

Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español.

La sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho aragonés

SUMARIO: I. *Introducción a la historia de los Fueros aragoneses: su expansión territorial.*—II. *Regulación de la sucesión mortis causa de los hijos extramatrimoniales en los Fueros aragoneses anteriores a la Compilación de Huesca de 1247:* A) Redacción primera del Fuero de Jaca. B) Compilación privada de *Derecho aragonés*. C) Fuero de Teruel —año 1177—. D) Fuero de Tudela. E) Redacción tardía del Fuero de Jaca.—III. *La Compilación de Fueros de Aragón de 1247. Sumaria nota de su época. Influencias en la Compilación. Preceptos en ella relativos a la sucesión de hijos extramatrimoniales. Otras disposiciones forales posteriores relativas a la sucesión de tales hijos.*—IV. *Significado institucional de la regulación de la sucesión mortis causa de los hijos extramatrimoniales a partir de la Compilación de Huesca de 1247 en la familia aragonesa.*—V. *Los siglos XIX y XX y el renacimiento de los estudios de Derecho aragonés:* A) Doctrina de FRANCO y GUILLÉN: *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841. B) Doctrina de DIESTE y JIMÉNEZ: *Diccionario de Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869. C) Año 1880: Real Decreto de 2 de febrero y Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza. D) FRANCO y LÓPEZ: *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Zaragoza, 1886. E) MARTON y GAVÍN: *Tratados de sucesiones intestadas*,..., Zaragoza, 1888. F) BARRACHINA: *Tratado de Derecho foral español*, Castellón, 1911. G) Síntesis final del antiguo Derecho de ISABAL: Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y observancias del Reino de Aragón, derogado por el vigente apéndice al Código Civil español, Zaragoza, 1926.—VI. *El Código Civil de 1888-1889 y Aragón. El proyecto de GIL BERGÉS —1904—. El Apéndice foral aragonés de 1925.*—VII. *Del Apéndice foral aragonés a la Compilación de 1967 de Derecho aragonés: el Título Preliminar del Código Civil, la Constitución Española de 1978 y la Ley 11/1981, de 3 de mayo, sobre la patria potestad, filiación y regímenes económicos matrimoniales.*—IX. *Consideraciones finales.*—X. *Apéndice: La sucesión mortis causa de los hijos extramatrimoniales en los fueros de Daroca y de Alfambra:* 1) Fuero de Daroca. 2) Fuero de Alfambra.

PARTE SEGUNDA

I. INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DE LOS FUEROS ARAGONESES.
SU EXPANSIÓN TERRITORIAL

Creo que es preferible reproducir en extenso la autorizada opinión de LALINDE ABADÍA (1) para poder desenmarañar el complejo proceso de formación de los Fueros primitivos de Aragón, anteriores a la Compilación de Huesca de 1247, de tanta importancia, para distinguir el «antes» y el «después» de dicha Compilación. Porque en la sucesión *mortis causa* de los hijos extramatrimoniales, el «antes» de 1247 es decisivo para demostrar que en este punto la Compilación innovó, por influencias «ultramontanas», esto es, romano canónicas, la regulación precedente, aniquilando cualquier derecho del hijo no matrimonial a la sucesión del padre.

(1) «Se concretan en el siglo XI dos focos jurídicos de expansión: el local o ciudadano de Jaca y el comarcal nobiliario de Sobrarbe. El primero comienza a plasmarse cuando Sancho Ramírez, en 1063, se propone elevar la villa real a la condición de ciudad mediante el otorgamiento de «bonos fueros» que ayuden a la repoblación y a la constitución de un núcleo urbano de importancia, y se desarrolla cuando Ramiro II le concede en 1134 el Derecho de Montpellier, lo que la hace entrar en el área de los fueros francos. El segundo no consiste en un texto concreto, sino en unos privilegios de los infanzones o nobles de la comarca de Sobrarbe... Paradójicamente, el Derecho local de Jaca se comarcaliza, mientras que el Derecho Comarcal de Sobrarbe se localiza. En cuanto al primero, cuando Alfonso II procede a confirmarlo en 1187, no lo considera el ordenamiento exclusivo de la ciudad, sino el de toda la tierra al otro lado de la sierra y hacia las montañas de Jaca, lo que significa atribuirle la condición de Derecho de «la montaña»... en oposición al Derecho de España, territorio hacia el Sur y de ocupación musulmana. Por el contrario, el Derecho de Sobrarbe sobrevive por su concesión a localidades como a ... Tudela en el siglo XII... El Derecho pirenaico traspasa la sierra de Guara y se extiende por la llanura, aunque no lo hace formalmente... Su introducción es obra de los colonos francos y experimenta la influencia mozárabe al producirse la reconquista de Zaragoza. Aquella descansa en el *liber iudiciorum*... Con los materiales suministrados por el Derecho montañés influido por el elemento mozárabe y los que suministra el orden territorial, constituido, fundamentalmente, por los iuditia del Rey, a finales del siglo XII y principios del siglo XIII se crea un Derecho comarcal por juristas anónimos, que recibe el nombre de «Fuero de Aragón», similarmente a lo que había sucedido con el «Fuero de Castilla». Se plasma en diversas redacciones, de procedencia popular, como la originaria de Borja, o de procedencia erudita, como la originaria de Huesca. En dichas redacciones se aprecia la sensibilidad con respecto a las reformas que la Iglesia establece en esa época dentro del Derecho penal y procesal.» *Introducción histórica al Derecho español*, Ediciones Ariel, Esplugues de Llobregat, 1970, págs. 142-143.

II. REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN LOS FUEROS ARAGONESES ANTERIORES A LA COMPILACIÓN DE HUESCA DE 1247

a) *Redacción primera del Fuero de Jaca* (2)

Se distingue en ella el tratamiento de los hijos «borts» de los hijos «nats en adulteri». Para los primeros se destina el párrafo 46 (3). Se desprende del texto que existe la concurrencia de hijos «borts» con hijos «de muyer a bendición», dándose por supuesto que la barragana ha sido la primera y la «muyer a bendición» la segunda. Si el padre deja en vida señalada alguna parte de su herencia a su hijo «bort», después de su muerte éste no puede reclamar cosa alguna, ni en muebles ni en heredades. Pero si el padre muere sin testamento o no deja parte al hijo «bort», éste

(2) El mismo autor —*Los fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1979, páginas 23-33, afirma que, con arreglo al fuero, la ciudad de Jaca aparece como un conjunto de caballeros, burgueses y mercaderes, campesinos, judíos y sarracenos. Los tres primeros grupos se consideran en plano de igualdad, lo que supone un triunfo de los burgueses, por naturaleza inferiores a los caballeros, y para los campesinos, que se aburguesarán a través de su integración en la ciudad. La condición de ciudad burguesa, lo que entraña también la condición de real, se manifiesta en que se trata de excluir como propietarios a los infanzones, es decir, a los nobles... El Fuero de Jaca es un fuero de francos, en el sentido de que su propósito es atraer, fundamentalmente, población del Norte —del sur de Francia, claro— garantizándolo su condición de libertad.

Que consiguió tal foralidad burguesa un relativo éxito en un principio a fines del siglo XI y mediados del XII hasta su derrota por la foralidad militar de la segunda época —fines del siglo XII y siglo XIII— lo demuestra el testimonio de VICENS VIVES: «De esta forma, los 'francos', que ya desde medio siglo antes formaban barrios aparte en Jaca, Sangüesa, Pamplona, Estella y Huesca, fueron los repobladores de Zaragoza, Tudela, Tarazona, etc. Por lo tanto, la primitiva burguesía aragonesa fue ultrapirenaica y llegó atraída por privilegios especiales. En cambio, en el campo preponderaron los musulmanes con el nombre de exaricos» (*Manual de historia económica de España*, 4.ª ed., Barcelona, 1965, pág. 146).

