VIGENCIA DEL SISTEMA SUCESORIO ROMANO EN LAS COMPILACIONES FORALES

Luis Mariano Robles Velasco
Departamento de Derecho Romano
Universidad de Granada

La idea de la que parte la presente comunicación, tiene su inicio en una frase aparecida en la Exposición de motivos de la Compilación de Derecho Civil de Baleares, la Ley 8/1990, de 28 de Junio que dice:

“Los Principios sucesorios romanos, tradicionales en el Derecho Civil Balear, fueron plenamente aceptados como se sabe, por la Compilación de 1961 y han sido en parte completados en el nuevo texto que se propone...”

“El sistema sucesorio romano derivado de tales principios no solo resulta un sistema indudablemente lógico para ordenar la sucesión por causa de muerte sino que a pesar de los profundos cambios sociales, económicos y familiares experimentados a través de los tiempos, continua siendo hoy un sistema que responde debidamente a las necesidades y exigencias prácticas actuales y en consecuencia, y esto es lo decisivo, funciona bien y con normalidad en Mallorca y Menorca y no genera en su realización diaria, problemas que pudieran aconsejar su modificación”.

Según tales palabras el Sistema sucesorio romano está vigente en nuestras leyes forales¹.

1. Advierte NAGORE YARNOZ que “la distinción entre Derecho Foral y Autonómico se ve hoy oscurecida paradójicamente, a la luz del Título VIII de la Constitución; así como por las interpretaciones del Tribunal Constitucional (véase Sentencia del TC. de 12 de Marzo de 1993 sobre las esencias y fundamentos de la foralidad y de las autonomías) y finalmente también por las mutuas implicaciones originadas por los órganos de creación de las legislaciones autonómicas, los Parlamentos autonómicos, de las “nacionalidades” o comunidades autonómicas...”. Y dos obstáculos ve en la conservación del derecho foral: El uso ilimitado que hacen algunos Estatutos Autonómicos de la facultad de conservar, modificar y desarrollar su propio derecho que conduce al abuso y desnaturalización del Derecho Foral; y la pretendida identificación “progresiva” entre Derecho Autonómico y foral convirtiendo a este en obra no de juristas sino de políticos.

Ejemplo desafortunado podría ser el art. 2 de la Compilación Balear de 28 de Junio de 1990 donde establece que las normas del Derecho Civil de Baleares...serán de aplicación a quienes residan en el [territorio] sin necesidad de probar su vecindad civil...”; norma que podría llevar a la aplicación del régimen foral simplemente a quienes residan en dicho territorio, lo que sería contrario no solo al art. 14 del Cc., sino al sentido común (en este sentido véase Resolución de la Dirección General de los Reg. y Not. de 3 de Julio de 1976). NAGORE YARNOZ, “Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales”, RDP 35 (1994), 122-123.

Por otro lado, al distinguir entre *un derecho de políticos* y *un derecho de juristas*, qué lejos quedan las palabras de la *Ley Paccionada Navarra de 16 de Agosto de 1841* cuando solicitaba que “fueran juristas navarros y los organismos adecuados quienes exclusivamente intervieran en el estudio y formación de la Compilación de Derecho Navarro”.

A ello trataremos de responder en la presente comunicación².

1. LAS COMPILACIONES FORALES Y LA VIGENCIA DEL DERECHO ROMANO.

Ante todo hemos de advertir que no nos ocuparemos de todas las compilaciones forales sino solo las de NAVARRA, BALEARES y CATALUÑA, dejando fuera de nuestro examen las de VIZCAYA y ALAVA, GALICIA, y ARAGÓN³.

2. KOSCHAKER al mencionar los lugares en donde en mayor o menor medida el derecho romano rige o ha regido recientemente recoge a Escocia, Sudáfrica, Ceylán, Grecia y la Guayana Inglesa, aunque comete el imperdonable erro de olvidar a Navarra, Cataluña y Baleares. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, tr. por Santacruz Tejeiro, (Madrid, 1955), 114-115 y 212-213.

El desconocimiento es común a parte de la romanística, así GUARINO desconoce la existencia de regiones españolas donde el derecho romano ha subsistido o tiene vigencia actual (GUARINO, *L'esegesi delle fonti del Diritto romano*, (Nápoles 1968), 8). Lo curioso es que alude al *limitato vigore* del Derecho romano en Ceylán, Escocia, Grecia y Sudáfrica; lugares bastante mas alejados de Nápoles que nuestras regiones forales. Este detalle resulta curioso cuando como reconoce VALIÑO que hace la recesión crítica al libro de GUARINO (AHDE, 38 (1968), 699), cita dos páginas antes precisamente a NAGORE YARNOZ, "Il vigore del Diritto romano in Navarra", *Boll. Informat. Ist. Giur. Span. in Roma*, 40-43 (1963), 18-23.

3. No nos ocuparemos del **DERECHO FORAL DE VIZCAYA Y ALAVA**, que en la actualidad se rige por la Ley 3/1992 de 1 de Julio de Derecho civil foral del País Vasco en tanto que como establece su Exposición de Motivos –y frente al displicente "*respetar por ahora*" del Código Civil de 1888 (vid. n. 6)–, es el Estatuto Vasco en el art. 10.5 el que confiere la labor de conservación, modificación y desarrollo en su derecho Foral. Aparte de los rasgos peculiares de instituciones vascas como el testamento mancomunado (o de *hermandad*), el testamento por comisario (o *alkarpoderoso*), los pactos sucesorios, el usufructo poderoso ayalés, la troncalidad, la posibilidad del uso del poder testatorio en varios actos, la reserva troncal o la sucesión contractual resultan tan alejados de los principios romanísticos que no podemos entrar en su examen.

