REFLEXIONES EN TORNO A LA INSTITUCIÓN DEL HEREDERO EN LOS FURS DE VALENCIA Y EN LA COSTUM DE TORTOSA

Juan Alfredo Obarrio Moreno
Universidad de Valencia

I.- PLANTEAMIENTO

El presente estudio no pretende incidir en la vieja polémica iniciada por la historiografía jurídica acerca del origen, primacía e influencia entre los Furs y la Costum[1], sino colaborar en la tarea de profundización en torno a las fuentes que dieron origen a ambos textos bajo-medievales[2], así como en el estudio de los comentarios vertidos por la doctrina valenciana, catalana y, en menor medida, la castellana, la cual viene a colmar y esclarecer las muchas lagunas legales que la regulación de los textos nos ofrece.

Para ello el tema escogido es la institución del heredero, más concretamente el estudio de cómo el testamento clásico romano con la recepción del **ius commune** pierde su posición dominante como consecuencia, entre otros factores, de la validez del testamento sin institución de heredero, de la consolidación del heredero **ex certa re,** o del retroceso de la norma **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest.**

En cuanto a las fuentes legales se ha trabajado con las siguientes ediciones: para el estudio de Las Costum de Tortosa sigo la ya clásica obra de Bienvenido Oliver, Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia; en relación al Derecho foral valenciano, manejo la edición latina de Dualde Serrano[3] para los furs de Jaime I, y para las adiciones posteriores, la edición de Juan Francisco Pastor, de 1647-48[4], y la más reciente de Germá Colón y Arcadi García[5]. Este repertorio legal se completa con la síntesis que elaboró Pere Hieroni Tarazona en 1580[6], con el índice de Nofre Berthomeu Ginart, de 1608[7], así como con la edición del Corpus Iuris Canonici de Friedberg[8].

---

1. En torno a esta polémica, iniciada por B. OLIVER, *Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia* 1 (Madrid 1876) 306-338, A.GARCÍA SANZ 'Un privilegi valencià dinss el text de la Costum de Tortosa', en *Estudios en recuerdo de la Profesora Romeu Alfaro* I (Valencia 1989) 415, afirma que ésta se ha quedado en 'una simple polèmica de precèdencia, mes o menys localista, semblant a les moltes picabaralles erudites d'aquesta mena, en les que tantes vegades s'engrescaren estèrilment els il.lustras del segles XVIII i XIX'.

2. Un cotejo genérico de las fuentes de ambos textos lo hallamos en A. IGLESIA FERREIRÓS, 'Las Costums de Tortosa y los Fori/Furs de Valencia', en *Costums de Tortosa, Estudis* U.N.E.D. (1979) 121-286, para quien únicamente se podrá dar una respuesta definitiva al análisis y origen de las fuentes cuando se alcance un estudio pormenorizado de cada título y de cada capítulo.

3. M. DUALDE SERRANO, *Fori Antiqui Valentiae* (Madrid-Valencia 1950-1967).(F.A.V. en adelante).

4. J.F. PASTOR, *Fori Regni Valentiae* (Valencia 1547-1548; reedic. anast. Valencia 1990). (F.R.V, en adelante).

5. G. COLON i A.GARCÍA, *Furs de València* (Barcelona 1980).

6. P.H. TARAZONA, *Institucions dels furs i privilegis del Regne de València* (Valencia 1580, reedic. anast. Valencia 1984).

7. N.B. GINART, *Repertori general y breu sumari per orde alphabètich de totes les matèries dels Furs de València* (Valencia 1608, reedic. anast. Valencia 1990).

8. A. FRIEDBERG, *Corpus Iuris Canonici* 1 (Lipsiae 1881).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

Por último, y en relación al estudio de la doctrina valenciana, recojo el excelente acopio doctrinal que el profesor Marzal plasma en su tesis doctoral "El derecho de sucesiones en la Valencia Foral y su tránsito a la nueva planta"[9], tesis que, a mi juicio, constituye el estudio más riguroso que sobre los Furs se ha realizado hasta la fecha.

II.- LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

La figura de la institución del heredero, tanto en los Furs como en las Costums, ofrece al estudioso del Derecho la posibilidad de comprender en toda su extensión las múltiples variantes que el fenómeno de recepción de **ius commune** supuso en los distintos ordenamientos bajo-medievales, esto es, permite comprobar el proceso de asimilación del Derecho romano y de su adaptación a través del influjo del Derecho canónico y estatuario a las necesidades de una nueva época, la Edad Media[10].