(3) «Efectivamente: el trato dispensado por el Fuero de Jaca a los hijos naturales es muy favorable. Dentro del libro II, el párrafo 46, que trata de 'Com part lo bort ab lo de benición', establece que 'Moltes vegades auen que homne, avant que aya myller a bendition, ha filtz o filla daltra myller; et si pren myller et en ha enfantz, et per aventure laxa certana part e senyalada as aquel filtz primer, apres sa mort del payre tal filtz non pot demandar part de payre de moble ni de heredit; pero for es que si lo payre auia moble o heredit mentre vivia deuli laxar senyalada part qual a el playra; mas si per auentera mor se testament o non laxa part al flitz bort, aquel flitz bort partirá per for eugalment ab les altres frayres que son de benicion tot lo moble et tota la heredit que pertayn a son payre». La regulación, perfectamente diferenciada, que se da en el Fuero de Jaca respecto de los hijos ilegítimos, según sean naturales o no naturales, es clarísima (MONTULL LAVILLA: «Notas sobre la filiación ilegítima en la Compilación de Huesca», *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo IV, 1947-1948, pág. 157).

partirá por fuero igualmente con los otros hijos que son de bendición todo mueble y toda la heredad de su padre (3 bis).

Esta solución corresponde al más castizo Derecho medieval de muchos cuerpos legales de España, que justamente ha llamado por su originalidad la atención a muchos medievalistas hispanistas extranjeros. El hijo natural o «bort», en concurrencia con el hijo legítimo o de «muyer de bendición», tiene idénticos derechos a sus hermanos legítimos, porque es obvio que el padre puede también en el Fuero de Jaca apartar o señalar cosa concreta en concepto de legítima a los hijos de bendición, que no tienen individualmente derecho a un *quantum* legitimario concreto. Porque no ha existido nunca en Aragón la legítima «corta» castellana, a favor de los descendientes legítimos.

Las necesidades de la repoblación, la necesidad de tener el mayor número posible de hijos bajo la dependencia de un patriarca —para el cultivo de las tierras o para la guerra—, pueden explicar perfectamente esta supervivencia de los más primitivos principios sucesorios germánicos en favor de los hijos, indistintamente los matrimoniales y los naturales o «borts».

El sistema, en opinión de FICKER, recuerda el primitivo Derecho germánico nordoriental, concretamente el danés (4).

He dicho que muchos cuerpos legales, aragoneses o no, de los siglos XII y XIII, reproducían la solución del Fuero de Jaca para la sucesión de los hijos de barragana.

El libro de los Fueros de Castilla, parágrafo 169, reproduce el Fuero de Logroño, que permite al padre fijodalgo apartar a los fijos de barragana con cinco sueldos «de mueble o hereditat», porque en tal caso «con los otros fijos de velada non debe partir». Pero si no le hubiese señalado algo, debe

(3 bis) Todo hace pensar que MONTULL LAVILLA entendió como redacción primera del Fuero de Jaca la numerada con la letra E, que está hoy contenida en las páginas 511 a 628 de la edición crítica del FUERO DE JACA, publicada por MAURICIO MOLHO en el Instituto de Estudios Pirenaicos, Escuela de Estudios Medievales, C. S. I. C., Zaragoza, 1964. Dicha redacción tuvo su origen en Pamplona en el segundo tercio del siglo XIV (MAURICIO MOLHO: *Ob. cit.*, pág. LX).

(4) Según este Derecho, «a pesar del reconocimiento en el Ding —Asamblea popular de hombres armados— el padre puede indemnizar al *naturalis* por su extenso derecho abintestato con un donativo insignificante, lo cual en el Derecho danés tiene que darse igualmente en el Ding. Y como luego aparece nombrado a menudo como *míñimum* el donativo de 5 solidi, constituye esto un dato directo muy concreto para su filiación en el Derecho gótico antiguo, pues exactamente el mismo donativo, que parece haber servido al principio también para los hijos legítimos, se halla citado también en la parte del reino de los godos que cayó en poder de los francos en 507. Posteriormente se encuentran sumas mucho más importantes: así, según el Fuero Viejo, el hijo de barragana reconocido de hidalgo castellano puede ser indemnizado de su derecho hereditario con quinientos sueldos» (*Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego islándico*, traducida por ROVIRA ARMENGOL, Universidad de Barcelona, 1928, págs. 52-53).

sucedier como hijo legítimo: «deve levar toda su suerte entera». Sin embargo, el parágrafo 175 del mismo libro reconoce que el fijodalgo «puede a los fijos de barragana facer fijodalgo y darles quinientos sueldos. E por todo esto no heredará en lo suyo». Parece justificada la opinión de FICKER, y enlaza pues, el Fuero de Jaca en este punto con otros primitivos derechos peninsulares, que posiblemente, estuvieran emparentados con el primitivo derecho danés.

Sin embargo, por influencia del primitivo Derecho canónico, el parágrafo 47 del libro II (5) del Fuero de Jaca excluye al hijo adulterino que a la muerte intestada del padre se presenta a demandar su parte frente a los hijos legítimos del mismo padre: *Contra hoc dicit fuerum: tu in peccatis es natus es nacescere non debuisti, ideo nulla ratione potes aut debes esse heredem in hereditatis quam requiris*. A continuación se dejan a salvo las liberalidades que el padre les hubiera dejado por piedad. Y lo mismo se establece respecto de la mujer que comete el adulterio, respecto de su hijo.

b) *Compilación privada de Derecho aragonés*

Me refiero a la estudiada por GACTO FERNÁNDEZ (6) y MONTULL LAVILLA (7). LALINDE ABADÍA, en el apartado I de este estudio, nota número 1, opinaba que fue dicha Compilación privada una comarcalización del primitivo Fuero de Jaca, una extensión de dicho Fuero a toda la tierra aragonesa, formando la primitiva Compilación de un Derecho general del reino a fines del siglo XII.

El parágrafo 18 permite al padre heredar a los «filios bordes» con cinco sueldos y una cahizada de tierra de sembradura o con una heredad, para que no reciban la parte de los hijos «que sunt ad benedictionem». Pero si no hiciere tal cosa el padre, «partiran mobile vel hereditate cum filiis qui sunt ad benedictionem».

La Compilación establece un régimen especial para el hijo «borde» no nacido todavía. «Cuando la madre espera el nacimiento del hijo y el padre fallece sin saberlo —y, en consecuencia, sin dejarle una parte de sus bienes—, el póstumo queda apartado de la sucesión» (8) (9).

(5) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 156.

(6) «La filiación ilegítima en el Derecho histórico español», publicaciones de la Universidad de Sevilla (*Anales de la Universidad Hispalense*), pág. 182, nota 456, y 184, nota 467, Sevilla, 1969.

(7) *Ob. cit.*, pág. 155.

(8) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 184, nota 467.

(9) «Que no se le atribuyeran los mismos derechos que a los naturales, que heredan con los legítimos si el padre no les asigna una porción determinada, resulta lógico, porque en este caso el hecho de que el padre no les aparte debe interpretarse como deseo de que se equiparen a los legítimos; pero tratándose de un pós-

La Compilación contiene también una neta exclusión de los hijos ilegítimos no naturales: «iste... non debet hereditare patrem suum neque partire cum aliis germanis, quia, qui non debuit nasci, quomodo debet accipere partem?» (10).

Se mantiene firme en todo el Derecho aragonés, desde el Fuero de Jaca, la prohibición de suceder *ab intestato* a los hijos adulterinos. No se plantea la equiparación con estos de los sacrílegos, como se hará en el Derecho aragonés bojamedieval, a partir de la Compilación de Huesca de 1247, porque todavía no se había asentado definitivamente la disciplina de la Iglesia sobre la prohibición del matrimonio —o de su sucedáneo, la barraganía— a los eclesiásticos. Por ello la Compilación privada habla sólo de hijos adulterinos, ya sea de mujer casada o de hombre casado.

«La impresión que se desprende de estos intentos de territorialización del ordenamiento aragonés, es la de que se realizan bajo el signo del aplastamiento de la foralidad burguesa por parte de la foralidad militar. El movimiento burgués, surgido al amparo de las peregrinaciones de Santiago, ha quedado larvado ante la fuerza adquirida por los barones e infanzones convertidos en grandes propietarios agrícolas y ganaderos, los cuales imponen su ordenamiento... Salvo lo indicado, puede decirse que en la Jaca del siglo XIII no queda ya nada del viejo Fuero de SÁNCHEZ RAMÍREZ, no ya en la letra, sino en el espíritu, pues las nuevas redacciones lo han convertido en un Fuero de infanzones» (11).

c) *Fuero de Teruel, año 1177*

Constituye, según LALINDE ABADÍA (12), la culminación de la foralidad concejil o de «Extremadura», caracterizada según este autor por la radicalización de los privilegios concedidos, pues nadie acude al peligro si no es estimulado por notables ventajas, no sólo a los nobles, sino a los campesinos se pretende robustecer la familia y los grandes concejos de la marca con los musulmanes. Ello explica que sirva de modelo al de Cuenca —1189-1190—, cabeza de una familia de Fueros de Castilla.

tumo cuya existencia en el vientre de su madre ignora, si no lo aparta, no es porque prefiere situarlo en una posición más favorable, sino debido a que el silencio de la madre ha tenido como consecuencia la imposibilidad de que el padre exteriorice su voluntad acerca de la situación en que hubiera de dejar al niño» (GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 184-185). El mismo precepto se contiene en el Fuero General de Navarra, 2, 4, 5 (GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, pág. 185).