En cuanto a GALICIA, la Ley 147/1963 de 2 de Diciembre reconocía que "...si exceptuamos el fuero Juzgo y el Fuero de León apenas queda otra fuente de derecho gallego que las normas consuetudinarias". Y entre las instituciones jurídicas peculiares gallegas cabe destacar el *foro*.

El *foro* palabra derivada de *fuero* fue usada como equivalente de esta última no solo en Galicia y Asturias sin también en Castilla. Pero también la voz *foro* tuvo acepción de contrato análogo al de enfiteusis por el cual se transmitía el dominio útil de un terreno mediante el pago de un canon, con lo cual podríamos establecer ciertas similitudes romanísticas. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y otros, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*", RDP, 32 (Galicia), (Jaén 1979), 13.

Otros ven en el nombre especial de foro y no el de enfiteusis en la circunstancia de que era de aplicación a tierras de fuero o privilegio de tal modo que para no confundir contratación y privilegio se utilizaron una y otra acepción. JOVE Y BRAVO, *Los Foros*, (Madrid 1883), 10 ss.; 291.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ distingue entre los que son del parecer que el foro tiene su origen exclusivo en Galicia siendo una transformación de la propiedad territorial de los celtas; los que son del parecer que el foro es una institución feudal; y finalmente los que siguen el criterio que tuvo su origen en la enfiteusis romana al reunir todas las condiciones de aquel contrato y sobre todo porque el clero conocía perfectamente el Derecho Romano. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones...* (Galicia) op. cit., 14. Esta opinión es históricamente la mas verosímil, según PÉREZ PORTO (*El Derecho foral de Galicia*, (La Coruña 1915), 15).

La **COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN** (Ley 15/1967 de 8 de Abril) fue modificada por Ley de 21 de Mayo de 1985. Las peculiaridades del sistema aragonés en materia sucesoria hace que se alejen de los postulados romanos. baste pensar en las figuras del testamento mancomunado tan alejado y dispar del carácter personalísimo del testamento romano; la admisión de la sucesión contractual y la aceptación de los pactos sucesorios; la comunidad conyugal continuada – en virtud de la cual la muerte de un cónyuge no supone necesariamente la disolución inmediata de la sociedad conyugal–; incluso la posibilidad de la fiducia sucesoria, que no nos hace pensar en la fiducia romana desde el momento en el que se permite al cónyuge nombrar fiduciario al otro para ordenar la sucesión; o la legítima colectiva; o en fin la sucesión intestada –que aunque mal vista por los aragoneses por su carácter troncal. LÓPEZ RUFAS ("Problemas de derecho sucesorio aragonés", *Actas de las jornadas de Derecho Civil Aragonés*, (Jaca 1985), 163), concede preferencia en los bienes que hubieran donado a este en virtud del *derecho de recobro* a los hermanos sobre el cónyuge sobreviviente.

Razones todas ellas que excusan tratar de buscar la asimilación entre los principios romanos y el derecho sucesorio aragonés

-1.1 NAVARRA.- Compilación Navarra es de 1 de Marzo de 1973.

I) LA COMPILACION Y EL PROBLEMA DE LAS FUENTES.-

Ya apuntaba VALLET DE GOYTISOLO⁴: “El problema del Derecho Foral en relación al Derecho codificado contenido en el Código Civil español se ha planteado generalmente como una cuestión de contenido, y sin embargo creemos que tanto o mas que un problema de contenido, es un problema de *fuentes*”. Frase recogida y comentada por la mayoría de los foralistas⁵.

Y que es un problema de fuentes lo podemos ver acudiendo a la historia. Así entre los antecedentes históricos, la ley 9 de las Cortes de Pamplona de 1576 (Nov. Recop. 1.3.1.) declaraba al Derecho Romano como supletorio en defecto de las leyes y fueros de Navarra siendo preferente al Derecho de Castilla⁶. ¿Pero cómo se produce la recepción del Derecho Romano en Navarra?

I.1.- LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO.

A nuestro juicio habría que diferenciar dos cuestiones al tratar de la pretendida vigencia del Derecho Romano en Navarra: Una, la cuestión de la recepción del Derecho Romano; y otra, dentro de la consideración del Derecho Romano como supletorio, si lo es del sistema vigente.

Se puede señalar el siglo XII como punto de partida inicial de la recepción del Derecho Romano, porque es en el siglo XII según CAMACHO EVANGELISTA, cuando aparece en Bolonia un manuscrito del Digesto romano, debido al hallazgo que el emperador de Alemania Lotario II hizo en la ciudad de Amalfi (en 1135) de un ejemplar de las *Pandectas* de Justiniano⁷. Hallazgo que va a convertirse en el verdadero revulsivo en el estudio del derecho romano. Pero junto a este hecho, otro paralelo que no puede ser desconocido es la presencia de la Iglesia y la difusión del Derecho Canónico⁸.

Por otra parte, la recepción del Derecho Romano en Navarra no supone una lucha con el derecho local sino que lo es a través de los *oidores de la cort*⁹, a través del uso que hacen de él los

4. VALLET DE GOYTISOLO, “El problema del Derecho Foral”, *ADC* 23 (1970), 459-518. Mas recientemente, idem. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre las fuentes del Derecho y el método jurídico*, (Madrid 1982), 474 ss.

5. ARECHEDERRA ARANZADI, “Estudios sobre las fuentes del derecho y el método jurídico”, *Temas de Derecho Civil Foral Navarro* (Madrid 1991).