La institución del heredero, siguiendo los preceptos del Derecho romano[11], se configura en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del medievo[12] como un elemento consustancial al testamento ***-testamentum est quaedam solemnis ordinatio sive voluntas, cum institutione heredis***[13] **-**, el cual adquiría, en palabras de Lauterbach[14], el **ius hereditarium** como **ius in universate rerum sive haereditate a defuncto relictum, quod illa universitas nostra est.**

A esta concepción no serán ajenos ni las Costum ni los Furs. En ambos, se contemplaba inicialmente la institución del heredero como la única forma de sucesión a título universal[15]. En este sentido, y siguiendo a Arcadi García[16], cabría afirmar que ambos ordenamientos contenían dos tipos de sucesión: la sucesión a título universal, cuyo sucesor era el heredero, y la sucesión a título singular o particular, en cuyo caso los sucesores eran los legatarios o los donatarios mortis causa **-Rersus testamentarius, alter est universalis, qui succedit in totum ius defuncti, et hic dictur propie haeres, alter patircularis, qui solum in certa re instituitur, et hic dicitur proprie legatarius**[17] **-.**

---

9. P. MARZAL RODRIGUEZ, *El Derecho de Sucesiones en Valencia y su tránsito a la Nueva Planta* (Valencia 1998).

10. E. BUSSI, *La formazione del dogmi di diritto privato nel diritto commune 2* (Padova 1971) 114-118 y 167-173.

11. En torno a la regla **heredis institutio caput atque fundamentum totius testamenti,** G. VISMARA, 'Appunti intorno alla heredis instituto' en *Scritti di Storia Giuridica* 6, *Le Sucessioni Ereditarie* (Milán 1998) 39 ss.; Cf. 'Heredem istituere nelle fonti medievali'en *Scritti di Storia Giuridica 6 Le Sucessioni Ereditarie* (Milán 1988) 147 ss.

12. En este sentido, en PARTIDAS 3.6, se afirma: **Fundamento è raiz de todos los testamentos, de cual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos.** Ed. *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados* (Madrid 1848). A su vez, Gregorio López en su glosa a PARTIDAS 6.1.1; y a PARTIDAS 6.3 tras afirmar que la institución del heredero **es lo principal y el principio del testamento**, recoge la opinión de Baldo en el sentido de que **'interesa al honor y a la conservación de la fama del difunto el que éste tenga heredero'.**

13. Esta famosa definición de Azo fue seguida por la mayoría de los glosadores **Iustia sententia** afirmaba Ostiense **voluntatis nostrae de eo quod post mortem nostram haeredem instituendo fieri volumus** y definida por Bártolo como **perfectissima**. Recogemos la cita en E. BUSSI, 'Evoluzione storica del testamento come disposizione di volontà', en *Studi Besta*, 1 (Milán 1937) 416 ss; G. CHEVRIER, 'L'èvolucion de la notion de testament à travers les définitions des premiers romanistes médiévaux' en *Studi in onore Edoardo Volterra* (Milán 1971) 69 y 71.

14. H.COING, *Derecho privado europeo. Derecho Común más antiguo (1500-1800)* 1 (Madrid 1996) 707.

15. F.A.V. rub. 58, **De heredibus instituendis** C.T. 6.5 **En qual manera sien fets hereus.**

16. A. GARCÍA Y SANZ, *Institucions de Dret civil valenciá* (Valencia 1996) 153 y 178.

17. J.G. TRULLENCH, *Opus morale, sive in decem decalogi, et quinque eccles. praecepti, absolutissima et resolutoria expositio, ex optimorum novissimorumque doctorum probatissima doctrina depromta* (Valencia 1640) fol. 149.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

Con todo, esta identificación inicial entre los conceptos **testamentum** y **heredis institutio,** que permite concluir que **sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet**[18], decae, y con él uno de los principios vertebradores de Derecho romano clásico, al aceptar, como ya se diera en el Derecho postclásico[19], la validez del testamento sin institución de heredero[20].