(10) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 156.

(11) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., pág. 48.

(12) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., pág. 38.

Pues bien, según este Fuero de Teruel, en el folio 7.º, «el hijo herede los bienes del padre, si non fiijo o fiija que fuere feito en adulterio, que aquel non deve ser nacido o non deve heredar según fuero manda». Ley 4.^a (13).

Del mismo tenor es el Fuero de Cuenca, donde se considera naturales a los hijos de barragana y éstos suceden a sus padres indiferenciadamente con los hijos legítimos, al menos hasta el año 1285, en que un privilegio de Sancho IV acaba con esta práctica (14).

La Ley 197 del Fuero de Teruel ordena que del mismo modo que responde la esposa, responda la concubina de las deudas hereditarias del barragán o compañero. La Ley 445 permite a la mujer o concubina que afirmare estar preñada del difunto, que posea los bienes de éste bajo fianza, con tal que pariese dentro de los nueve meses siguientes al fallecimiento, en cuyo caso mantendría en su poder los bienes en provecho del hijo y se alimentaría de ellos.

Hablando de la Ley 4.^a de este Fuero, MONTULL LAVILLA (15) señala que «es más de destacar este contenido del Fuero de Teruel desde el momento en que, perteneciendo a la familia de Fueros que se viene denominando Cuenca-Teruel, y pese al gran número de divergencias que en otros muchos puntos o instituciones de Derecho privado encontramos en su comparación con los Fueros Generales del Reino de Aragón, se observa, sin embargo, aquí, en el orden de los derechos sucesorios de la filiación ilegítima, una identidad de criterio, digna de tenerse en cuenta, respecto a estos otros Fueros aragoneses... inspirados por regla general, en fuentes diversas a los de aquella familia. Por lo demás, el trato respecto de los ilegítimos no naturales es común en otras Compilaciones y luego no se ha de modificar ni en la propia Compilación de Huesca».

En el siglo XVI, dice LALINDE ABADÍA (15 bis), se encuentra todavía al margen de los «Fueros de Aragón» la vieja «Extremadura» turolense... Su ordenamiento se recopila en romance por Juan del Pastor, y se edita en Valencia... en 1531, constituyendo la base del Fuero de Teruel... En 1547, Felipe II reconoce que Teruel tiene Fueros distintos de Aragón... Pero el propio monarca aprovecha las turbaciones en Aragón para hacer desaparecer el ordenamiento de la «Extremadura» turolense —1565—.

d) *Fuero de Tudela*

Apunté antes cómo se concedió el Fuero de Sobrarbe a Tudela en el siglo XII. El Fuero, II, 12, ordena que si hay hijo o hija —de barragana—

(13) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 155.

(14) GACTO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, págs. 179-180.

(15) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 155.

(15 bis) *Los fueros de Aragón...*, cit., págs. 122-123.

debe partir con los hijos «de bendición», estando el padre muerto. Y si no hubiere el padre hijos (de bendición, se entiende), debe heredar la totalidad el hijo o hija —de barragana— (16).

e) *Redacción tardía del Fuero de Jaca*

En esta redacción, según GACTO FERNÁNDEZ (17), puede observarse la evolución que apunta el autor: «algunos de los ordenamientos que hemos analizado evolucionan más tarde a consecuencia de la recepción de las corrientes romanocanónicas y reemplazan esta regulación sucesoria de la filiación natural por otra más severa, aproximándose a un régimen, más moderno en el tiempo, que vamos a analizar a continuación. En el siglo XIII y en territorio navarro-aragonés, se localiza una corriente caracterizada por atribuir a los hijos naturales derechos mucho más limitados que los que les concedían los Ordenamientos jurídicos hasta ahora examinados; se producen redacciones modernas de Fueros que establecían un sistema de participación de los hijos naturales en concurrencia paritaria con los legítimos, si previamente, el padre no los apartaba de la herencia con alguna porción de sus bienes, testamentariamente o en vida. En el Fuero de Jaca se tolera que el padre o la madre dejen al hijo natural parte de sus bienes; con arreglo al procedimiento de otras redacciones anteriores que hemos estudiado, el padre que quisiera favorecer a los hijos del matrimonio, debía separar al hijo con una cuota de su patrimonio. Ahora, en cambio, el hijo natural preterido queda desprovisto de cualquier medio de defensa que le permita aspirar a tener una parte de los bienes paternos» (17 bis).

La romanización avanzaba imparablemente: en 1187, Placentino instalaba una Escuela de la Glosa en Montpellier, lugar de nacimiento de

(16) MONTULL LAVILLA: *Ob. cit.*, pág. 154.

(17) *Ob. cit.*, pág. 186.

(17 bis) *Ob. cit.*, págs. 86 y 186, nota 167: «Si d'aquí enant algun naxera de solt e de solta, en voluntat del payre e de la mayre sia que-l donen, si-s volen, dels bens en vida o en mort. E si nenguna cosa no-l daran ni-l laxaran, non puscan iames demandar part. E si s'auenra per aventura que-l payre nega aquel atal fil qui non es so, si la mayre o aquel poran provar per testimonis bastantz que una vegada o molts lo otorga que era so fill o l'avía axi como o fill, es tangut lo payre de tenerlo per fill e de nodrirlo; mas pero no sia forcat de darli de sos bens si no-s volia, axi como dit es».

GACTO FERNÁNDEZ alude aquí con toda corrección —cuando se publicó su obra ya MAURICIO MOLHO había publicado su edición crítica de los Fueros de Jaca y clasificado las diversas redacciones manuscritas del mismo— al manuscrito A₂ de dichos fueros, que, según este autor, *ob. cit.*, pág. XXXI, «es la primera recopilación romanceada extensa del Fuero. Tiene su centro en Jaca y es obra de juriconsultos aragoneses». «Antes de 1328 debieron copiarse los manuscritos A₂ y B, ya que sólo a través de la Cancillería Real Francesa pudieron ingresar en el fondo del Trésor des Chartes» (ídem, ídem, pág. XVIII).

Jaime I de Aragón, integrada aquella ciudad en aquel entonces en la Corona de Aragón. Los juristas aragoneses y sobre todo catalanes, estudian ya ambos Derechos en Bolonia y vienen imbuidos de doctrina jurídica romano-canónica, hostil a toda suerte de filiación extramatrimonial.

No hay que decir que estas innovaciones del Derecho «ultramontano» —así llamado el romano-canónico por los autores aragoneses del siglo XIX, con un claro matiz hostil por lo que supuso de innovación de las tradiciones primitivas del Derecho aragonés— no podían chocar demasiado a los colonos francos o a sus descendientes, pues en Francia, ya desde el siglo XI y aun antes, las costumbres, inspiradas en las primitivas capitulares carolingias, excluían de la sucesión legítima a los hijos «bastardos». La palabra «bastardo», sin paragón en Derecho aragonés, ni en ninguno español, es un evidente galicismo —traslación literal de «bâtard»—, pero no del siglo XVIII, sino del siglo XIII o XIV, cuando se descalifica con arreglo a criterios extranjeros la filiación extramatrimonial hasta ahora regida con pautas castizas aragonesas y españolas.