Es cierto que ha habido voces en contra como SALINAS QUIJADA, para el cual “El Derecho romano no pudo sobrevivir a la unidad legislativa verificada en el último período de la monarquía goda. Si acaso era conocido el derecho ante-justiniano, lo es hasta el siglo IX y bajo la forma que le fue dada por el Breviario de Arriano, pero de ahí a suponer que se había de admitir los códigos de Justiniano cuyo emperador no llego a dominar la península, hay un gran paso”. SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra*, (Pamplona 1971), 52.

6. Cosa que conservó el art. 12 del Código Civil de 1889 reconociendo expresamente el carácter supletorio de las disposiciones el código al decir “En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste el derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario por la publicación de este código que regirá tan solo como *derecho supletorio* en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales.

7. F. CAMACHO EVANGELISTA, *Historia del Derecho Romano y su recepción en Europa*, (Granada 1994), 397.

8. GARCÍA GRANERO distingue entre dos fases: una de los siglos XIII a XV donde la recepción del Derecho Canónico precedió al Derecho romano, donde no se puede hablar de recepción, sino de influencia del Derecho romano; y otra a partir del siglo XVI de verdadera recepción. GARCIA GRANERO FERNÁNDEZ, “Estudio sobre el capítulo 3.20.6 del Fuero General de Navarra: Un texto recibido del Derecho Romano”, *AHDE* 46 (1976), 305, n. 11.

9. IRURITA KUSARRETA, *El Municipio de Pamplona en la Edad Media*, (Pamplona 1959), 267, el doc. 85 de Abril de 1355, el rey Carlos II declara que “...como quiere que por nuestro Consejo en el qual era muchos sauios en drecho et foristas nos trousemos que de drecho et de fuero...”. Con lo cual la penetración del Derecho Romano tuvo en los romanistas del Consejo Real y de la *Cort maior* sus principales valedores.

Como apunta LACARRA, “El Derecho romano no entra tanto por los códigos como por la jurisprudencia de los encargados de aplicarlo en la *Cort*, y por el uso que hacen de él los abogados y notarios, debido al agotamiento de la legislación indígena”. LACARRA, “Sobre la recepción del Derecho Romano en Navarra”, *AHDE* 11 (1934), 457-467.

abogados y notarios cuando agotados los recursos del derecho local se acude al Romano mucho mas rico en soluciones y en literatura¹⁰. Este Derecho Romano es el Justiniano, del cual algunos autores como LACARRA, OTERO VARELA¹¹ o GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ¹² perciben elementos en el mismo Fuero General¹³.

LACARRA¹⁴ considera que la influencia romanística se dio por dos vías: A través del obispado de Pamplona cuyos comunistas mantuvieron una estrecha relación con el sur de Francia o *pays de Droit écrit*¹⁵ dado que sus jueces, clérigos y peritos estaban formados en el Derecho romano y canónico; y otra, a través de la *Curia regia* o tribunal de la *Cort Mayor* cuyos juristas estaban formados en las Universidades de Montpellier, Bolonia o París¹⁶. Estos *oidores de la cort* conocían bien las fórmulas del Derecho romano y canónico como puede verse en el archivo de la Diputación de Navarra donde obra un cartulario que recoge una escritura otorgada el 10 de mayo de 1212 entre Pedro II de Aragón y Don Sancho VIII el fuerte de NAVARRA¹⁷. En ella reconocía el primero haber recibido del segundo 10.000 mazmutinas de plata, lo curioso es la frase donde se reconoce:

Et tenemos de eis bene paccatos a vovis renunciantes exceptionis non numeratae pecuniae et non eradite rei...

ejemplo este al que se puede añadir la escritura de 1270 del obispo de Pamplona donde confiesa haber recibido en préstamo del obispo de Calahorra diversas cantidades empeñando en su garantía la iglesia y casa de Los Arcos y la abadía de Salinas de Oro, renunciando a la excepción *non numeratae pecuniae...* O escrituras similares de 1276, 1277, 1284, 1301, 1329 1462, 1528¹⁸.

Y en materia de Derecho de Sucesiones, la ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766 donde se recoge las leyes *Haec Editali* y de *secundis nuptiis*, en la actualidad recogidas en las leyes 272 y 273 de la CN.

I.2.- EL DERECHO ROMANO COMO SUPLETORIO DEL SISTEMA VIGENTE.

Lei 1: “Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del derecho privado foral de Navarra, conservan *rango preferente* para la interpretación e integración de las leyes de la compilación... y el *Derecho romano* para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente compilación hayan recibido del mismo”.

Esta ley de 1 del “Fuero Nuevo de Navarra” procede de las leyes 1ª y 7ª de la Recopilación privada. Concretamente en la ley 7ª al tratar del derecho supletorio se decía que:

10. LACARRA, “Sobre la recepción del Derecho Romano...”, op. cit., 466; SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de...*, op. cit., 218.

11. OTERO VARELA, “las arras en el Derecho español Medieval”, *AHDE* 25 (1955), 189-210.

12. Sobre la cuestión de la recepción se puede consultar a GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, “Estudio sobre el capítulo 3.20.6 del Fuero General de Navarra... Op. cit., 315-337. En dicho trabajo trata de demostrar la equivalencia entre el Fuero y Dig. 28.2.13 pr.

13. RUBIO TORRANO, *El Fuero nuevo: Pasado, presente y futuro*, (Pamplona 1985), 1

14. LACARRA, “Sobre la recepción...”, op. cit., 460 ss.

15. Fue precisamente el Sur de Francia o *pays de Droit écrit* donde se mantuvo siempre el contacto con el Derecho Romano y donde se asumió sin reservas la recepción. CAMACHO EVANGELISTA, *Historia... y su recepción en Europa*, op. cit., 420.

