penas establecidas y que se suspendieran temporalmente las leyes que prohibían estos matrimonios, durante los seis meses siguientes a la petición. El rey transigió en cuanto a la primera solicitud, perdonando a las viudas que ya se habían casado sin respetar el plazo, pero ordenó que para lo sucesivo se guardara «lo que es de fuero e de derecho». *Cortes de Valladolid* de 1351, 27 (*Cortes de León y Castilla*, II, pág. 17). *Novísima Recopilación* 10.2.4.

60. *Código penal* de 1850, art. 400, fija la multa entre 20 y 200 duros; *Código penal* de 1870, art. 490, la eleva entre 125 y 1.250 ptas. La solución del *Código civil*, art. 45, es la misma prevista en el *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 56.

61. *Fuero Real* 3.12.9 y *Novísima Recopilación* 10.4.5; sobre la cuestión en el Derecho medieval, cfr. E. GACTO: *La condición jurídica del cónyuge viudo...*, cit., págs. 29 y 175.

62. *Partidas* 6.16.9. Cfr. A. MERCHÁN ALVAREZ: *La tutela de los menores en Castilla...*, cit., págs. 148 y ss.

Además, como condiciones especiales solamente exigidas a la viuda tutora, ésta habrá de renunciar formalmente a contraer segundas nupcias, y perderá el cargo en el supuesto de que, faltando al compromiso, las celebrara ⁶³.

La literatura jurídica que, en líneas generales, se había manifestado favorable a otorgar a la madre la patria potestad, en defecto de padre, defendió, lógicamente, que la tutela se le confiara a ella antes que a cualquier otra persona ⁶⁴.

C). *Consecuencias patrimoniales: la sucesión familiar*

a). *La sucesión de los cónyuges*

Conforme a la legislación de Partidas, el cónyuge supérstite sucedía abintestado al premuerto, únicamente cuando éste no dejara parientes dentro del décimo grado ⁶⁵. Carlos III redujo el alcance de la sucesión intestada de los parientes colaterales sólo a los comprendidos dentro del cuarto grado, por lo que, a falta de ellos, y antes que el Estado, heredaba el cónyuge ⁶⁶.

Los textos del siglo XIX admitieron también la condición de heredero legítimo del cónyuge sobreviviente: así la ley de 16 de mayo de 1835 estableció que debía suceder cuando el de cuius no tuviera descendencia legítima o natural, ni parientes dentro del cuarto grado ⁶⁷; el Proyecto de Código civil de 1851 le declaraba heredero en el tercio de la herencia a falta de ascendientes y descendientes ⁶⁸. El Código civil, por último, sancionó su calidad de heredero universal cuando no existieran descendientes ni ascendientes legítimos, hijos naturales, hermanos ni sobrinos hijos de éstos; a falta de ascendientes y descendientes legítimos, tenía derecho a retener la mitad de la herencia en usufructo ⁶⁹.

Concurriendo con otros herederos legítimos, incluso con los descendientes, las Partidas reconocieron a la viuda un específico derecho sucesorio, la llamada cuarta marital; podía beneficiarse de él la viuda pobre que no tuviera bienes dotales, arraales ni propios con los cuales subsistir, en cuyo supuesto podía reclamar hasta la cuarta parte de los bienes de su marido difunto. Cuestiones debatidas a nivel doctrinal fueron si la viuda recibe esta porción a título de usufructuaria o en propiedad plena, prevaleciendo esta última inteligencia, puesto que la cuarta se señala en concepto de ali-

63. *Partidas* 6.16.4, 3.18.95 y 6.16.5.

64. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos...*, cit., I, 719 y 775.

65. *Partidas* 6.13.6 y 4.11.23.

66. *Novísima Recopilación* 10.22.6.

67. Cfr. F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit. Apéndice n.º 10, pág. 503.

68. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 773.

69. *Código civil*, arts. 952 y 837.

mentos; y también se discutió la existencia de un derecho recíproco e inverso en favor del marido viudo y pobre, a lo que los autores se manifestaron favorables, aunque no se reconoció en la práctica ni los tribunales lo admitieron⁷⁰.

El Proyecto de Código civil de 1851 reconoció al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder en la cuarta parte de la herencia del premuerto intestado aunque concurriera con ascendientes, si bien podía recibir por testamento hasta la mitad⁷¹; en las mismas circunstancias, el Código civil estableció su derecho al usufructo sobre la tercera parte de los bienes del difunto⁷².