III. LA COMPILACIÓN DE FUEROS DE ARAGÓN DE 1247. SUMARIA NOTA DE SU ÉPOCA. INFLUENCIAS EN LA COMPILACIÓN. PRECEPTOS EN ELLA RELATIVOS A LA SUCESIÓN DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. OTRAS DISPOSICIONES FORALES POSTERIORES RELATIVAS A LA SUCESIÓN DE TALES HIJOS

Puede caracterizarse la época por los siguientes trazos esquemáticos. La Corona de Aragón padece una grave crisis económica que ha analizado el profesor UBIETO, de la que quizá se salven un tanto los condados catalanes, abiertos al mar y al comercio con Italia y, en sus inicios, con Levante. El Rey Don Jaime I ha lanzado a sus reinos a la aventura de la conquista de Mallorca —1229— y Valencia —1232-1238— a los musulmanes. Francia, apoyada por el Papado, destruye toda la política imperial aragonesa en Occitania —Sur de Francia—. La Inquisición se implanta en los reinos de Aragón —año 1232— para reprimir las herejías cátara y valdense: consta que a fines del siglo XII hay un obispo cátaro en el Valle de Arán. San Raimundo de Peñafort compila las Decretales en 1234 y escribe el primer manual dirigido a los inquisidores para la pesquisa de los herejes en 1235 ó 1241-1242. El Reino de Aragón tiene una clara conciencia de desmejora frente a los condados catalanes, beneficiados con la parte del león en las conquistas de Jaime I. Pero la crisis económica anula la influencia de los burgueses libres, artesanos y comerciantes, frente a la poderosa nobleza feudal que controla la propiedad territorial y la ganadería, las que explota con siervos mudéjares.

Todo este contexto explica que el Rey, una vez consumadas sus grandes conquistas, en el ápice de su grandeza, pretende ordenar la legislación de Aragón, siguiendo el impulso codificador que surge en la Europa de su tiempo (18). Dio el encargo de realizar la Compilación al Obispo de Huesca, su pariente, Vidal de Canellas (19).

En la redacción de la Compilación hubo un pacto político tácito entre el Rey y la poderosa nobleza —la burguesía quedó eliminada del mismo, por la crisis económica y por no haber participado en las migajas de la conquista de Mallorca y Valencia, cosa que sí hizo la nobleza territorial.

Creo importante extractar el proceso compilador, para distinguir las variadas influencias romano-canónicas y castizas aragonesas que en él se perfilan (20).

(18) Glosa ordinaria o Magna Glosa de Accursio —1227—, que cierra el período de los «glosadores» y marca el inicio de los «postglosadores»; Decretales de Raimundo de Peñafort-Gregorio IX, en 1234; redacción de los primeros estatutos italianos; codificación de Alfonso X el Sabio en Castilla, precedida por el Fuero Viejo de Alfonso VIII de Castilla y la traducción al romance castellano del *Liber iudiciorum* de Fernando III de Castilla-León; *Forum antiqui regni Valentiae* de 1239-1240; inicios de redacción del Fuero General de Navarra —1234-1304—, y fuera de la Península y del área mediterránea, las recopilaciones territoriales de leyes del «Espejo sajón» y «Espejo Suabo» en el Sacro imperio romano germánico, diversas recopilaciones del norte de Francia y la legislación de Valdemar el Viejo en Dinamarca.

(19) Oriundo de Canellas, del Bajo Penadés, de la pequeña nobleza, fue estudiante *utriusque iuris*, en aquella época apenas distinguidos, en Bolonia. Acompañó al Rey, ya como obispo, a la conquista de Valencia, donde, según MODESTO LA FUENTE, Ed. Montaner y Simón: *Historia de España*, Barcelona, 1888, tomo IV, página 107, desempeñó el papel que respecto de Fernando III de Castilla realizó el arzobispo de Toledo don Rodrigo Ximénez de Rada. Parece que intervino en la redacción del *Forum antiqui regni Valentiae* de 1239-1240. Era «deudo», esto es, pariente, del monarca y totalmente adicto a su persona. No es de extrañar que en el *Forum antiqui regni Valentiae* también se excluyera a los hijos naturales de la sucesión abintestato de su padre (LXXXVI, 6).

(20) «La tarea que se propone el Rey es la de añadir, suprimir, suplir, desarrollar lo necesario y corregir más útilmente los referidos «Fueros de Aragón». Los hace leer y, tras discutirlos, apartar lo superfluo, completar lo peor expuesto e interpretar lo que estaba oscuro, los hace reunir en un volumen y bajo ciertos títulos. Reconoce que ha cambiado y corregido algunas cosas en los fueros antiguos, corrigiéndolos y aclarándolos con la voluntad de todos porque ocasionaban grandes perjuicios temporales y espirituales al no ser aplicados por celo de la justicia ni tampoco a aumentar su dominio, ni tampoco a dispensar a sus súbditos las libertades aceptables» (LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., págs. 54-55).

Reunidas las Cortes a fines del año 1246, el obispo recibe el encargo de redactar dos colecciones o «compilaciones» de fueros, una «mayor» y otra «menor».

Redacta ambas compilaciones: la «menor», en romance —dialecto aragonés—, se divide en ocho libros y ha servido de base a las discusiones en las Cortes del reino, que introducen, por ejemplo, penas de muerte o de efusión de sangre, no previstas por el prelado. Luego es trasladada al latín por la Cancillería real.

La «maior» o Vidal Mayor, en su redacción romance, es conocida como el libro *In excelsis Dei Thesaurus* por sus primeras palabras. Es un encargo de las propias Cortes, pero aunque se discute si ha tenido o no carácter oficial, es evidente que su valor doctrinal fue enorme e influyó en varias generaciones de juristas aplica-

La transacción o pacto político consistió en que el Rey no introdujo en la Compilación los Fueros relativos a la sucesión en la Corona, seguramente porque pretendía, ya en 1247, dividir sus Reinos entre los hijos de los dos matrimonios con Doña Leonor de Castilla y Doña Violante de Hungría —se había comprometido a ello en las capitulaciones con esta última reina. Ello era contrario a la costumbre regia visigótica y suponía innovar en Aragón-Cataluña lo que Sancho Garcés III el Mayor había hecho doscientos años antes en Navarra, siguiendo las costumbres francas. «El Monarca, Jaime I, probablemente hubiera dado entrada al Derecho romano, renaciente entonces en Europa, como se ha indicado, sobre todo en la medida en que, procediendo aquél de un imperio, favorecía el poder político del Rey, pero no se ha atrevido a oponerse a la voluntad del grupo social dominante, como tampoco lo ha hecho en Cataluña, ... ni siquiera en Valencia...» (21). El resultado transaccional es un «contenido netamente nacionalista, pues, como se ha visto, se adapta totalmente al Ordenamiento territorial que ha ido surgiendo desde fines del siglo XII. En el Ordenamiento han participado romanistas y canonistas..., sin embargo, la única huella que han dejado son los epígrafes de los títulos en que se han dividido los libros, extraídos del Ordenamiento romano canónico, considerado en la época como el Derecho común, pero que en la mayoría de los casos sólo tienen una relación muy lejana con el contenido, como se ha dicho, eminentemente nacionalista y afiliado a una foralidad militar, impuesta por el grupo social dominante de los barones, ricos hombres, infanzones y caballeros» (22).

BRIOSO MAYRAL (23) entiende que la Compilación de 1247 supone el triunfo de dichos grupos —detentadores de la tierra y de la ganadería, no se olvide— sobre los artesanos y comerciantes de las ciudades y las villas.

dores prácticos del Derecho. «Dividida en nueve libros, uno más que la Compilación menor, ha pretendido completar ésta dentro del marco del Derecho romano y canónico aprendido por el obispo en Bolonia, no componiéndolo para uso de las gentes, sino para uso de letrados o expertos en la administración de la justicia.

Estos letrados pueden encontrar bien los preceptos merced a la sistematización empleada en el libro, que procede del citado Derecho romano y canónico» (íd., íd., páginas 55-56).

Los fueros de Aragón... es conocida también actualmente como «Código de Huesca» y también como «Compilación de Huesca»... La Compilación de Huesca guarda estrecha relación con el derecho territorial elaborado en Jaca, Huesca, Borja o Zaragoza... De una forma u otra, el parentesco ha sido muy estrecho y la colección de Jaime I se ofrece como una cristalización de la foralidad militar. Redactada en romance y vertida después al latín, está dividida en ocho libros que no llevan rúbricas, aunque éstas se utilizan para subdividir aquéllos en títulos, los cuales agrupan varios preceptos o fueros... (íd., íd., pág. 56).