16. No fue sino hasta 1561 cuando Felipe II pidió al consejo de Navarra que no autorizase a los navarros ir a estudiar fuera “por los muchos inconvenientes que la comunicación con naciones extrañas tenía” y en 1583 se dispuso que los monjes de los monasterios cistercienses fueran a las Universidades de Castilla. LACARRA, “Sobre la recepción del Derecho Romano... op. cit., 462, n. 20.

17. *Boletín de la Comisión de Monumentos de Navarra*, (Pamplona 1912), 46.

18. LACARRA, “Sobre la recepción...”, op. cit., 457. En todas ellas se alude a instituciones inequívocamente romanistas, como la *exceptio non numeratae pecuniae*, la acción de cosa vendida y entregada, el *beneficium restitutiones in integrum, exceptioni doli*, al privilegio Veleyano.

“El derecho Supletorio queda integrado por el orden siguiente:

1. *La tradición jurídica Navarra* contenida en las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación, la misma Novísima Recopilación, el Amejoramiento del Fuero, el Fuero General y el *Derecho Romano*.

2. *El Derecho Romano*, para las instituciones o preceptos que la costumbre o la Recopilación hayan recibido del mismo...”

Lo interesante no es solo esta expresa mención al Derecho Romano, sino que como apunta GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ no es solo que la Compilación no se presenta como una derogación o sustitución del Derecho del antiguo reino sino que ni siquiera deroga las fuentes que constituyen la tradición jurídica de Navarra y declara al Derecho Romano con rango preferente para la interpretación e integración de sus leyes, aunque no como supletorio de primer grado¹⁹.

Lo curioso es que al declarar la Ley 6:

“El Código Civil y las leyes generales de España *serán derecho supletorio* de esta compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la Ley 1...”

Se llegaría a la conclusión que tanto el Código Civil como las leyes generales españolas serían a su vez supletorias del Derecho Romano. Conclusión ésta en la que coinciden SALINAS QUIJADA, o NAGORE YARNOZ²⁰. Esta interpretación podría quedar confirmada si tenemos en cuenta que la Ley 2 se dispone que:

“En NAVARRA la prelación de fuentes de derecho es la siguiente:

1. La costumbre. 2. Las leyes de la presente Compilación. 3. *Los principios generales del Derecho Navarro*. 4. El Derecho supletorio”²¹.

Incluso la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente la vigencia en Navarra del Derecho Romano con carácter de supletorio de primer grado y con preferencia al Código Civil como reconoce la Sentencia del 13 de Junio de 1972²².

II. CONCLUSIONES.

Todo ello nos lleva a reconocer, como hizo GARCÍA GRANERO que el Derecho Romano sigue conservando vigencia en Navarra como elementos interpretativo e integrador del Fuero Nuevo respecto a las instituciones o preceptos que de él ha recibido la costumbre o la propia Compilación²³.

19. Donde plantea que la unión indisoluble entre las viejas fuentes del Derecho Navarro y su moderna formulación forman –en acertada expresión romanística– un *Corpus Iuris Navarrae*. GARCIA-GRANERO FERNÁNDEZ y otros, “*Comentarios al Código Civi y a las Compilaciones forales*” (Navarra), RDP 35, 1 (Madrid 1994), 138.

20. En parecidos términos, SALINAS QUIJADA considera que la función actual del Derecho Romano en Navarra es su consideración como supletorio del derecho foral y con carácter preferente al código civil (SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra*, op. cit., 215-243). Y a la misma conclusión NAGORE YARNOZ, “*Il vigore del Diritto romano in Navarra*”, op. cit..., 18-23.

21. Lo que sería ratificado en la Ley 4:

“Son los principios generales los del Derecho natural e histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones”.

22. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, “*Estudio sobre...*” op. cit., 317, n. 196.

23. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, “*Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales...*”, op. cit., 218.

- 1.2 BALEARES.

I. LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS ROMANOS EN EL DERECHO BALEAR

La Compilación Balear tiene fecha de 28 de Junio de 1990²⁴. En ella se contempla un renacer a los orígenes romanísticos basándose de forma inequívoca en el Derecho Romano del cual extrae sus características mas esenciales sobre todo en materia sucesoria. En realidad, no podía ser de otra forma si nos atenemos a la historia y a los propios principios del sistema sucesorio.

Se sitúa el origen de la romanización de las islas Pitiusas con la conquista de Mallorca por Q. CECILIO METELO en el año 123 a. C. y la incorporación de las islas al imperio bizantino en el año 530, lo que perduró hasta el siglo VIII²⁵. Sobre la cuestión de su vigencia del derecho romano, las innumerables ocasiones que se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo han declarado la vigencia del Derecho romano Justiniano²⁶, considerándolo como un derecho consuetudinario cosa de la que se hace eco la compilación al decir:

“...Estas normas procedentes del Derecho Romano [están] vigentes, sin duda como integrantes de la tradición jurídica en la materia pero que dada su importancia, se ha considerado conveniente pasen al articulado de la Compilación para una mayor claridad y más fácil conocimiento”.

Al tratar de la aplicación de los principios sucesorio no podemos desconocer que la propia Exposición de Motivos reconoce:

“Los principios sucesorios romanos siguen resultando adecuados a la manera de contemplar y practicar la sucesión *mortis causa* por las personas de vecindad civil balear mallorquina y menorquina...”

De las numerosas figuras donde podemos encontrar una correlación entre las fuentes romanas y las figuras e instituciones forales Mallorquinas vamos a examinar las siguientes:

I.1.- EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE TESTAR Y INCOMPATIBILIDAD DE LA SUCESION TESTADA E INTSTADA.-

De la definición de testamento dada por Modestino y recogida en Dig. 28.1.1²⁷, se deduce que se concibe al testamento como una expresión de la libre voluntad, lo que se confirma por Papiniano en Dig. 28.1.3:

24. Se trata de la Ley 8/90, de 28 de Junio, o Compilación de Derecho Civil de Baleares publicada en B.O.E. nº 194/1990, de 14 de agosto, 23.824 ss.