Los textos normativos del siglo XIX admitieron también ciertos derechos hereditarios al cónyuge viudo, aunque existieran descendientes legítimos: el Proyecto de 1851 le atribuyó la facultad de recibir la quinta parte de la herencia del difunto intestado⁷³ y el Código civil señaló su legítima en el usufructo sobre una parte igual a la que le correspondiera a cada uno de los hijos no mejorados, fijándola en el usufructo del tercio de la herencia cuando no quedara más que un descendiente⁷⁴.

Testamentariamente los cónyuges podían instituirse herederos y consignarse legados mutuos sin otra limitación que el respeto a las cuotas legítimas a que tuvieran derecho los herederos forzosos⁷⁵.

La muerte de uno de los cónyuges, en otro orden de cosas, señala el momento en que debe procederse a la partición de los bienes gananciales, pues este es el momento en que se disuelve la comunidad conyugal, aunque no, como sabemos, la unidad familiar si el que sobrevive es el padre⁷⁶. La única limitación, en este punto, afectaba a la viuda y consiste, como sabemos, en la exigencia de llevar una conducta digna⁷⁷.

A la viuda, finalmente, el fallecimiento del marido le otorga el derecho a recuperar la dote, que rescatará de entre los bienes del marido, disfrutando para ello, como quedó dicho, de un crédito preferente⁷⁸. Lo mismo sucede con respecto a las arras, cuyo importe debe la mujer reservar en sus tres cuartas partes para transmitirlo a los hijos, es decir, disfruta de libre capacidad dispositiva sobre una cuarta parte de ellas, y sólo en

70. *Partidas* 6.13.7; cfr. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos...*, cit., II, pág. 639.

71. *Proyecto de Código civil* de 1851, arts. 653 y 773.

72. *Código civil*, art. 836.

73. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 773.

74. *Código civil*, art. 834.

75. El *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 653, dejó abierta incluso la posibilidad de que el cónyuge, testamentariamente, limitara las legítimas de los descendientes en beneficio del viudo, pudiendo disponer en favor de éste de una cuarta parte de la legítima si deja un solo descendiente, o de un quinto si deja dos o más, porciones que el viudo recibe en usufructo.

76. *Novísima Recopilación* 10.4.5.

77. *Ibidem*.

78. *Partidas* 4.11.7; 5.13.23 y 33.

ausencia de descendientes puede disponer de la totalidad. En esta materia las Leyes de Toro corrigieron el Derecho anterior, en el sentido de que cuando la mujer moría sin dejar descendencia y sin haber dispuesto testamentariamente de las arras, en éstas debían suceder sus herederos y no, como se venía haciendo hasta entonces, el marido o sus parientes ⁷⁹.

b). *La sucesión de los descendientes.*

1'. *La sucesión testada.*

a'. *De los descendientes legítimos.*

El margen reconocido a los ascendientes para disponer libremente de sus bienes cuando existe descendencia legítima es muy estrecho, porque el ordenamiento jurídico vigila para que una parte considerable del patrimonio familiar permanezca retenido en poder de los hijos o nietos.

Esta cuota que la ley sustrae a la disponibilidad de los padres y que forzosamente han de recibir los descendientes es la denominada *legítima*. Hasta el siglo XVI la determinación de la legítima castellana no resultó clara, debido a que los dos textos más representativos, Fuero Real y Partidas, contenían regulaciones encontradas.

El primero recogió la tradición gótica, que establecía la obligación de reservar a los descendientes los cuatro quintos del caudal hereditario, quedando, pues, a los padres, un quinto de libre disposición para obras pías, o cualquier otro destino que quisieran otorgarle ⁸⁰.

Las Partidas, reproduciendo el Derecho justiniano, que había puesto ya freno a la absoluta omnipotencia dispositiva del *paterfamilias*, determinaron el importe de la cuota legítima en función del número de hijos: un tercio de la herencia si no llegaban a cinco y la mitad cuando eran cinco o más, de manera que según las circunstancias concretas de cada sucesión, los padres disponían libremente de los dos tercios o de la mitad de su patrimonio ⁸¹.

También en esta materia fueron las Leyes de Toro las que impusieron un criterio definitivo, ratificando la solución contenida en el Fuero Real, más ajustada a la tradición netamente castellana y que, en testimonio de la doctrina, había sido siempre la observada en la práctica, dado que la legislación de Partidas, en este punto, no fue aplicada ⁸².