(21) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón*, cit., pág. 61.

(22) Id., íd., págs. 60-61.

(23) «Los infanzones en los fueros aragoneses en la época de Jaime I», en *Jaime I y su época*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1982, págs. 63-64.

LALINDE ABADÍA (24), afirma que «la influencia del Derecho común en el Derecho aragonés se verifica siempre a través de vías indirectas, como son: a) la sistematización romanista del autor del proyecto y los epígrafes o rúbricas de los títulos, que son extraídos del Derecho romano y que, frecuentemente, responden a un pensamiento distinto al que refleja el contenido; b) del Derecho canónico, elemento que no ha suscitado la reserva que ha suscitado el Derecho común, en general, y que está presente en el *Derecho de Familia*, *Sucesiones*, obligaciones, penal y procesal; c) de la doctrina, aprovechando la introducción de la equidad como Derecho supletorio y en esencial, a través de la actividad de los justicias y lugartenientes, siendo muy perceptible el influjo romanista en las observancias».

La transacción de 1247 no evita que la crisis económica continúe y que en las Cortes de Zaragoza de 1265 el Rey reconozca la existencia del Justicia de Aragón —nueva concesión a la nobleza— y en las de 1283, ya fallecido Jaime I, que su sucesor, Pedro III, pacte con las Cortes el Privilegio general, por el que se compromete a observar los Fueros, usos, costumbres, privilegios y cartas de donación y cambios de Reino en Aragón, Ribagorza, Valencia —por las localidades de este reino sujetas al Fuero de Aragón— y Teruel (25).

¿Cuál es la suerte de los hijos extramatrimoniales en la Compilación de 1247? Aunque la influencia romano-canónica no sea muy acusada en el conjunto de dicho Cuerpo legal, en la materia concreta de la sucesión de los hijos extramatrimoniales es absolutamente decisiva. Como apunta LALINDE ABADÍA (26), «por influencia eclesiástica se muestra oposición a los hijos adulterinos y de religiosos, y menor comprensión que en el orden territorial a los hijos naturales —«bordes»—, que son los que proceden de los «suelos», solteros —de «suelto» o de «suelta».

¿Cuáles son los preceptos de la Compilación relativos a los hijos extramatrimoniales?

En la rúbrica *De natis ex damnato coito* —Libro 5.º— se dispone que «si en lo sucesivo alguien naciere de 'suelto' et 'suelta', sea de la voluntad del padre o de la madre, que le den de sus bienes, sea en vida o *mortis causa*; si no le dieran o le dejaren *mortis causa*, no pueda pedir parte alguna de la herencia. Y si acontece que el padre niegue que sea suyo tal hijo, si la madre o el mismo hijo pueden probar por testigos idóneos que una vez o varias concedió al hijo ser hijo suyo, o lo hubo como tal

(24) *Introducción...*, cit., pág. 148.

(25) LALINDE ABADÍA: *Introducción...*, cit., págs. 144-145.

(26) LALINDE ABADÍA: *Los fueros en España...*, cit., pág. 59.

hijo, sea obligado el padre a tenerlo como hijo y a alimentarlo. Pero no sea obligado a darle al hijo de sus bienes si no quisiera, como se ha dicho».

Esto, en cuanto a los hijos naturales, nacidos *de solutus cum soluta* —obsérvese la terminología canonista, ajena a los principios del primitivo Fuero de Jaca, para el que el «fitz bort» era el habido de la barragona, no simplemente de una unión aislada, como presupone el Derecho canónico, que quiere privar de todo efecto a la barraganía.

Los hijos adulterinos, siempre que fueren habidos de laicos —pues si fueren habidos de clérigos serían sacrílegos: el matrimonio ya había sido prohibido a los clérigos en el Concilio III de Letrán—, no pueden suceder *mortis causa* ni a título voluntario ni *ab intestato*: el laico, mientras viviere, movido de misericordia, podría darle algo de sus bienes o asignarle algo al hijo adulterino. No obstante, la parte o la donación que los padres o madres adúlteros asignaren a los hijos tales, si fallecieren tales hijos antes de la edad legítima, revertirían a los parientes más próximos de donde provinieran los bienes.

La observancia XXV, *De generalibus privilegiis totius regni Aragonum*, dispuso que «En Aragón cualquiera puede dar, tanto en vida como *mortis causa*, algo de sus bienes a su hijo nacido de unión de soltero con soltera; pero si no quisiere dar nada, no es obligado a dar nada, ni puede obligarle el hijo, quien sólo puede pedir en vida del padre o de la madre alimentos. Pero a los nacidos de adulterio, o de otro modo de unión condenada o nacidos de religioso, nadie pueda dar *mortis causa*, pero sólo el padre laico puede dar algo en vida por razón de misericordia. No obstante, los dichos hijos, si fallecieren sin testamento, deben revertir a los más próximos de aquella parte de donde proceden los bienes, a no ser que los bienes estuvieren vinculados, en cuyo caso sucederían aquéllos para los que se hubieren vinculado los bienes.

Otras observancias que hacían referencia a la sucesión de los hijos extramatrimoniales: la primera, *De natis ex damnato coitu*, y la segunda, bajo la misma rúbrica.

La primera: El padre no puede legar en el testamento al hijo nacido de adulterio algo de sus bienes, ni siquiera aquello que dejare por su alma para causas pías, sino sólo en vida puede dar algo que es arbitrario, y lo que dice el Fuero del religioso, debe entenderse igualmente del presbítero, pues se equiparan. Y la segunda: Igualmente, por costumbre, al hijo o a la hija nacidos en adulterio, el padre puede dar a su arbitrio moderadamente, pero si diere algo excesivo, al hijo o hija adulterino, sería nulo y ello se aplicaría a los parientes más próximos, como si a ellos se hubiere donado.

Igualmente, el Fuero único de *Fillis ilegítimis*, de la propia Compilación de Huesca de 1247, dispone que el hijo no legítimo, si tuviera determinada parte de cosas del padre, con documento suficiente, no está obligado a pagar las deudas del mismo.

El sistema de atribución de bienes paternos al hijo extramatrimonial queda, pues, delineado a fines del siglo XIII con la publicación del Privilegio general —1283—: en las observancias posteriores sólo se perfilan detalles del mismo.

IV. SIGNIFICADO INSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES A PARTIR DE LA COMPILACIÓN DE HUESCA DE 1247 EN LA FAMILIA ARAGONESA

Como dice GACTO FERNÁNDEZ (27), «este tratamiento viene, en definitiva, a consagrar el poder absoluto de la voluntad del padre, pues no se fija, como hacían las Partidas, un límite máximo a las donaciones que les conceda el padre, y puesto que en Aragón no existe la legítima, aunque la participación sea muy crecida, nunca los naturales podrán perjudicar a los legítimos. Sin embargo, observa MOLINO —1589—, en cuanto a la facultad que asiste a los padres de dejar bienes a los naturales, que no pueden hacerles en detrimento de los derechos de hijos del matrimonio una donación demasiado crecida, y sería revocada por supervivencia de legítimos, si no se toma la precaución de prevenir esta eventualidad, con la simple formulación de una instancia solicitándolo.

Por otra parte, los Fueros proclaman la total libertad de adopción, aun existiendo hijos legítimos —el texto dice naturales—, poniendo cierto énfasis en el vínculo de sangre, en oposición al lazo ficticio y legal que supone la adopción, y por esta vía pudieron fácilmente los naturales entrar a formar parte de la familia del padre en igualdad de condiciones con los nacidos de legítimo matrimonio».