25. MASOT MIQUET considera que “...La incorporación al imperio de Bizancio coincidió con la publicación de las cuatro grandes obras justinianas constitutivas del *Corpus Iuris Civilis*, las cuales seguramente se fueron aplicando en las islas a medida que iban promulgándose... De esta manera se va constituyendo un cuerpo de doctrina sucesoria que ha pervivido hasta nuestros días y que hablando propiamente no podemos decir que este basado en el *Corpus Iuris Civilis*, sino que es el *Corpus Iuris*...”. MASOT MIQUEL, *Comentarios al código civil y las compilaciones forales*, 21 BALEARES, (Madrid 1980), 147.

Esta tesis ya fue mantenida por PASCUAL GONZÁLEZ (*Derecho Civil de Mallorca*, (Palma de Mallorca 1951), 73) que considera que el Derecho Romano no es ni era derecho supletorio, sin que por haberse promulgado los textos Justinianos formando parte Las Baleares del imperio Bizantino, está admitido como derecho propio y como tal forma parte del régimen foral de Mallorca.

26. Sentencias de 6 de Junio de 1905; 28 de Diciembre de 1923; 8 de mayo de 1925, por no citar las anteriores al propio Código Civil, como fueron Sentencias de 1879, 1872, 1868. Entre las mas recientes la de 24 de Octubre de 1964 que aunque deduce la vigencia indubitada del Derecho Romano Justiniano en materia sucesoria, sin embargo puesto en relación con el art. 13 del Código Civil –si bien en su redacción anterior a la Ley de 31 de Mayo de 1974– lo considera como un derecho consuetudinario, sin entrar en la cuestión de si concurren o no los requisitos exigidos para su valoración como derecho consuetudinario (MASOT MIQUEL, *Comentarios al...op. cit.*, 148).

Claro que si interpretamos este argumento con el tenor literal del art. 1 de la compilación de 1990 “... En defecto de la Ley y costumbre del Derecho Balear se aplicará supletoriamente el Código Civil y demás leyes estatales civiles...”, resultaría que como “costumbre balear” regiría con preferencia al Código.

27. Dig. 28.1.1:

Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.

Testamenti factio non privati sed publici iuris est.

Esta libre voluntad es la que establece la prioridad de la sucesión testamentaria sobre la intestada, así como la incompatibilidad entre ambas²⁸; lo que es reconocido en el art. 6 CB “La herencia se defiere por testamento, por Ley y por los contratos regulados en este libre”, y en el Art. 7 CB, “La sucesión intestada solo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual”.

Esta incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada ya era conocida en Dig. 50. 17. 7²⁹:

Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato e intestato decessisse...

De esta forma a igual que en el derecho romano, en el derecho balear la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada así como la esencialidad de la institución de heredero es producto no solo de una imposición legal, sino resultado de una práctica constante y reiterada ya que a decir de la propia Exposición de Motivos

“... siendo incluso socialmente plenamente asumida la prioridad de la voluntad manifestada por el testador sobre las normas generales y abstractas reguladoras de la sucesión abintestato.”.

I.2.- LA NECESIDAD DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO

Y lo mismo que el Derecho romano que no permitía la compatibilidad de la sucesión testada e intestada, a los habitantes de Mallorca todavía hoy rehuyen otorgar testamento y que este no contenga institución de heredero dado que a sus ojos lo uno es consubstancial con lo otro³⁰. Con ello no se está sino admitiendo en el art. 14 CB “La institución de heredero es requisito esencial para la validez del testamento”, lo que ya se recogía en Inst. 2.20.34 pr:

... testamenta vim ex institutione heredis accipint, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.

O en Inst. 2.23.2.pr:

...alioquin inutile este testamentum in quo nemo heres instituitur.

Entre la doctrina romanística, la teoría más clásica es al de BONFANTE³¹, que considera que la necesidad de la institución de heredero se basa en la estructura de la familia romana que ve en el *heres* la designación hecha por el *pater familiae*, –caso de haber testamento– o por la propia ley –caso de *successio abintestato*–, de nombrar un sucesor en la patria potestad³².

I.3.- EL CARACTER PERMANENTE Y LA UNIVERSALIDAD DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO

Dentro de las fuentes, en Dig. 4.4.7.10 *fin*³³:

28. Estas disposiciones no rigen para la Isla de Menorca, según resulta del Libro II, art. 65 CB, ni para Ibiza y Formentera según el Libro III, Título II, capítulo II, art. 70 CB.

29. *Pomp. Lib. 3 Ad. Sabinum.*

30. MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales...* op. cit., 156.

31. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, (Madrid 1929), 553.

32. BONFANTE considera que el heredero es precisamente el sucesor en la jefatura o potestad sobre el grupo agnaticio o *gens*, y por tanto también sobre los bienes: La herencia romana originaria servía como medio de traspasar la soberanía en el grupo familiar, y ello con preferencia sobre el mero traspaso patrimonial. Fue la disolución de la *gens* la que dio lugar a que el *heres*, ya no sucediera en la jefatura sobre la potestad del grupo familiar, y otros miembros del grupo, sino únicamente sobre los bienes, con lo cual permanece claro el principio que sólo quien tiene el título de *heres* puede suceder además de en los bienes, en la continuación de la personalidad del *deuius*. BONFANTE, *Instituciones de...*, op. cit., 692-693.

33. *Ulp. Lib. II Ad edictum.*

quum enim pupillus heres non fiat sed utiles actiones habeat sine dubio heres manebit qui semel extitit.