Validez que se desprende de los siguientes preceptos:

C.T. 6, 4, 2: **Encara si en son testament departira sos bens, pot o fer e departir que no y fara en y establira hereu ni hereus, si no's vol , et val aquel testament e es ferm et estable per tots temps, que no's pot rompre ni revocar; per ço, car es costuma que testament sens establiment o institucio d'ereu, que val y es ferm, sens cotrast y embarc de nuyla persona.**

F.A.V. 56, 13: **Valeat testamentum vel quelibet alia ultima voluntas, licet testator nullum sibi heredem instituerit, ita tamen, quod legatarii sive illi, qui singulares res ex testamento habuerint, solvant debita hereditaria secundum quod de eisdem bonis habuerint, nisi forte testator uni vel pluribus imposuerithonus sua debita exsolvendi**[21]**.**

Ésta, viene refrendada por Gregorio Tarraza[22], jurista valenciano del siglo XVII, para quien es admisible el testamento sin institución de heredero aún contraviniendo los preceptos del **ius commune,** pudiendo, a su vez, el testador disponer de sus bienes por medio de legados: **Testamentum sine haeredis institutione licet de iure communi non valeat, tamen iuxta foros huius Regni tenet, et est validum, quia per foros potest testator disponere de bonis suis per legata nullo instituto haerede. Institutio haeredis caput et fundamentum est totius testamenti sine qua illud inutile est qualicumque; tamtem sit. Et hoc de iure communi, secundum autem foros huius Regni Valentiae utile est, et valet sine institutione haeredis, quia unusquisque postest testari et disponere per legata.**

Admitida dicha validez, de la normativa expuesta se desprende una serie de problemas jurídicos no todos ellos resueltos en su integridad en ambos ordenamientos. Así, cabría plantearse la naturaleza jurídica del testamento sin institución de heredero, la probable incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada, de acuerdo a la regla **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest,** así como la posibilidad de declarar la nulidad del testamento sin institución de heredero por vicio de preterición.

En torno a la primera cuestión, la naturaleza jurídica del testamento sin institución de heredero, se ha planteado por parte de la doctrina la asimilación entre éste y el codicilo, al entender, como ya lo hiciera Bienvenido Oliver[23] en relación a las Costums de Tortosa, que siendo posible regular la

---

18. Dig. 28.6.1.3.

19. En torno a la evolución de la institución del heredero cabe citar, entre otros, los estudios de G. SALVIOLI, *Storia del Diritto Italiano* (Milano-Napoli-Roma 1921) 546-47. G. VISMARA, *Heredem istituere* ... 147 ss., A. D' Ors, *El "testamento porcelli" y su interés para la historia jurídica* R.I.D.A, 2 (1955) 220 ss., B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación* (Barcelona 1960) 240 ss. F. SAMPER POLO, 'La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar', A.H.D.E. 38 (1968) 112-122. M.Mª. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico* (Granada 1975) 41-44.

20. La concepción de que el testamento debía contener la institución del heredero como elemento esencial del mismo fue rechazada en una célebre constitución del Papa Inocencio III, en X. 3.26.13 al afirmar: **Quum tibi de benignitate (Et infra): In secunda vero quaestione decimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videtur decedere intestatus**. Canon que era, como afirma su Glosa, frecuentemente alegado tanto por canonistas como por civilistas: **Et adverte quod iste tex. est multum allegabilis et frequentatur tam per canonistas quam legistas ... et tene menti, quia quotidianus**. De la importancia de este canon se hace eco E. BUSSI, **La formazione dei dogmi** 171.

21. F.R.V. 6.4.26.

22. G. TARRAZA, *Compendium , sive epithome theoricae artis notariae, in quo de illa, et de tribus ipsius principalibus partibus, scilet, de contractibus, ultimis voluntatibus, et iudicis, brevissime agitur* (Valencia 1636) fol. 151 y 159.

23. B. OLIVER, *Historia del Derecho* 3, 53.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

sucesión sin la presencia formal del **heres** y al suprimirse las formalidades propias del codicilo romano, éste experimenta una asimilación lógica con aquél, llegándose a permitir la inclusión de la institución del heredero en codicilo.

Esta asimilación entre ambas instituciones, a diferencia de otros ordenamientos coetáneos[24], sí cabe apreciarla, aunque de forma desigual, en los Furs y en la Costum.