En 1851, el Proyecto de Código civil contenía lo que hubiera sido una modificación de la regulación taurina en el sentido de que, cuando el tes-

79. *Leyes de Toro* 51, que derogaron *Fuero Real* 3.2.1 y 4, a cuyo tenor y en las circunstancias expuestas, las arras debían volver al marido o a sus herederos.

80. *Fuero Real* 3.6.1.; 3.5.9 (10) y 3.12.7.

81. *Partidas* 6.1.17.

82. *Leyes de Toro* 28; cfr. B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos...*, cit., 3, pág. 297.

tador no tuviera más que un solo hijo, su legítima se vería reducida a sólo los dos tercios del caudal paterno⁸³, solución que alcanzaría vigencia al ser adoptada por el Código civil, que la fija definitivamente, y ya para todos los supuestos, en los dos tercios de la fortuna paterna⁸⁴.

La obligación consignada por el Derecho de reservar la cuota legítima a los descendientes no significó, sin embargo, que todos ellos hubieran de participar en aquélla por igual. Al contrario, ya desde el Derecho visigodo se contempla, para admitirla, la posibilidad de que los padres dispusieran de una fracción de la legítima para repartirla como tuvieran por conveniente, respetando el principio de que en tal fracción sólo sucedieran los descendientes. A esta cuota de la legítima que los padres pueden distribuir arbitrariamente entre su descendencia se denomina *mejora*.

El Derecho visigodo había cuantificado su importe en la tercera parte de la legítima (un tercio de los cuatro quintos, pues), cuota mantenida por el Fuero Real; fieles al Derecho romano, las Partidas desconocieron la institución⁸⁵.

De este modo, la herencia de un testador se dividía en Castilla en cinco partes, cuatro de las cuales debían forzosamente transmitirse a los descendientes; de estos cuatro quintos, el testador ha de repartir dos tercios por igual entre todos sus hijos y nietos, pudiendo mejorar a aquel o a aquellos que libremente determinara con el restante tercio. En cuanto a la quinta parte que no se computa entre la legítima, quedaba, como dijimos, a la entera disposición del padre para darle el destino que estimara más oportuno, con la precisión, explícitamente formulada en el Fuero Real, de que se le prohíbe dejarla al hijo o hijos que hubieran resultado ya beneficiados con la asignación del tercio de mejora⁸⁶.

Las Leyes de Toro confirmaron globalmente el contenido del Fuero Real, si bien introduciendo una modificación en el último supuesto referido, en cuanto permitieron que el padre pudiera acumular el quinto de libre disposición sobre el tercio de mejora, otorgando ambos al mismo o a los mismos hijos. De esta forma se consolida en Castilla, desde 1505, la llamada —impropiamente— «mejora de tercio y quinto»⁸⁷.

El Proyecto de Código civil de 1851 variaba el sistema de determinación de la mejora, estableciendo un régimen elástico y variable en función del número de hijos existente: consistiría en una cantidad igual a la que cada hijo recibiera por legítima —«mejora del duplo»—, de manera que

83. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 642; cfr. nota 75 sobre la posibilidad de que las legítimas de los descendientes pudieran resultar limitadas por voluntad del testador.

84. *Código civil*, art. 808.

85. *Fuero Juzgo* 4.5.1. *Fuero Real* 3.5.9 (10). *Leyes del Estilo* 213.

86. *Fuero Real* 3.5.9 (10). *Leyes del Estilo* 214.

87. *Leyes de Toro* 19, 20 y 21.

para computarla en cada caso era preciso dividir la porción legítima entre tantos hijos como hubiera, más uno; esta fracción sobrante era la que el testador podía imputar en concepto de mejora a cualquiera de sus descendientes⁸⁸. El Código civil, por fin, dejó fijado el importe de la mejora en un tercio de los dos que constituyen la legítima⁸⁹.

Para el cómputo de las legítimas había que tomar como referencia el caudal hereditario que resultara después de haber deducido de él el importe de las obligaciones pendientes de cumplimiento, de haber incorporado los créditos, las donaciones realizadas por el causante a los legitimarios (colación) y, en el régimen anterior al Código civil, después de haber extraído el quinto de libre disposición⁹⁰.

Cabe hablar así en Castilla, pues, antes de la promulgación del Código civil, de una legítima estricta que los descendientes han de recibir siempre íntegramente, y que debe repartirse entre ellos con igualdad aritmética (dos tercios de los cuatro quintos), y de una legítima amplia, que incorpora la mejora (un tercio de los cuatro quintos), porción que en todo caso ha de repartirse también entre los hijos y nietos, aunque ya según el libre criterio del padre.