Se establece el principio de quien fue heredero una vez lo sigue siendo, principio recogido en el art. 16 CB: “El que es heredero lo es siempre y en consecuencia, se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivos y resolutorio...”³⁴.

Principio que exige las necesarias precauciones para que Tal designación recaiga sobre persona cierta, tal y como se indica en Dig. 28.5.9.9³⁵:

Heres institui nisi ut certe demontretur nemo potest.

De tal manera que nadie puede ser instituido heredero si ni lo fuera de una manera cierta, o como se dispone en el art. 14, 2 CB: “Aunque no se emplee la palabra heredero, valdrá como hecha a título universal cualquier disposición del testador que atribuya claramente al favorecido esa cualidad...”

La universalidad de la condición de heredero resulta de Dig. 50.17.62³⁶:

Hereditas nihil aliud este quam successio in universum ius quod defuntus habuerit

Esta universalidad del llamamiento de heredero que lo es en una *successio in universum ius*, o de todo el derecho que haya tenido el difunto como indica Dig. 28.5.9.12³⁷:

Heredes iuris successores sunt et si plures instituantur dividi inter eos a testatore ius oportet quod si non fiat omnes aequaliter heredes sunt.

Al considerar a los herederos como sucesores del derecho del difunto, y caso de ser instituidos varios, el derecho se dividiría entre todos los herederos por partes iguales. No otra cosa es la que establece el Art. 15 CB “...Si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta se estimaran legatarios de ella y en cuanto al resto de la herencia tendrán el carácter de herederos universales por partes iguales si fuesen varios”.

I.4.- EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO Y LAS SUSTITUCIONES.

El carácter personalísimo de la institución de heredero quiebra en punto al tratamiento de las sustituciones vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria, siendo consideradas éstas como un testamento en nombre del menor incapacitado o heredero sustituido. Pero hasta en el tratamiento de la excepción se siguen respetando las fuentes. En efecto en Cod. 6.24.14:

et hoc argumentamur ex antiqua regula quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem.

Donde establece que el heredero del heredero es heredero del testador. Lo que encuentra parangón con el art. 14 CB “En las sustituciones pupilar y ejemplar, el ascendiente en el testamento que otorgue para su propia herencia puede en relación a la del descendiente instituir herederos de éste... Sin embargo, la ejemplar quedará sin efecto si el descendiente hubiere otorgado testamento o donación universal válidos.

34. Aunque no entraremos en la consideración y tratamiento de la condición en la CB, pero a igual que el derecho sucesorio romano considera que ésta es tratada como un *certus dies an incertus quando*, y admitiendo sólo la suspensiva y no la resolutoria tal y como se recogía en nuestro Derecho Romano, baste para ello recordar cómo en D. 36.2.5.2:

Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii.

Según el cual, si el legado lo es bajo condición no se procedería a la entrega sino hasta que la condición fuera cumplida, incluso aunque quede en potestad del legatario su cumplimiento.

35. *Ulp. lib. 5 Ad Sabinum.*

36. *Iul. lib. 6 Digestorum.*

37. *Ulp. lib. 5 Ad Sabinum.*

Ambas sustituciones implican la vulgar tácita respecto de los bienes procedentes de la herencia del sustituyente...”

O el art. 26 CB “La sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar”.

En el art. 22 CB “Si el distribuidor premuriese al testador se entenderá establecida según el art. 26 una sustitución vulgar en favor de los parientes entre los que tendría que verificar la elección o distribución...”

En definitiva, “estas sustituciones implican la facultad de testar por el ascendientes para y en nombre del menor o incapacitado”. De ahí que los ascendientes puedan en su propio testamento, nombrar los herederos de sus propios descendientes, con lo que es posible evitar, que los que hayan sido incapacitados hayan de fallecer necesariamente intestados...”.

La razón la podríamos encontrar según BONFANTE en la concepción de la herencia como una sucesión en el poder soberano del jefe de una gran familia agnaticia y la adquisición por los herederos del patrimonio dejado por el causante como una consecuencia de la sucesión en la soberanía del grupo³⁸.

II.- CONCLUSIONES

Los principios sucesorios romanos siguen resultando adecuados a la manera de contemplar y practicar la sucesión “mortis causa” por las personas de vecindad civil balear mallorquina y menorquina...”. El nuevo texto de la CB se respetan las líneas generales ya introducidas por el derecho de Roma, considerando que dichas “...normas procedentes del Derecho Romano [están] vigentes, sin duda como integrantes de la tradición jurídica en la materia “...Las cuales han pasado al articulado de la compilación como hemos podido comprobar”.

-1.3 CATALUÑA

Parecidos criterios aparecen en otras leyes forales recientes, como es el caso de Cataluña con su Código de las Sucesiones CSCAT por causa de muerte. Se trata de la Ley 40/1991, de 30 de Diciembre de la GENERALIDAD DE CATALUÑA³⁹, la cual al tratar de los principios de la ley, reconoce que

“...La presente ley es especialmente respetuosa con los principios clásicos y con la tradición jurídica reciente”, concretamente en su Exposición de Motivos⁴⁰: “No se modifican, por lo tanto, los grandes principios propios del Derecho Romano, tan arraigados en el derecho sucesorio catalán...”.

38. BONFANTE, *Instituciones de ...* op. cit., 553. Una explicación de la familia como organismo político en la cual tenía mas importancia el mantenimiento del orden en el interior del organismo familiar la da MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código Civil y a...* op. cit., 155, n. 10.

39. Publicado en el BOE. del 27 de Enero de 1992.

40. Preámbulo II, *Los Principios de la ...*(Ley 40/1991).

I. LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS ROMANOS Y EL DERECHO CATALÁN⁴¹

I.1.- EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL TÍTULO DE HEREDERO⁴²

El art. 1º CSCAT establece que: “El heredero sucede en todo el derecho de su causante. Por consiguiente adquiere los bienes y los derechos de la herencia y se subroga en las obligaciones del causante que no se extingan por el fallecimiento...”