En relación al Derecho foral valenciano, ésta ha de entenderse como plena por alcanzar una equiparación tanto en el ámbito formal y material como en el legal entre ambas instituciones[25]. Formalmente porque los Furs equiparan el codicilo al testamento al exigirle los mismos requisitos, tanto en el codicilo ante notario **-En codicill o en altra qualsevol derrera volentat haja nombre de tres testimonis mascles, axí com en testtament-**[26] como en el codicilo nuncupativo **-codicilli nuncupativi, debent fieri eodem modo quo testamentum-**[27]. Materialmente se asemejan al permitirse que la institución de heredero pudiera efectuarse en codicilo **-Totes aquelles personas les quals poden fer testament o altra darrera voluntat puxen donar o lexar tots los lurs bèns en tot o en partida en son testament, codicil, o altra derrera voluntat ...-**[28]. En cuanto a la equiparación legal, a ésta se llega al facilitirse la revocación de la institución de heredero contenida en un testamento anterior por medio de codicilo -**Heretat o institució de hereu directament o per fideicomimís puixa ésser leixada, feta o donada, tolta o revocada per codicil o per altra darrera voluntat, axí be com per testament**[29]**-.**

Esta asimilación legal a la que claramente se llega en el Derecho valenciano no puede, ni directa ni indirectamente, predicarse de las Costums de Tortosa al no desprenderse del conjunto de sus preceptos la posibilidad de que **in codicillo legitima heredis institutio teneatur**, tal y como se afirmaba en la interpretatio a C. Th. 4,4,1, ni al facilitarse la revocación de la figura del **heres** por medio de la institución del codicilo.

Con todo, entendemos que aunque no se llegue a una asimilación legal entre testamento y codicilo tal y como aparece recogida en los Furs, no por ello se ha de negar, como sostiene Roca Trias, la posibilidad de un acercamiento legislativo entre ambas instituciones. Esta tendencia, como afirmara Vismara[30], de considerar el testamento y el codicilo como una misma especie dentro de una única categoría, la de las **ultimae voluntates**, arranca en el 326, con la C. Th. 4, 4, 1 en la que se propicia la asignación de un mismo número de testigos, se acentúa con la mencionada interpretatio, texto que marca, en palabras de Pérez de Benavides[31], "la última etapa del proceso de confusión entre codicilo y testamento", al admitirse en aquél la institución del heredero, y culmina en el medievo, periodo en que llega a ser definido el codicilo indistintamente como manifestación de última voluntad -**voluntas scripta et extrema omnium testatoris voluntatum**- o como testamento imperfecto-**"Codicillus est imperfecti testamenti suppletio, iuxta sententiam illius qui testamentum facit**[32]**-**

Las Costums, a nuestro juicio, se adentran en este proceso evolutivo a través , como ya apuntara Vismara, de dos caracteres relevantes como son el hecho de que ambas instituciones tengan idén-

---

24. La prohibición de contener institución de heredero en codicilo se halla claramente recogida en el Derecho de Castilla. Así en PARTIDAS 6.12.2 se lee: 'En los codicilos no pueden ser establecidos herederos derechamente'. A su vez, Gregorio López al glosar esta ley afirma: **Haereditas in codicillis non potest dari.**

25. En este sentido, P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El Derecho de sucesiones* 117.

26. F. R. V. 6.4.10.

27. N. BAS Y GALCERÁN, *Theatrum iurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifice accomodatae* (Valencia 1690) 5, 62, fol. 95.

28. F.R.V. 6.4.51.

29. *Furs, capítols, provisions, e actes de cort, fets y atorgats per la S.C.R.M. del Rey don Phelip: en les Corts generals per aquell celebrades als regnícols de la ciutat y regne de València, en la vila de Monço en lo any MDLXIII* (Valencia, J. Mey, 1565) Fuero de 1043 de Martín el Humano.

30. G. VISMARA, 'Codicillo' en *Scritti di Storia Giuridica* (Milán 1988) 442.

31. M.Mª. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico* 45.

32. G. VISMARA, *Codicillo* 439.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

ticos requisitos de solemnidad -**En tots testaments o codicils o altres derreres volentats, basten II testimonis, meyns del Escriva**[33]- así como que la **heredis institutio** haya perdido su carácter de solemnidad[34], elementos que a juicio de Samper Polo[35] permiten ya desde el siglo V confirmar la confusión entre testamento y codicilo, y que a su vez son retomados por el Derecho castellano para borrar la diferencia de fondo entre codicilo y testamento. Identificación que se recoge en la ley 1ª, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, la cual pasó a la ley 1ª, tít. IV, Lib.V de la Nueva Recopilación, y de ésta al tít. XVIII del Lib. X de la Novísima Recopilación: .... **y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento .....**

El segundo de los interrogantes planteados nos lleva a cuestionarnos si la pérdida de la solemnidad de la **heredis institutio** permite hablar de la ruptura con el viejo aforismo romano **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest**[36], y con él el principio de la universalidad de la sucesión del heredero, lo que facilitaría la coexistencia de dos títulos contradictorios de sucesión, la testada y la intestada en una misma persona[37].