Un régimen diferente presidió la sucesión testada de esa especial categoría de bienes que son las arras; la madre, titular de ellas, podía disponer libremente de la cuarta parte, mientras que el resto quedaba sometido al mismo tratamiento que los demás bienes en cuanto al juego de legítimas y mejoras⁹¹.

Sobre el quinto de libre disposición, y sobre el tercio de mejora, le cupo al padre y a la madre la posibilidad de imponer con entera libertad gravámenes, condiciones o vinculaciones a cuyo cumplimiento el heredero quedaba sometido bajo pena de perder la manda. Por esta vía proliferan, a partir de las Leyes de Toro, las constituciones de vínculos y mayorazgos, que determinarán, con aspiraciones de perpetuidad, el destino futuro de los bienes así vinculados, puesto que no se precisaba autorización regia para su establecimiento más que en el caso de gravar la legítima estricta, es decir, los dos tercios de los cuatro quintos⁹².

Carlos III impondría la necesidad de previa licencia para la fundación de mayorazgos, cualquiera que fuese la procedencia de los bienes sobre los que se pretendiera su constitución, con el fin de limitar «los males que dimanar de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permisión de las leyes y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculos o patronatos»⁹³.

88. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 654.

89. *Código civil*, art. 823.

90. *Leyes del Estilo* 214. *Fuero Juzgo* 4.5.3. *Fuero Real* 3.6.14. *Partidas* 6.15.3.

91. *Fuero Real* 3.2.1. *Partidas* 4.11.23.

92. *Leyes de Toro* 27 (= *Novísima Recopilación* 10.6.11).

93. *Novísima Recopilación* 10.17.12.

Tanto el Proyecto de 1851 como el Código civil prohibieron el establecimiento de gravámenes sobre las cuotas de legítima y de mejora⁹⁴.

b'. *De los hijos naturales.*

El Fuero Real sólo consideró herederos legitimarios a los descendientes legítimos, es decir, excluía la posibilidad de que el testador pudiera destinar a los naturales bienes en cantidad superior al quinto de libre disposición; explícitamente quedaba permitido, sin embargo, que los instituyera herederos cuando no existiera descendencia legítima⁹⁵.

En el régimen de Partidas se consagra un sistema diferenciado, de corte romano, para la sucesión testada del hijo natural, según se trate de la herencia paterna o materna. En el patrimonio del padre, podía ser instituido heredero universal cuando faltaran ascendientes y descendientes legítimos; si el padre dejaba prole legítima, no podía asignar al natural más que, como máximo, la doceava parte de su caudal; si no tenía hijos, pero le sobrevivían ascendientes legítimos, éstos retenían su cuota legítima, fijada —como veremos— en un tercio de la herencia, de forma que el padre podía transmitir a sus hijos naturales hasta los dos tercios restantes. Pero tampoco tuvieron reconocida la condición de legitimarios, de forma que el padre podía ignorarlos en su testamento⁹⁶.

Con respecto a la herencia materna, las Partidas sancionaron el principio de que los hijos naturales tenían idénticos derechos que los legítimos y, como éstos, se consideraron herederos necesarios y legitimarios⁹⁷.

Una vez más, las Leyes de Toro se inclinaron por confirmar los principios inspiradores del ordenamiento tradicional, recogidos en el Fuero Real, frente a los romano-canónicos albergados en las Partidas, aunque incluyeron en su regulación rectificaciones de detalle. Así, por lo que respecta a la situación de los naturales que concurrían con hijos legítimos, sancionaron el principio de que ni el padre ni la madre podían instituirles más allá del quinto de libre disposición; faltando aquéllos, podían declararlos herederos universales, con absoluta exclusión de los ascendientes⁹⁸.

Se apartan, sin embargo, las Leyes de Toro de la regulación establecida por el Fuero Real en lo relativo a la herencia de la madre que no tuviera descendencia legítima; en tal supuesto, los hijos naturales se proclaman herederos legitimarios, teniendo aquélla, por tanto, obligación de reservarles las cuatro quintas partes de su herencia⁹⁹.

94. *Proyecto de Código civil* de 1851, arts. 643 y 655. *Código civil*, arts. 813 y 824.

95. *Fuero Real* 3.6.1.

96. *Partidas* 6.13.8.

97. *Partidas* 6.13.11.

98. *Leyes de Toro* 9 y 10.

99. *Leyes de Toro* 9.