No cabe duda de las claras reminiscencias referidas al concepto de herencia como *successio in universum ius* al que se refiere Juliano en Dig. 50.17.62⁴³:

Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.

La consideración de la herencia como todo el derecho de que disfrutara el causante, nos permite aproximarnos a un concepto global que no puede estar más de acuerdo con la tradición romanista en cuanto que implica la adquisición de los bienes y la asunción de las cargas hereditarias de tal manera que como indicaba POMPONIO, en Dig. 50.16.119:

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem...

En tanto que herencia no es solo los bienes sino las cargas⁴⁴. Por contra el CSCAT parte ya del supuesto de que la sucesión del heredero lo es en todo el derecho del causante como si la herencia ya hubiera sido aceptada. Esta apreciación queda fácilmente desdibujada si tenemos en cuenta que el art. 2 CSCAT considera que el fallecimiento del causante solo determina la apertura de la sucesión. Y sobre todo en el art. 5 CSCAT según el cual: “La herencia deferida la adquiere el heredero con su aceptación, pero los efectos de esta se retrotraen al momento del fallecimiento del causante”.

Precepto mas en consonancia con el texto de ULPIANO en Dig. 41.1.34:

Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet...

Puesto que en la mentalidad romana la herencia representaba a la persona del difunto, no a la del heredero ya que en ese momento no se sabría aún si aceptaría o no junto con las posibilidades cargas de la misma, aunque en la sucesión catalana en el art. 1 se añade (sin haber dicho nada acerca de la aceptación que “[el heredero] debe cumplir las cargas hereditarias y queda vinculado a los actos propios del causante...”⁴⁵

41. Para GARRIDO MELERO los grandes principios propios del Derecho Romano son el principio de la necesidad de heredero en la sucesión, la necesidad de la institución de heredero en el testamento, el de universalidad del título de heredero, el principio de incompatibilidad de los títulos sucesorios, el principio de prevalencia del título voluntario –que es reflejo del de libertad de disponer que establecen los art. 367 y 322 CSCAT que gradúan además de esta prevalencia, el principio de prelación de la sucesión paccionada sobre la testamentaria– y finalmente el principio de la perdurabilidad del título sucesorio en su doble faceta de irrevocabilidad e indivisibilidad de la aceptación y de la prohibición de la institución de heredero sometida a condición resolutoria o a términos suspensivos y resolutorios. GARRIDO MELERO, “La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual”, *RCDI* 73 (1997), 467.

42. “La necessitat de la institució, junt amb el concepte de la universalitat de la successió de l'hereu, son, podriem dirne, els conceptes bàsics de tota la estructura successòria romana; son els elements, quina existencia caracteriza dita successió, i quina cancelació de les legislacions innovadores de la de Roma, ha trencat tota l'harmonia reglamentació del sistema successori clàsic...” MARTÍ MIRALLES, *Principis del Dret successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herencia vitalícia*, (Barcelona 1925), 13.

43. *Iul., lib. 6 Digestorum.*

44. PUIG SALELLAS considera que el art. 1 no se refiere a la herencia en sentido de patrimonio relicto general por cuanto que no lo contempla desde el punto de vista del causante, sino del heredero. Por ello en el supuesto de que la herencia contuviera legados, tal herencia no sería exactamente la totalidad del patrimonio, sino además del pasivo la parte del activo exclusivamente atribuida a título universal, esto es descontados los legados. PUIG SALELLAS, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO y otros, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991 de 30 de Diciembre)*, (Barcelona 1994), 12.

45. El concepto de cargas hereditarias lo recoge el art. 34 CSCAT considerando como tales entre otros, los gastos de la última enfermedad, de entierro o incineración, funeral del causante y demás servicios funerarios cosa que parece transportarnos en el tiempo a la Ley de las XII tablas.

I.2.- EL PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE HEREDERO EN LA SUCESIÓN⁴⁶.

En el Art. 3 CSCAT al imponer que: “La sucesión intestada solo puede tener lugar en defecto de heredero instituido...”, no hace sino consagrar el principio romanista de la necesidad de la institución de heredero tantas veces citado⁴⁷. Esta necesidad de la institución de heredero es tan esencial al derecho catalán⁴⁸ que se esfuerza la necesidad de la institución al declarar nulos los testamentos que no contengan institución de heredero⁴⁹ (art. 125 CSCAT) o en el art. 136 CSCAT: “El testamento deberá de contener necesariamente institución de heredero, excepto el otorgado por persona sujeta al Derecho de Tortosa”, siendo inclusive causa para la apertura de la sucesión intestada no solo si se fallece sin dejar heredero testamentario, sino cuando el llamado no llegara a serlo en el art. 322 CSCAT.

I.3.- EL PRINCIPIO DE INCOMPATIBILIDAD DE TÍTULOS SUCESORIOS

El art. 3 CSCAT añade: “La sucesión intestada solo puede tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con el heredamiento y con la sucesión testada universal”.

Casi parece innecesario citar el brocardo *nemo por parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, o la cita de Dig. 50.17.7:

Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus.

Es decir que nuestro derecho no permite que haya fallecido uno mismo testado e intestado, dada la pugna entre estos dos conceptos, testado e intestado. Lo interesante es que este principio se eleva a regla general no tanto por la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada sino por la equiparación e identidad entre sucesión testada e institución de heredero⁵⁰, lo que también funciona en sentido inverso ya que “La sucesión intestada se abre cuando fallece una persona sin dejar heredero testamentario” según el art. 322 CSCAT. Con lo cual la conexión entre estos dos grandes principios jurídicos romanos parece conseguida.