Este principio, que aparece sólidamente recogido y amparado tanto en el Derecho castellano como en su doctrina[38], pervive en Las Costums, en su rúbrica **En qual manera sien feyt hereus**[39], al adoptar dos intituciones jurídica anexas al principio de la universalidad: el derecho de acrecer y la extensión a la universalidad de la herencia de la institución del heredero en cosa cierta y del heredero instituido en parte de la herencia cuando no se tiene coherederos[40], pero decae, como afirmara Bas, en los Furs de Valencia - **in Regno potest quilibet decere pro parte testatus et pro parte intestatus**[41]-

---

33. CTh. 6.4.1.

34. Contrario a este planteamiento, E. ROCA TRÍAS, 'El testamento de Tortosa sin institución de heredero. Configuración y consecuencias jurídicas del mismo en el Derecho Hstórico y en la compilación de Derecho Civil Catalán en *Costums de Tortosa, Estudis* (Tortosa 1979) 332-336.

35. F. SAMPER POLO, *La disposición* ... ob. cit. 119. En idéntico sentido se manifiesta A. D'Ors, *El testamentum* ... 227-228.

36. Inst. 2.14.5; Dig.29.1.6.; Dig.50.17.7.

37. J. MARTÍ I MIRALLES, *Principios del Derecho sucesorio aplicados a las fórmulas de usufructo viudal y de herencia vitalicia* (Madrid 1964) 22, señala como imposibilidad no sólo jurídica sino lógica la coexistencia de la sucesión testada e intestada en una sola persona.

38. A. GÓMEZ, *Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii* (Lugduni 1701) lib. 1, cap.III, nº 8, vers. "sed licet", 115: **si non acrescerent aliae partes haeredi instituto in re certa, vel in quota repraesentaretur defunctus tantum pro parte et non in totum quod esset monstruossum, et impossibile: quia fictio imitatur naturam: et id quod est impossibile per naturam, est impossibile per fictionem ... unde sicut naturaliter non potest esse homo vivus pro parte, et pro parte non: ita per fictionem legis non potest post mortem repraesentari pro parte.**

39. CTh. 6.5.2 : **Quan algu estableyx hereu en son testament en certa cosa, ço es a saber, en unes coses, o en un camp, o en altra cosa certa, o quantitat de peccunia, e d'altres bens mencio no faça o altre hereu no y establesca, o fara mencio d'alguna partida del bens, no de tots, es entes que aquel en aquela certa cosa estableyx hereu, es e deu esser hereu de tots los bens seus que romanen, que no aura partits ni assignats ni feyta mencio; y C.Th.6.5.3.: Si dos hereus o pus son establits en un testament, e la un mor ans que prenga la heretat, o la heretat no pot o no deu pendre, o no la vol pendre; la part que a eyl devia pertanyer, es de sos cohereus ...**

40. J. MARTÍ I MIRALLES, *Principios del Derecho* ... 118 ss.. Planteamiento que es seguido por F. SOTO NIETO, 'Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Catalunya. Conveniencia de su revisión' en *La reforma de la compilació: el sistema successori, III Jornades de Deret català a Tossa* (Tossa de Mar 1984) 249-256.

41. N. BAS Y GARCELÁN, *Theatrum iurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifice accomodatae* (Valencia 1690) fol. 131; en fol. 132 afirma **Tamen in Regno, ubi testator iure militari potest reperiri simul causa testati et intestati, quia milites de iure poterant decedere pro parte testati et pro parte intestati.**

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

al asignar a los herederos **ab intestato** el remanente del caudal hereditario que el testador, en caso de no haber instituido heredero, no había dispuesto entre los legatarios[42].