En VIDAL MAYOR —año 1247— se explica el giro que experimenta la legislación aragonesa a raíz de la Compilación de Huesca con respecto a la filiación natural: es significativo que se considere ahora como un escarnio el hecho de que pudieran tener la misma consideración los legítimos y los no legítimos ante el Derecho, y que se declare conveniente desarraigar tal abuso; la influencia romano-canónica es evidente. También refiere la confusión que debió provocar este cambio del punto de vista

(27) *Ob. cit.*, págs. 190-192.

de la legislación, a la que contribuyó, además, la brevedad y redacción un tanto oscura del precepto. Extendiéndose en consideraciones sobre el Derecho común, Sessé afirma que el hijo natural no reconocido por el padre, tampoco lo es por los parientes paternos, y así como no sucede *ab intestato* a su progenitor, tampoco heredan a éstos ni los consanguíneos a ellos; respecto de la madre y parientes maternos, se les reconoce el Derecho a suceder *ab intestato*, salvo en dos casos especiales: cuando la madre es ilustre y cuando nació punible. Pero según el Derecho del Reino, continúa este autor, hay una diferencia en cuanto a los ilegítimos, porque éstos, incluso los nacidos de soltero y soltera, no reconocidos por el padre ni por la madre, son apartados de la sucesión de ambos. Y de aquí se sigue que cuando el hijo natural no sucede al padre ni a la madre, entonces tampoco hereda *ab intestato* a sus respectivos consanguíneos. Sin embargo, en otro lugar de su obra, Sessé acude al Derecho común para asegurar que los naturales tienen derecho a lo necesario para su subsistencia.

Con respecto al padre, los derechos del hijo son absolutamente desconocidos si no medió su reconocimiento. El Fuero excluyó completamente a los ilegítimos, dice Sessé, y, por consiguiente, no son llamados a la herencia ni suceden *ab intestato*. Y no puede afirmarse que el Fuero habla sólo de padre y madre, y que la prohibición no debe extenderse a los parientes, porque la disposición corrige en este punto el Derecho común, que admite la sucesión de los consanguíneos de parte de la madre sólo porque la madre reconoce a estos hijos espurios, y si no los reconociera, tampoco heredarían los hijos a los parientes de su parte, como ocurre con los paternos; como en Aragón los espurios no son reconocidos ni por el padre ni por la madre, hay que inferir que tampoco se reconocerán por los consanguíneos de ninguna de las dos partes.

Sólo se debe acudir al Derecho común en los casos en que el Fuero no sea suficiente, pero en materia de sucesión intestada la regulación es completa.

La influencia, pues, de la recepción del Derecho común en la Compilación de Huesca fue decisiva, y no cesó en ningún momento de la vigencia de los preceptos relativos a la sucesión *mortis causa* de los hijos extramatrimoniales, pues, como demuestra GACTO FERNÁNDEZ, todos los autores que posteriormente los glosan y comentan, adoptan pautas romano-cánónicas, más evolucionadas, pero no menos restrictivas, para sistematizarlo en un conjunto ordenado de doctrina jurídica sobre la materia.

El padre queda investido, en virtud de la Compilación de Huesca, de poderes absolutos para insertar o no en su familia legítima al hijo extramatrimonial no de dañado ayuntamiento. Que estos poderes se lla-

men o no patria potestad a la romana, o se rechace esta denominación —en virtud del axioma del Derecho aragonés, *De consuetudine regni patriam potestatem non habemus*—, poco importa. El retroceso histórico en los derechos de los hijos extramatrimoniales, tal como estaban perfilados en los Fueros anteriores a la Compilación de 1247, es evidente.

En primer término, no se alude más al «fitz bort», denominación que presupone el nacimiento de «mujer de ganancia» o «barragana»; sino a «suelto» con «suelta» para calificar a los progenitores del hijo natural. Cualquier unión pasajera, aun sin las características de la barraganía, puede dar lugar a la calificación de hijo natural, como más adelante los autores admitirán, por aplicación de las Leyes de Toro.

El padre puede desconocer la paternidad natural, y en tal caso la madre o el hijo se ven obligados a probar por medio de testigos idóneos que una o varias veces la concedió la cualidad de hijo o que lo tuvo como hijo. Pero aunque tal prueba se produzca, el padre sólo está obligado a alimentar al hijo y no a otra cosa. Los poderes del padre son muy superiores a los que la patria potestad romana pudiera atribuir a un padre sobre un hijo: aquí puede, radicalmente, negar la paternidad, pues la investigación de la misma, a diferencia del Derecho común, no está permitida, fuera de los limitados supuestos que prevé el Fuero.

Y admitida la paternidad en tales supuestos, el hijo no hereda del padre, ni de los parientes del padre: sólo tiene derecho a reclamar alimentos de éste.

El padre, puede, pues, reconocer o no al hijo natural. Si le reconoce, puede donarle alguna cosa, *inter vivos*, y *mortis causa*, ordenar en su favor alguna disposición testamentaria. Pero en uno y otro caso, cualquiera de estas disposiciones son un acto de su libérrima voluntad: no está obligado por fuero a hacerlo. Puede, asimismo, adoptar al hijo natural, para lo que no obsta que tenga otros hijos legítimos, con lo que le atribuye a aquél iguales derechos que a éstos. Sin olvidar que en Aragón no existe *quantum* legitimario individual concreto, como en Castilla.

Es claro que la posición patrimonial del hijo natural depende absolutamente de la voluntad del padre.

Se perfila, a mi juicio, una patria potestad tan dura como la primitiva romana. El romanismo —no templado por el cristianismo— de las disposiciones forales es absoluto, y crea una familia natural en todo dependiente de la voluntad del progenitor, ajeno a la humanización del Derecho romano postclásico por el cristianismo, y que se aleja totalmente del primitivo Derecho aragonés, influido por ideas germánicas.

El renacimiento jurídico romanista para Aragón, en materia de filiación extramatrimonial, se inició, no en el siglo XVI, sino en el XIII, y el precepto de la Compilación de Huesca duró casi setecientos años en este Derecho, hasta ser modificado, indirectamente, por el Apéndice del Derecho Foral Aragonés de 1925. Decir que la Compilación robusteció la familia foral es decir una verdad a medias: robusteció, sí, la fundada en el matrimonio, pero hizo retroceder durante muchos siglos la condición jurídica del hijo extramatrimonial.

Todavía era más aflictiva la posición de los hijos nacidos de adulterio o de padre religioso: nada podían recibir de sus padres *mortis causa*, añadiendo algunos autores, que ni siquiera de la parte de la herencia dedicada a legados piadosos o a su alma. La incapacidad para suceder a dichos padres era absoluta. Sin embargo, el padre laico —se excluía, evidentemente, al religioso o sacerdote— podía darles en vida algo de sus bienes o asignarles alguna parte de los mismos. Pero en tal caso, si fallecieran los hijos antes de la edad legítima, tales bienes o tal parte de bienes, revertían a los parientes más próximos de la línea de procedencia de los bienes.

Curiosamente, y por influencia del Derecho feudal francés, el hijo natural —bastardo, dicen los autores—, «se dice que es de la familia del padre y puede llevar las armas de la familia» (27 bis). Sin embargo, no podía usar del beneficio «de la saca» o retracto gentilicio, en la enajenación de los bienes por sus consanguíneos, por la misma razón por la que está excluido de la sucesión de tales consanguíneos» (27 ter).

Puede apreciarse que si bien, a efectos de los honores feudales, subsiste la vinculación a la familia de sangre, todos los beneficios de orden económico respecto de la misma son cortados radicalmente, con sentido extensivo, por estimar que no pertenecen a la familia propiamente dicha, fundada en la legitimidad de nacimiento.

El triunfo de las ideas romano-canónicas en este punto fue absoluto. No pudo disgustar a la foralidad nobiliario-militar, clase social triunfadora en el siglo XIII en la Compilación, dado que robustecía la potestad omnímoda del padre en punto a regular a su albedrío las relaciones familiares.

El mantenimiento de las estructuras señoriales durante largos siglos en Aragón, con una insignificante burguesía de las villas y escasas ciudades que necesitase un orden familiar distinto del nobiliario, justifica que las críticas al sistema de no sucesión hasta aquí delineado para los hijos extramatrimoniales, sólo se iniciaran, y con bastante timidez por cierto, en el siglo XIX. Ello obedeció quizá al triunfo del Derecho castellano como

(27 bis) MIGUEL DE MOLINO: *Repertorium fororum observantiarum regni aragorum*, Zaragoza, 1585, folio 141.

(27 ter) Id., id., folio 46 vuelto.

Derecho supletorio —ya las Leyes de Toro reconocieron derechos a la sucesión *ab intestato* a los hijos naturales— y por la equiparación de los derechos de los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales, derivado de las leyes de la Revolución francesa —no así del Code Napoléon, que fue muy conservador en este punto.