I.4.- EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL TITULO VOLUNTARIO.

Si hacemos exclusión de la institución del heredamiento, ya que la misma como institución contractual de heredero sería ajena al sistema romano de Sucesión⁵¹ y su característica de

46. “Les discussions més aferrissades i més fondes entre els juristes de les diverses èpoques i nacions, en materia testamentària no han fet més que girar el voltant d’aquestes dos grans problemes: ¿hi ha d’haver institució d’hereu?, ¿el hereu o hereus han d’esser o no els successoris universals del difunt?...”. MARTI I MIRALLES, *Principi del dret successori...*, op. cit. p. 14.

47. Inst. 2.23.2 pr; Inst. 2.20.34 pr.

48. Tiene incluso un particularidad como es la institución de heredamiento o institución contractual de heredero (art. 67 CSCAT).

49 Sin embargo no se explica cómo el art. 127 CSCAT establece que “La nulidad de un testamento implicará la de todos los codicilos y memorias testamentarias otorgadas por el testador *salvo que sean compatibles con un testamento anterior que deba de subsistir por nulidad del posterior*”.

Y apenas sin rubor añade en el párrafo segundo: “La nulidad de una institución, de un legado o de cualquier otra disposición testamentaria no determinará la nulidad total del testamento...”. En realidad una vez admitida la existencia del codicilo como disposición *mortis causa* no era posible otra solución porque si se produjera la nulidad de la institución de heredero y existiendo los herederos abintestato, los legatarios y los demás favorecidos que no fueran afectados por la causa de nulidad, según PUIG SALELLAS deberán de recibir las liberalidades que les correspondan precisamente de los herederos abintestato (PUIG SALELLAS, *Comentarios al Código de ...*, op. cit., 20).

No obstante una explicación no es sino una posible interpretación, que por lo demás no aclara la patente contradicción entre la necesidad de la institución de heredero y esta pretendida nulidad parcial.

50. Cf. el art. 136 CSCAT.

51. Aparte que según la compilación “Sólo podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales o mediante poder especial” (art. 67 CSCAT).

irrevocabilidad lo haría totalmente incompatible con la sucesión universal⁵², el llamamiento voluntario es preferente a los llamamientos legales, según resulta de los art. 3 y 322 CSCAT.

Esta prevalencia del llamamiento voluntario tiene aplicación en materia de repudiación ya que el Art. 27 CSCAT considera que el que repudia la herencia intestada con conocimiento de que ha sido instituido heredero, se entenderá que ha repudiado la testada, pero no a la inversa en tanto que la repudiación de la herencia testamentaria no lleva aparejada la intestada la cual todavía podría aceptarla⁵³.

I.5.- EL PRINCIPIO DE PERDURABILIDAD DEL TÍTULO SUCESORIO.

Sobre la base de la regla romanista *semel heres semper heres*⁵⁴, el art. 26 CSCAT establece que: “La aceptación y la repudiación⁵⁵ de la herencia hechas válidamente son irrevocables, con lo cual se establece el principio de permanencia del carácter de heredero sea testamentario o abintestato. Esta perdurabilidad tiene confirmación en el art. 154 CSCAT según el cual: “El que es heredero lo es siempre y en consecuencia se tendrán por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los plazos suspensivos y resolutorio”.

No obstante se admite la institución de heredero o legatario bajo condición si ésta lo es suspensiva (art. 154, 2; 155 CSCAT).

II.- CONCLUSIONES

Solo restar indicar a modo de conclusión, que si bien éstos últimos principios se pondrían considerar como derivados de los tres grandes principios primeros, con las palabras de la propia ley catalana:

“... Estos principios arraigados en la tradición, y hoy vivos en la aplicación del derecho de Cataluña, se mantienen íntegramente, dada la inexistencia de suficientes justificaciones de orden jurídico, social o práctico que hagan aconsejable su modificación aunque sea parcial”.

52. A su vez hay una excepción: Los heredamientos preventivos en favor de los hijos de los contrayentes los cuales son revocables a igual que la institución de heredero (Art. 71 CSCAT).

53. “La delación testamentaria debe de ser previa y por tanto la repuesta a la misma debe ser la primera, y la que determine que se abra o no la legal. Si el delado acepta la institución testamentaria no le será ofrecida la legal, pues no llegará a enervarse; de modo que el que acepte esta última será porque primero repudió aquella (y por tanto no llegó a adquirirla). Así, en ningún caso habrá sucesión *pro parte testatus, pro parte intestatus* sino exclusivamente por uno de los dos títulos sucesorios”. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO y otros, *Comentarios al Código de Sucesiones...* op. cit., 92.

54. El principio romanista *semel heres semper heres* que proclama que quien es heredero lo es siempre tiene una aplicación muy directa en el CSCAT donde se contempla en los art. 25, 2676 y sobre todo en el Art. 154 CSCAT que proclama que, “el que es heredero lo es siempre y en consecuencia se tendrán por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio”. GARRIDO MELERO, “La agonía del testamento...” op. cit., 467, n. 8.

55. Cosa distinta sería la indignidad sucesoria, la cual como dice el prof. TORRENT “Al tratar de la indignidad para suceder el CSCAT ya no se remite al CC. como ocurría con el anterior art. 205 de la Compilación en relación con el art. 109, 1º y art. 242, 1º donde no se tenía en cuenta la institución de heredero o de usufructuario o de albacea universal, en tanto que se remitía al CC. en materia de indignidad”. TORRENT, “El Derecho Romano como instrumento para la crítica del derecho positivo”, *Homenaje Vallet de Goytisolo*, 6 (Madrid 1988), 762.