El Proyecto de Código civil de 1851 no reconoció como legitimarios a los hijos naturales quienes, por consecuencia, quedaban a la entera merced de sus padres cuando éstos disponían testamentariamente de sus bienes ¹⁰⁰.

Por el contrario, el Código civil, que les proclama herederos forzosos ¹⁰¹, les asignaba una cuota legitimaria variable —como veremos— en función de diferentes circunstancias. Testamentariamente, su capacidad de recibir se limitaba por los derechos de los restantes herederos forzosos: en concurrencia con hijos legítimos, el padre no podía instituirles más allá del tercio de libre disposición, pero debía señalarles, como mínimo, su porción legitimaria: la mitad de la correspondiente a los legítimos ¹⁰². Si sobrevivía al padre algún ascendiente legítimo, la cuota legitimaria de los naturales quedó fijada en la cuarta parte de la herencia, pudiendo el padre o madre dejarles, como máximo, la mitad de la herencia, pues la otra mitad constituye, como hemos de ver, la legítima de los ascendientes ¹⁰³. A falta de parientes legítimos en línea recta vertical, la legítima de los naturales quedó fijada en un tercio de la herencia, mínimo, pues, que debían percibir por testamento en esta circunstancia ¹⁰⁴.

c'. *La desheredación.*

Quedaba, por fin, al padre y a la madre, una última facultad para disponer de sus bienes (incluida la legítima), prevista para aquellos supuestos en que los descendientes se hubieran mostrado indignos de suceder en ellos: la facultad de desheredación. Aunque no exclusiva de los padres, pues también pudo utilizarse para apartar de la herencia al cónyuge o a los ascendientes infames, la desheredación, que resultó siempre tasada por la ley, se concibe predominantemente como un instrumento de disuasión para que los hijos no quebrantasen gravemente los deberes de sumisión y respeto debidos a sus mayores.

Esto no obstante, hay que tener en cuenta que las causas de desheredación fijadas por el ordenamiento jurídico no operaban *ex lege* sino que era preciso, para que surtieran su efecto excluyente de la herencia, que los padres quisieran hacer uso de ellas; aquí reside su calidad de potestad ofrecida a aquéllos.

Las causas de desheredación, para Castilla, quedaron fijadas en las Partidas y, básicamente, se han mantenido inalteradas hasta el Código civil, con alguna leve modificación, como la relativa a los hijos que contraigan

100. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 641.

101. *Código civil*, art. 807, 3.º.

102. *Código civil*, art. 840.

103. *Código civil*, arts. 841 y 809.

104. *Código civil*, art. 842.

matrimonio sin la autorización de los padres, que aún aparecía recogida en el Proyecto de 1851 ¹⁰⁵.

2'. *La sucesión intestada.*

a'. *De los descendientes legítimos.*

A falta de testamento, la ley determina el orden de suceder en los bienes del *de cuius* en virtud de una presunción que pretende interpretar la voluntad de éste; dentro del citado orden, el lugar de preferencia corresponde a los descendientes legítimos quienes, salvo la cuota debida al cónyuge, reciben toda la herencia, excluyendo al resto de los parientes.

Y ningún descendiente legítimo queda apartado de la sucesión intestada porque desde la baja Edad Media el Derecho castellano se ha pronunciado en favor del Derecho de representación en virtud del cual los nietos y biznietos vivos ocupan el lugar y ejercen las facultades que corresponderían al hijo o nieto premuertos; es decir, muerto sin testar un hombre que deja dos hijos vivos y cuatro nietos nacidos de un tercer hijo previamente fallecido, la herencia se divide en tres partes: dos se atribuyen a los hijos vivos y la tercera, que hubiera correspondido al hijo premuerto, la reciben los cuatro nietos del causante, como herederos que son de su padre difunto ¹⁰⁶.

b'. *De los descendientes naturales.*

De acuerdo con el Derecho de Partidas, los hijos naturales tienen reconocida una participación en la herencia del padre que muriera sin haber hecho testamento y sin dejar descendencia legítima, participación que se fija en la sexta parte del caudal hereditario, que deben compartir con su madre ¹⁰⁷. Si concurren con descendientes legítimos no tendrán derecho más que a recibir de ellos lo estrictamente necesario para vivir, en concepto de derecho de alimentos ¹⁰⁸.

Sobre la herencia de la madre, las Partidas no distinguían entre hijos naturales e hijos legítimos, por lo que unos y otros se repartirían el patrimonio sin discriminación alguna ¹⁰⁹.