V. EL SIGLO XIX Y LA RENOVACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE DERECHO ARAGONESES

A) *Doctrina de Franco y Guillén: Instituciones de Derecho civil aragonés, Zaragoza, 1841*

Define este autor, en el artículo 147 de su proyecto de Compilación civil aragonesa, como hijos ilegítimos, «los que han nacido fuera del matrimonio. De éstos hay varias clases: unos son naturales o bastardos; otros espúreos, otros incestuosos, otros adulterinos y otros nacidos de padres presbítero o religioso o de monja profesas».

El artículo 150 disponía que «al hijo natural le pueden dar sus padres lo que quieran, ya en vida, ya para después de su muerte, pero si nada le diesen o dejasen no tendrá acción para pedir más que los alimentos mientras vivan los padres. Para tener este derecho a los alimentos y a ser tratado como hijo, se requiere que el padre lo reconozca como tal, o en su defecto, que el hijo o la madre prueben con testigos idóneos que en alguna ocasión le reconoció el padre o le trató como hijo —F. único de *natis ex damnato coitu* y Ob. 25 de *Generalibus privilegiis*, R. Ar.—». Artículo 151: «Los hijos adulterinos, los nacidos de presbítero, religioso o de dañado ayuntamiento nada pueden recibir de sus padres *mortis causa*, ni aun de la parte que destinen para legados piadosos o para su alma; pero el padre lego, mientras viva, podrá darles algo *causae misericordiae*, bien que lo por este medio reciban de su padre o madre, deberá volver a los parientes más próximos por la parte de donde provienen los bienes, si muere el hijo dentro de la menor edad o sin hacer testamento. Si los bienes dados al hijo fueren vinculados, deberán volver al llamado en el vínculo» —F. y Obs. citados y Ob. primera *De natis ex damnato coitu*—.

Artículo 152: «Cuando el padre durante su vida diese a su hijo o hija adulterinos más de lo regular, sería nula la donación y se volvería a los parientes más próximos al padre» —Obs. segunda, *natis ex damnato coitu*—.

Reconociendo el autor la legitimación por subsiguiente matrimonio o por rescripto del Rey o del Papa —art. 153—, tomaba la noción de hijo

natural de las Leyes de Toro, como se desprende del artículo 154: «Sólo pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio o por rescripto del Rey los hijos naturales, esto es, los que nacieron o fueron concebidos en tiempo en que sus padres podían contraer legítimo matrimonio sin dispensación», «con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien la hubo, en su casa, ni sea una sola» —Ley 1, título 13, partida 4.^a, y 1, tít. 5, lib. 10 *Novis. Recop.*—.

Después de disponer en el artículo 444 que «todos los hijos legítimos sin distinción de sexos suceden por igual a los padres»... «y juntamente con éstos sucederán los adoptivos» —ANIÑÓN, *De sucess. ab intest.*, cap. I, LISSA, *Tiroc*, libro 3, título 1.^o—; en el artículo 445 dispone: «No tiene derecho a la sucesión de que habla el artículo anterior el hijo natural; puesto que si el padre no le deja nada no tiene acción para reclamar cosa ninguna y que sólo en vida de su padre o su madre puede pedir alimentos» —Ob. 25, *De general privil.*, etc.—.

El comentario a dicho precepto merece ser transcrito: «No sólo está privado de esta sucesión el hijo natural, sino también los descendientes legítimos de éste —SESSÉ, dec. 43— y con mayor razón los demás ilegítimos, como adulterinos, incestuosos, etc. Son muy varias las opiniones de los autores acerca de si los hijos ilegítimos pueden suceder en falta de otros parientes legítimos, a los que lo sean por la línea materna, toda vez que éstos les suceden y que la sucesión, en sentir de algunos, debe ser recíproca. SESSÉ —dec. 43— cita dos decisiones del Consejo de Justicia en que se resolvió esta duda negativamente, y aún manifiesta su opinión contrario a ellas. LISSA, *Tiroc*, libro 3, título 5, y FRANCO, *Coment. al F. un de natis ex damnato coitu*, aseguran haberse decidido en los Tribunales del Reino que los hijos ilegítimos pueden suceder en los bienes que proceden de la línea materna, en falta de parientes legítimos. Nosotros, al ver la variedad de estas decisiones y el silencio que acerca de la materia guardan los Fueros, creemos más equitativo que sucedan en los bienes de la línea materna, ya porque es lo más natural que la sucesión sea recíproca, ya porque sería opuesto en cierto modo al artículo 305 de la Constitución de 1812 el que se impusiera a los hijos una pena que debió recaer únicamente sobre los padres».

El artículo 451 dispone que «los bienes dados por el padre lego a su hijo adulterino o de dañado ayuntamiento con arreglo a lo prescrito en el artículo 151, cuando éstos mueran intestados o dentro de la menor edad deben volver a los parientes más próximos por aquella parte de donde provienen los dichos bienes a no ser que sobre ellos se hubiere formado vínculo, porque entonces irían a los llamados por el fundador. —Obs. 25 de *Gener. privil.*, etc., y 2 de *natis ex damnato coitu*. Y en nota

aparte, se remite a la nota o comentario al artículo 445, ya transcrito en punto a la sucesión de la herencia de la madre.

Y el artículo 435 transcribía el artículo 2.º de la Ley de Mostrencos, de 16 de mayo de 1835, que establecía un orden de suceder distinto del foral, para excluir al Estado de la sucesión de los bienes vacantes. «El Estado sucede en los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado: 1. Los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes por lo respectivo a la sucesión del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder a la madre.—2. El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes de abolengo a los colaterales.—3. Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión» —artículo 2.º de la Ley de Adquisiciones a Nombre del Estado, de 16 de mayo de 1935—. Y en nota a pie de página añadía: «Esta Ley está fundada sobre la legislación de Castilla, pues ni en la nuestra tiene el hijo natural derecho preferente a la sucesión de la madre, ni la sucesión de los colaterales concluían en el cuarto grado, como da por supuesto el artículo citado, sino que llegaba hasta más allá del décimo —LISSA, *Tiroc*, libro 3, título 5—. Por esta razón creemos que la disposición de esta ley tendrá lugar en muy pocos casos» (28).

B) *Doctrina de Dieste y Jiménez: Diccionario de Derecho civil aragonés, Madrid, 1869*

Este autor trata las siguientes voces, interesantes para el presente estudio.

(28) El propio autor reconocía que los hijos ilegítimos podían formar parte del consorcio foral: su artículo 457 disponía que «tiene también lugar entre hermanos de distinto sexo y de diferente matrimonio; pero es preciso que sean hermanos respecto de aquél en cuyos bienes suceden, y así no habrá consorcio entre dos hermanos uterinos instituidos herederos por el padre de uno de ellos. Igualmente puede existir consorcio entre hermanos ilegítimos» (PORTOLÉS, cit., capítulos 1 y 35). Y en nota agregaba: «PORTOLÉS, cit., dice que tendrá lugar el consorcio en este caso porque aunque el Fuero no lo expresa tampoco excluye de su disposición a los hijos ilegítimos; y que si bien es cierto que en la denominación de hermanos se suelen comprender sólo los legítimos, esto es, cuando se trata de sucesiones, de honores, de preeminencias, etc., pero no en cosas que como el consorcio traen odio, perjuicio y gravamen».