Esta disposición, sancionada por el rey Martí en las Cortes de Valencia de 1403, y calificada en la anotación tradicional al propio fur de **venit contra legem**, no sólo contraviene el viejo aforismo romano sino que, a su vez, contradice un precepto anterior de Jaime I, en el que se recoge el principio opuesto, esto es, el que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado[43]. Esta contradicción legal llevó a la doctrina a plantearse, como advierte Marzal[44], el problema de la institución del heredero **ex re certa** sin distribución del resto del patrimonio por parte del testador, lo que originaba la duda de a quién pertenecía el residuo, si al heredero instituido o a los parientes **ab intestato**. Ésta armonizó ambos furs, reduciendo la compatibilidad de la sucesión testada y la intestada a los supuestos en que no hubiera institución de heredero. Si tal institución se diese, y éste fuera **ex re certa,** el remanente le pertenecía por derecho de acrecer. En caso contrario, si el causante dispone únicamente de su patrimonio a través de legados, los bienes no asignados se atribuirían, como sostiene Crespí, a los parientes **ab intestato - Testatus et intestatus potest quis iure nostro decere, si non instituat haeredem, sed legata relinquat, instituto autem haerede, etiamsi in una re sola, sit universalis haeres[45].**

Esta solución doctrinal es, a su vez, congruente con el contenido de los furs 6, 4, 26 y 27, en los que, tras declarar la innecesariedad de la institución del heredero para la validez del testamento y resolver que sean los legatarios del testador los responsables de las obligaciones del causante en proporción a los bienes recibidos, a no ser que éste hubiera ordenado a uno de ellos el pago de las mismas, se permite al testador que distribuya toda su herencia a través de legados **-utile es -** afirma Tarraza -**et valet sine institutione haeredis, quia unusquisque potest testari et disponere per legata[46]-**, aunque, se matiza, que si el causante olvidara designar alguno de sus bienes entre los legatarios éstos serían atribuidos a los herederos **ab intestato -... declaram e statuïm que si en aquell cas lo testador no haurà distribuïts en lexes tots son bèns, que residuu solament, pertainga als vivents ab intestat ...**[47], solución que permite afirmar la coexistencia entre ambas sucesiones, y con ella contravenir los principios sancionados tanto en la Instituta (I. 2, 14&5) como en el Digesto (D. 29, 1, 19p), principios que hacen referencia a la regla **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest[48]**.

La última de las cuestiones planteadas aborda la posibilidad de la nulidad del testamento sin institución de heredero por vicio de preterición. Esta invalidez testamentaria, de amplia tradición en

---

42. F.R.V. 6.4.27. : **... declaram y statuïm que si en aquell cas lo testador no haurà distribuïts en lexes tots sos bèns, quel residiuu solament pertanga als vivents ab intestat, ...**

43. F.A.V. 58.3.: **Si quis haben plures possessiones heredem instituat;" instituo talem mihi heredem in fundo tali vel possessione tali", et nichil dicat de aliis fundis et possessionibus, heres institutus in uno fundo vel in una possessione, non solum institutus est heres in fundo vel poss(ess)ione a testatore expresso vel expressa, sed in omnibus bonis que testator tempore mortis habuerit, en defunctus videatur decessisse testatus in fundo uno vel in possessione et in rebus aliis intestatus.**

44. P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El Derecho de sucesiones* 209.

45. C. CRESPÍ, *Observationes illustratae decisionibus Sacrii Supremi Regnii Aragonum Consilii* (Lyon 1730) 36,6, fol. 312.

46. G. TARRAZA, *Compendium* 84, fol. 159.

47. F.V. 6.4.27.

48. Las Costums de Tortosa - C.T. 6. 9.18. - recogen la posibilidad de que el causante, cuando no haya instituido heredero, distribuya toda la herencia en legados, pero únicamente a los efectos de trasladar las cargas hereditarias entre los legatarios y de evitar, al impedirse la apertura de la sucesión intestada, la detracción de la cuarta falcidia al heredero no querido por el testador. En consecuencia, y a diferencia del criterio seguido en los Furs, se sigue manteniendo el principio de la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada, ya que al distribuirse toda la herencia en legados se impide tanto la apertura de la sucesión a título universal, dado que no hay heredero testamentario, como a la sucesión intestada. En este sentido, E. ROCA TRÍAS, *El testamento de Tortosa* , 338-341.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

el Derecho castellano hasta la aparición de la ley 1ª del título XIX del Ordenamiento de Alcalá[49], no puede predicarse ni en el Derecho foral valenciano ni en el de Tortosa. La razón estriba en que tanto en los Furs como en las Costums, a diferencia de Castilla en donde la inviolabilidad de la legítima fue estrictamente respetada, ésta y otras figuras jurídicas como la desheredación, la prohibición de gravar la legítima o la acción de suplemento de la legítima, o bien no se reconocieron o, como apunta Marzal[50], se convirtieron en normas dispositivas sujetas a la voluntad del testador.