105. *Fuero Real* 3.1.5; 3.9.1 y 2. *Partidas* 4.1.10; 6.7.2, 4, 5, 6 y 7. *Novísima Recopilación* 10.2.9. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 672, 3.º. *Código civil*, arts. 853 y 756.

106. *Fuero Real* 3.6.7. *Partidas* 6.13.3. *Proyecto de Código civil* de 1851, arts. 753 y ss. *Código civil*, arts. 924 y ss.

107. *Partidas* 6.13.8.

108. *Ibidem*.

109. *Partidas* 6.13.11.

Las Leyes de Toro no introdujeron novedad en lo relativo a la herencia del padre, debiendo entenderse, pues, vigente el régimen de Partidas: derecho a la sexta parte, juntamente con su madre si faltan los hijos legítimos, y los alimentos estrictos en caso de concurrencia con éstos ¹¹⁰.

Sí modificaron, en cambio, la sucesión en los bienes maternos, y lo hicieron en un doble sentido: en primer lugar, la existencia de prole legítima aparta por completo a los naturales de la herencia de la madre que muere sin testamento, de manera que en este caso no tienen ya más expectativa sucesoria que la meramente alimentaria; en ausencia de hijos legítimos, los naturales se convierten en herederos forzosos de todos sus bienes. En segundo lugar, el círculo de los descendientes que heredan *ex lege* a la madre resulta ampliado, porque la ley establece que, a falta de hijos naturales deben sucederla, con exclusión de los ascendientes legítimos, sus hijos ilegítimos no naturales, con la única condición de que no sean nacidos «de dañado y punible ayuntamiento» ¹¹¹.

Los textos del siglo XIX revisaron la cuestión sucesoria de los hijos naturales, a la que dieron soluciones diferentes. El Proyecto de 1851 dejó fuera del orden de los herederos a aquellos que concurrían con descendientes legítimos en la sucesión de sus padres intestados ¹¹². En cuanto a los que concurrían con otros parientes, quedó establecida una distinción según se tratara de hijos naturales reconocidos por ambos padres o por uno sólo; los primeros tienen reconocido el derecho a percibir la cuarta parte de la herencia, aunque queden descendientes y cónyuge supérstite ¹¹³; la mitad si existen colaterales dentro del cuarto grado; la tercera parte si junto a estos colaterales sobreviviera el cónyuge; dos terceras partes si a la herencia concurren sólo ellos con el cónyuge viudo, y el patrimonio íntegro cuando no hubiera ninguno de los parientes referidos ¹¹⁴.

Los hijos naturales reconocidos por sólo uno de los padres heredarán únicamente a falta de parientes dentro del cuarto grado y de cónyuge ¹¹⁵. La justificación de este trato discriminatorio quedó expresada en las *Concordancias* de García Goyena ¹¹⁶.

Considerados los hijos naturales herederos forzosos y legitimarios en el Código civil, sucedían universalmente, excluyendo al resto de la parentela,

110. *Leyes de Toro* 10.

111. *Leyes de Toro* 9.

112. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 775, donde se le reconoce un mero derecho de alimentos.

113. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 776.

114. *Ibidem*.

115. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 777.

116. F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., págs. 407-408, comenta los artículos 776 y 777 y alega las razones en que se funda la discriminación de los naturales reconocidos por uno sólo de los progenitores; expresa también su opinión particular en el sentido de que deberían heredar siempre que faltaran parientes dentro del cuarto grado, aunque sobreviviera el cónyuge.

cuando el padre o la madre morían intestados y no dejaban descendientes ni ascendientes legítimos¹¹⁷. Concurriendo con descendencia legítima, heredaban sólo en la mitad de lo que importara la legítima estricta de éstos, con la condición de que la cantidad no excediera del tercio de libre disposición, para no recortar los derechos preferentes de aquéllos¹¹⁸. Si junto a los naturales no quedaban más que ascendientes legítimos, aquéllos tenían derecho a recibir la mitad de la cuota de libre disposición, es decir, la cuarta parte de la herencia, puesto que los ascendientes, según vamos a ver, retenían la mitad de la misma¹¹⁹.

c). *La sucesión de los ascendientes.*

1'. *La sucesión testada.*

Como en el caso de la sucesión de los descendientes, también los ascendientes vieron reconocida por el Derecho la expectativa a suceder en una cuota parte de los bienes del hijo premuerto, esto es, se les reconoció una legítima. Dado que la línea ascendente es llamada a la sucesión después de la descendente, la legítima de los padres y de los abuelos sólo se admitió en el Derecho de Partidas cuando faltaba la descendencia legítima, y quedó fijada en la tercera parte del caudal relicto, de conformidad con el Derecho justiniano, que rectificaba el antiguo sistema romano de participación de los padres en la cuarta parte¹²⁰.

Con respecto a la herencia de la hija, en el régimen de Partidas los ascendientes quedaron apartados de la sucesión en ella no sólo por sus nietos legítimos (hijos de aquélla) sino también por los naturales¹²¹.

La legislación de Toro introdujo dos importantes innovaciones: por una parte, generalizó el principio de que los hijos naturales podían excluir de la sucesión a los ascendientes incluso en la herencia paterna, pues el *decius* quedaba facultado para instituirles herederos sin ninguna limitación, no teniendo hijos legítimos¹²². En cuanto a la sucesión en los bienes de la madre, estableció que no sólo eran sus herederos los naturales, sino también los ilegítimos que no fueran de dañado y punible ayuntamiento, atribuyéndose, por tanto, también a éstos un derecho preferente que aparta de la herencia a los padres y abuelos de la mujer¹²³. En ausencia de descendientes con derecho a heredar, la legislación de Toro elevó la legítima de

117. *Código civil*, art. 939.

118. *Código civil*, art. 840.

119. *Código civil*, art. 841.

120. *Partidas* 6.13.8; *Fuero Juzgo* 4.2.21 y *Fuero Real* 3.6.1, por el contrario, niegan expresamente el carácter legitimario de los ascendientes.

121. *Partidas* 6.13.11.

122. *Leyes de Toro* 10.

123. *Leyes de Toro* 9.

los ascendientes a los dos tercios de la herencia, rectificando así el régimen de Partidas ¹²⁴.

En el Proyecto de Código civil de 1851 la legítima de los ascendientes era de dos tercios de la herencia cuando los sobrevivientes fueran dos o más y en la mitad si únicamente quedaba uno, aunque tales cuotas eran susceptibles de quedar reducidas en determinadas circunstancias ¹²⁵. El Código civil estableció como legítima, para todos los casos, la mitad de la herencia ¹²⁶.

Así como en la sucesión testada de los descendientes, también en la de los ascendientes quedaron taxativamente prefijadas las causas de desheredación ¹²⁷.

2'. La sucesión intestada.

El Fuero Real había regulado la sucesión intestada de los padres en la forma más sencilla, atendiendo únicamente al grado: si quedaban vivos los padres del *decuius*, lo heredaban por igual; si sólo vivía uno, a él se le atribuía toda la herencia, con exclusión de los abuelos de la otra línea, etc. El pariente de grado más próximo, pues, heredaba siempre, apartando a los más alejados ¹²⁸.

Sin embargo, y sobre la base de la vigencia de este principio, en la sucesión del nieto por los abuelos se introdujo el criterio de troncalidad, en cuya virtud si, muertos los padres del *decuius*, quedaban ascendientes de ambas líneas en igualdad de grado (abuelos, bisabuelos), partirían por mitad los bienes ganados por el nieto o bisnieto, y los abuelos maternos heredarían los bienes que llegaron al causante a través de su madre y los paternos recibirían los que obtuvo por herencia de su padre ¹²⁹.

Las Partidas introdujeron como novedad la coparticipación en la herencia de los hermanos del muerto, que concurren con los padres, sucediendo todos ellos por cabezas ¹³⁰. Mantuvieron el principio de que en la sucesión a la que son llamados los ascendientes, el más próximo excluye siempre al más remoto, pero en igualdad de grado determinaron la división

124. *Leyes de Toro* 6.

125. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 642. La legítima se les reduce cuando concurren con el cónyuge viudo (que retiene la cuarta parte) y con algún hijo natural del causante (que retiene otra cuarta parte), quedando así para los ascendientes únicamente la mitad, en vez de los dos tercios que el art. 642 les reconoce.

126. *Código civil*, art. 809.

127. No aparecen en *Fuero Real* donde, como quedó dicho, los ascendientes no fueron considerados herederos forzosos. En *Partidas* 6.7.11. se contienen las ocho causas de desheredación de los padres y abuelos. El *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 674, expone tres causas de desheredación, que son las mismas de *Código civil*, art. 854.

128. *Fuero Real* 3.6.1.