Esta libertad de testar, advertida ya en la validez del testamento sin institución de heredero y de la que se hace eco Gregorio Tarraza[51], se concreta explícitamente en el fur 6, 4, 51, sancionado por Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Valencia de 1403, al otorgar la libertad absoluta al testador de disponer **mortis causa** de todos sus bienes sin necesidad de conceder la legítima a sus herederos forzosos y sin necesidad de alegar causa alguna, con lo que se vació de contenido la institución de la desheredación: **Totes aquelles persones, les quals poden fer testament, o altra darrera voluntad, puxen donar o lexar lurs bèns en tot, o en partida en son testament, codicil, o altra darrera voluntat a fills, filles, o altres persones, parents o stranys, sens contrast o embarch de qualsevol altra persona, axí que no sien tengudes de donar, o lexar lurs bèns a fills, o a filles, sin hauran , si fer nou volran, o alcuna altra part de lurs bèns ....** Fur que permitió a Bas afirmar que en el mencionado reinado los hijos podían ser desheredados sin alegar causa alguna -**... in Rengo possunt parentes absque causa ulla filios exhaeredare, aut filias[52].**

Esta privación de la legítima mediante desheredación sin causa fue atenuada por la promulgación de un fuero de Martín el Humano en las Cortes de 1403. En éste se establecía que el causante debía, en todo caso, mencionar a los herederos forzosos en su testamento, bien para instituirlos herederos, bien para desheredarlos, pudiendo éstos impugnar el testamento por preterición cuando se haya instituido heredero a un extraño. De este modo, el heredoro forzoso omitido en el testamento podía reclamar su legítima, pero no podía, como declara el fur 6,3, 8[53], romper el testamento, ya que ,como afirmara Crespí, **Si in testamento sit filius institutus, non annullatur ex aliorum praeteritione, sed ius ad legitimam conservatur[54]**.

En relación a las Costums de Tortosa, aunque los efectos de la preterición no aparecen claramente precisados, entendemos que cabe aplicar los mismos criterios esgrimidos en relación a los Furs, esto es, validez del testamento sin institución del heredero y la consagración de la libertad testamentaria, libertad que, en palabras de Oliver, "se halla consignada en términos absolutos" en la Cost. XI, Rúb. **De ordenacio de testaments,** al afirmase taxativamente que toda persona puede ordenar su última voluntad y disponer de sus bienes libremente, ya lo haga en favor de sus hijos o de extraños, por escrito o por palabra, siempre que no perjudique al derecho de un tercero. Libertad

---

49. Así en PARTIDAS 6.7.10. se lee: **Preteritio en latin, tanto quiere dezir en romance, como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo el testador mención en el testamento, de los que avían de heredar lo suyo por derecho. E esso sería, como si el padre estableciesse algund estraño o otro su pariente por su heredero, non faziendo enmiente de su fijo, heredándolo, nin desheredándolo. Pero el testamento que fuesse fecho en esta manera, no valdría.** De lo expuesto, se deduce claramente que el testador tiene la obligación de instituir o desheredar a sus herederos forzosos, siendo, en caso contrario, objeto de preterición el heredero, preterición que es sancionada con la nulidad testamentaria.

50. P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El Derecho de sucesiones*, 273.

51. G. TARRAZA, *Compendium*", fol. 151: **"Quilibet potest de bonis suis disponere, et haeredem sibi instituere extraneum, omissis filiis, ascendentibusque et descendentibus, auferendo illis legitimam, dummodo de illis mentio fiat et aliquid ipsis relinquatur pro parte et legitima, et pro ommni alio et quocumque iuris illis in bonis ipsius testatoris quomodoque, et qualitercumque competente, iuxta foros hius Regni Valentiae.**

52. N. BAS Y GARCELÁN, *Theatrum iurisprudentiae*, fol 132.

53. F.R.V. 6.3.8.: **Pari etiam ratione, occasione praeteritionis filiorum vel filiarum natorum vel nasciturorum, dum filii aut filiae aut alius descendens vel ascendens haeredes fuerint instituti; non censeatur testamentum seu ultima voluntas irritum sive nullum.**