129. *Fuero Real* 3.6.10.

de la herencia atendiendo a las líneas: es decir, si al *de cuius* le sobreviven los abuelos maternos y únicamente uno de los paternos, la herencia no se dividirá en tres partes, sino en dos, correspondiendo la mitad a los dos supervivientes de la línea materna y la otra al único de la línea paterna ¹³¹.

La regulación de este tipo de sucesión por las Leyes de Toro respondió a los siguientes principios: se abre sólo en defecto de descendientes legítimos, como antes; la sucesión de los ascendientes en los bienes de la hija premuerta sólo tiene lugar a falta de descendencia legítima, natural o ilegítima que no hubiera sido engendrada en dañado y punible ayuntamiento; la del hijo, cuando no hubiera testado en favor de los hijos naturales ¹³².

Se rectifica la concurrencia de ascendientes y colaterales, de manera que los hermanos del difunto resultaban apartados de la herencia por los padres o abuelos. Prevalece también ahora el grado más próximo sobre el más alejado y, como en las Partidas, en caso de que sobrevivan ascendientes del mismo grado, la herencia se divide entre las líneas materna y paterna. Junto a este sistema, se permitió expresamente la vigencia del régimen de troncalidad en aquellos territorios en los que consuetudinaria o legalmente se viniera aplicando ¹³³.

Los textos del siglo XIX sancionaron definitivamente la primacía de los ascendientes sobre los colaterales en la sucesión intestada ¹³⁴. En cuanto a la forma de participar en los bienes del causante, el Código civil recogió la fórmula tradicional de las Partidas y las Leyes de Toro de división por mitad en caso de supervivencia de ascendientes del mismo grado y diferente línea, sistema que había sido abandonado por el Proyecto de 1851 ¹³⁵.

d). *La sucesión de los colaterales.*

Como acabamos de ver, las Partidas reconocieron el derecho de los colaterales a suceder en el mismo llamamiento que los ascendientes ¹³⁶; cuando la sucesión se planteaba sólo entre colaterales, sancionaron el principio de que los hermanos de doble vínculo excluyen a los de vínculo sencillo; se suceden recíprocamente por cabezas (como había establecido ya el Fuero

130. *Partidas* 6.13.4.

131. *Ibidem*.

132. *Leyes de Toro* 9 y 10.

133. *Leyes de Toro* 7 y 6.

134. *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 764. *Código civil*, art. 935.

135. *Código civil* 937. El *Proyecto de Código civil* de 1851 había adoptado el sistema de sucesión por grados y por cabezas, sin atender a la línea a la que pertenecían los ascendientes: sobreviviendo dos abuelos de una línea y uno de la otra, la herencia se dividiría en tres partes iguales, y no en dos, como establecieron las *Partidas*, las *Leyes de Toro* y como ordenaría luego el *Código civil*: *Proyecto* de 1851, art. 766. Cfr. F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., al art. indicado, págs. 402-403, y Apéndice n.º 10, pág. 497, donde justifica la conveniencia de este régimen.

136. *Partidas* 6.13.4.

Real) y se reconoce el derecho de representación en favor de los sobrinos procedentes de un hermano de doble vínculo premuerto ¹³⁷.

Cuando la concurrencia no es de hermanos y sobrinos, sino de sobrinos solo, sucederán por cabezas y no por estirpes; no hay, pues, en este caso, derecho de representación, porque todos los sobrinos están en el mismo grado ¹³⁸. El límite de la sucesión en llamamiento a los colaterales quedó fijado por las Partidas en el décimo grado civil de parentesco ¹³⁹.

El Código civil ratificó básicamente los criterios de las Partidas, apartándose del Proyecto de 1851, que establecía la vigencia del principio de representación en todos los casos, incluso cuando se trataba del reparto de la herencia exclusivamente entre sobrinos del causante ¹⁴⁰.

137. *Partidas* 6.13.5 y *Fuero Real* 3.6.12.

138. *Partidas* 6.13.5 y *Fuero Real* 3.6.13. La misma doctrina fijaron las *Leyes de Toro* 8.

139. *Partidas* 6.13.6. Carlos III lo redujo al cuarto grado: *Novísima Recopilación* 10.12.6, y se restableció el décimo grado por ley de 16 de mayo de 1835, art. 3.º, límite que recogió también el *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 772. El *Código civil* limitó el derecho a suceder abintestato al sexto grado de parentesco: art. 955.

140. *Código civil*, art. 768: si a la herencia concurren sólo los sobrinos, heredan en partes iguales, es decir, por cabezas. El reparto por estirpes, en *Proyecto de Código civil* de 1851, art. 756.