54. P. CRESPÍ, *Observationes*, fol. 46.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

testamentaria que a su vez se recoge en los preceptos que regulan la preterición testamentaria. En éstos se permite al padre la libertad de dejar la legítima **en alguna cosa certa e triada, ab que complidament la'ls do o la'ls leys, en diners o en altra pecunia, o en una cosa certa o determenada o en dues o en pus, ab que basten a la legitima**[55]; libertad que no tiene otra finalidad que la de negar al hijo el derecho a exigir por legítima una cuota de la herencia **que no pot dir lo fill o la filla: no vul ço que mon pare m'a lexat o donat, mas vul la auer per tot, e de cascuna cosa vul una parte poca o gran, axi com me pertanya.**

Por todo ello entendemos que el heredero forzoso, que ha sido omitido en el testamento, podía, al igual que sucediera en los Furs, reclamar su legítima, pero su preterición no alcanzaba a declarar **iritum** al testamento, nulidad que no se afirma en Las Costums ni se desprende del conjunto de sus rúbricas.

Por último, el principio de la universalidad del título de heredero no sólo se cuestionó desde principios del siglo IV con la validez del testamento sin institución de heredero, sino que a ello contribuyó, como ya se ha apuntado en páginas anteriores, la institución de heredero **ex re certa,** es decir, el llamado no en una cuota sino a cosas concretas o complejos patrimoniales[56].

Esta institución, de cuya naturaleza jurídica afirmó Bartolo que era un **tertia species**[57] entre el heredero y el legatario, fue recepcionada por el Derecho del medievo[58] como una clase de sucesión testamentaria con naturaleza propia - **est natura istius heredis singularis**-, si bien ésta participa de la de los herederos testamentarios y de la de los legatarios -**partim habet de natura institutionibus universali, et partim de natura legati-.**

Esta condición entre heredero y legatario que se le atribuye al heredero **ex re certa** es asumida tanto por los Furs y las Costums como por la opinión mayoritaria de la doctrina. Así, en ambos ordenamientos se afirma que siempre que no exista otro heredero a título universal adquiere la herencia en cualidad de heredero -**Establech e faç a mi aytal hereu en aytal camp o en aytal possessió", e neguna cosa no dirà dels altres camps ni de les altres possessions, aquel qui serà feit, e establit hereu en I camp o en una possessiò, no tan solament ès estableit e feit hereu en aquel camp o en aquella possessiò quel testador li haurà lexada senyaladament e esspressament, mas encara serà hereu estableit e feit en tots los altres bèns ...**[59]**-**; pero, como señala León, si junto a él apareciese un heredero universal, se le concibiría como un mero legatario **-ex parte, inquit, scilicet, quota, secus si ex re certa, quia tunc loco legatarii habetur**[60].

---

55 CTh. 6.4.23.

56 B. BIONDI, *Sucesión testamentaria*, 232.

57 BARTOLO DE SASSOFERRATO, *In secundam Codicis Partem*, de. Venetiis, 1585, Lib. VI, Tít. De instit. et substitutionib., lex, XII, 2, p. 19 : **Quod heres institutus ex re certa, non est heres universalis, nec est una tertia species per se, quae vocatur heres ex re certa, quae partim capit de natura instituti universaliter, et partim de natura legatarii.**

58 PARTIDAS 3.14.

59 F.R.V.6.6.5; CTh. 6.5.2. Ambos preceptos siguen los principios marcados en C. 13.6.24; fr. 1 & 4.28.5.

60 F.G. LEÓN, *Decisiones Sacrae Regiae*, vol.1, fol. 188.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

III.- CONCLUSIONES

Como resultado del presente estudio, creemos poder emitir las siguientes conclusiones:

Primero.- El testamento romano clásico, esto es, con institución de heredero, perdió su posición dominante como consecuencia del influjo del Derecho canónico y estatuario, al concebirse éste como un testamento-legado, es decir, su fin no era tanto servir a la institución del heredero como el asigar algunos bienes a fines piadosos, las **piae causae.**

Segundo.- El retroceso de la institución testamentaria del heredero condujo, a su vez, a la pérdida de vigencia de las máximas que debían asegurar su primacía, más concretamente, al principio de la universalidad del heredero, al principio **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest** y a la equiparación legal entre testamento y codicilo.

Tercero.- Por último, el principio de la universalidad del heredero no solo se cuestionó con la pérdida de los **sollemni more** sino que a la misma contribuyó la consolidación del heredero **ex re certa** como heredero universal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704

https://doi.org/10.55104/FRDC_0704