Hijo natural (29). Hijo espúreo (30). Hijo de dañado coito (31). Sucesión intestada: sucesión del hijo legitimado (32). Sucesión de los hi-

(29) «El nacido de padres hábiles para contraer matrimonio al tiempo de su concepción o nacimiento. Llámase también bastardo. Según Sessé, continúa diciendo este autor, hijo natural propiamente dicho es el habido de concubina a quien tuviere en su casa y con quien pudiera casarse el padre. Pero según la ley I, título V, libro X de la Novísima recopilación [castellana] no es requisito necesario que el padre tuviese en su casa a la madre, ni el que ésta fuese su única concubina. Según el autor citado, el hijo de soltero y soltera se presume natural más bien que de dañado coito... La calidad de hijo natural ha de fundarse en el reconocimiento del padre espontánea y legalmente probado, o en caso de omisión o de resistencia, en una ejecutoria solemne que así lo declare o que resulta de ciertos hechos, o consta por algún medio probatorio» —y cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril y 28 de junio de 1864, 26 de enero de 1865 y 24 de febrero de 1865. «Según el fuero único de natis ex damnato coitu, está obligado a reconocer y mantener al hijo natural el padre que lo niega, siempre que con testigos idóneos probare la madre haberle aquél reconocido en alguna ocasión. Según LISSA —*Tirocinium*, lib. 3, título X—, pruébase la calidad de hijo natural negada por el padre acreditando que vivió en compañía de éste y que le trató como hijo, dándole en repetidas ocasiones el nombre de tal. Probados tales hechos, obligase al padre a adoptarle como hijo durante la vida de aquél, pudiendo el hijo exigir de sus herederos los alimentos necesarios para la vida, no los que correspondieren a la calidad de su persona. Según decisión del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1858, no es suficiente para tener por reconocido a un hijo natural la partida de bautismo en que se indica la paternidad. El hijo natural se considera en este Reino de la familia de la casa paterna, pudiendo usar las armas y blasones de dicha familia —MOLINO y PORTOLÉS—. Nada, empero, puede pedir de los bienes de sus padres, ni en vida de éstos ni después, si nada le hubieren dado —fuero único de natis ex damnato coitu—. Siempre que se tratare de privilegio o beneficio de los hijos fundado en la equidad, bajo el nombre de hijo se entiende comprendido el natural —PORTOLÉS—. Según este mismo autor, siempre que de la cualidad de la persona no resultare otra cosa, entiéndese comprendido el hijo natural en la disposición legal fundada en el derecho de la sangre o en la equidad».

(30) Aquel cuyo padre fuere incierto. VALBUENA le define: el que no tiene padre conocido. En una acepción más lata es el que no ha nacido de legítimo matrimonio o de concubina, es decir, el que no fuere legítimo o natural. Ni el espúreo ni el hijo de éste son considerados como de la parentela —FRANCO DE VILLALBA—. La obligación de mantener y educar al espúreo pesa sobre la madre —SESSÉ—.

(31) El nacido de padres inhábiles para contraer matrimonio, el nacido de unión penada por ley humana. Hay varias clases, a saber: adulterino, incestuoso y sacrílego. El adulterino es el habido de mujer casada con otro o cuyo padre fuere casado con otra mujer que no fuere la madre. Incestuoso es el nacido de padres inhábiles para contraer matrimonio sin dispensa, v. gr., de parientes dentro del grado prohibido o que constituya impedimento para contraer matrimonio. Sacrílego es aquel cuyo padre fuere eclesiástico, religioso o su madre religiosa. También se dice hijo de dañado coito el nacido de unión entre el sirviente y la hija, nieta o hermana del señor, y aun entre sirviente y sirvienta en la casa de aquél... —SESSÉ—. El hijo adulterino no puede conseguir parte alguna de los bienes paternos ni maternos —Fuero único de natis ex damnato coitu—. Nada puede obtener de los bienes del padre ni de los de la madre el hijo de presbítero ni el de religioso o religiosa —Fuero único y Ob. 1 de natis ex damnato coitu—. Según Sessé, el hijo de clérigo de órdenes menores, aunque fuere beneficiado, si lo hubiere habido de mujer soltera y de unión no penada por la ley, es hijo natural...

(32) El hijo natural que sólo hubiere sido legitimado en cuanto a los honores no sucedería a los padres con los otros hijos legítimos —SESSÉ—. En otro caso, sucede como los legítimos.

jos ilegítimos (33). Sucesión de los colaterales (33 bis). Sucesión de los hermanos (34).

(33) Según opinión de FRANCO y GUILLÉN, los hijos ilegítimos suceden, a falta de otros parientes legítimos, a los que lo fueron por la línea materna, pues la sucesión debe ser recíproca. Los descendientes de hijo ilegítimo, aunque sean legítimos, no suceden al padre de aquél ni a los parientes de dicho padre, ni a los de la madre. *Sucesión del hijo natural o bastardo*: Los hijos naturales —no legitimados— no suceden a sus padres aun en defecto de hijos legítimos —MOLINO—. Fúndase esto en el fuero único de natis ex damnato coitu y en la Observancia 25, De generalibus privilegiis, que permiten a los padres donar entre vivos lo que quisieren a sus hijos naturales: disponiendo que si nada les hubiesen donado, nada pueden éstos pedir de la herencia de sus padres. La disposición del artículo 2.º de la Ley de adquisiciones del Estado, a saber, que al muerto intestado sin sucesor legítimo le suceda con preferencia al Estado el hijo natural legalmente reconocido y sus descendientes, es de muy rara aplicación en nuestro Reino. El hijo natural sucede a su consanguíneo materno —SESSÉ, LISSA, FRANCO DE VILLALBA, FRANCO y GUILLÉN—. A su vez, los consanguíneos maternos suceden al hijo natural muerto en la menor edad. No deja de ser muy equitativa esta reciprocidad. *Sucesión del hijo espúreo*: El hijo espúreo de no dañado coito, esto es, de coito no penado por la ley, sucede a la madre que no fuere ilustre, juntamente con los hijos legítimos. No le sucede el hijo espúreo o de dañado coito —SESSÉ, LISSA—. El espúreo sucede también al cognado o consanguíneo legítimo materno, en defecto de hijos y de consanguíneos legítimos. A su vez, los consanguíneos legítimos maternos suceden al hijo espúreo muerto intestado —FRANCO DE VILLALBA—. *Sucesión del hijo de dañado coito*: El hijo de dañado coito, esto es, de coito penado por la ley humana, v. gr., el adulterino, el incestuoso, el sacrílego —hijo de eclesiástico, de religioso o de religiosa—, etc., no sucede abintestato a sus parientes. Si el padre o la madre le hubieren dado o asignado algo de sus bienes y el hijo muriere en la menor edad, le heredarían los parientes más próximos de la línea por la cual descendiesen los bienes, a no ser que el padre o la madre donante hubiere vinculado los bienes donados o asignados, en cuyo caso se sucedería con arreglo al vínculo —SESSÉ—. El hijo de clérigo no sucede a su madre, ni el descendiente de ésta sucede tampoco a dicho hijo —SESSÉ—.

(33 bis) En ideas generales sobre dicha sucesión, el autor opinó que «únicamente en los bienes que el padre o la madre hubieren donado en vida al hijo natural, le sucede su más próximo consanguíneo de la línea por donde provinieren los bienes —SESSÉ—. La sucesión intestada en los bienes del bastardo, no adquiridos por sucesión a sus padres o consanguíneos, se arregla a la Observancia 7, De testamentis. Al muerto intestado sin sucesor legítimo ni hijo natural legalmente reconocido, ni cónyuge no separado por demanda contestada, al tiempo del fallecimiento, le suceden los colaterales desde el quinto al décimo grado inclusive. Esto dispone en su artículo 2.º la Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 16 de mayo de 1835, pero esta ley apenas se aplica en Aragón. En bienes que el padre hubiere donado en vida al hijo espúreo, suceden los más próximos consanguíneos de éste —SESSÉ—. En los bienes no [debe decir sí] donados en vida al hijo de dañado coito, no sucede el consanguíneo paterno de éste, pero sí el materno —SESSÉ—. Es cuestión muy debatida entre los fueristas si cuando concurren consanguíneos ilegítimos con otros legítimos, pero más remotos, deben preferir aquéllos o éstos para la sucesión en los bienes del colateral difunto. PORTOLÉS, después de citar una decisión favorable a los parientes legítimos más próximos, y un pleito no resuelto todavía a la sazón en que escribía el autor, se abstiene de emitir su opinión. A nosotros nos parece, sin embargo, que el principio de la mayor proximidad es el que debe regir y observarse en esta materia; y nos fundamos principalmente en que cuando el fuero llama a la sucesión a los parientes más próximos, «propinquiore», no distingue entre legítimos o ilegítimos. Otras muchas razones, todas muy fuertes, apoyan nuestro sentir, que pueden verse en el autor citado —véase «successio»—.

(34) «Si concurririere hermano uterino ilegítimo con otros colaterales maternos

- C) *Año 1880: Real Decreto de 2 de febrero y Congreso de Jurisconsultos aragoneses de Zaragoza*: La promulgación del Real Decreto citado significa un paso importante en la labor codificadora general del Derecho Civil en España. En dicho Real Decreto se ordenó que se incorporasen a las labores de la codificación civil general, los representantes de Aragón, Baleares, Navarra, Cataluña, Galicia y Vizcaya. Es nombrado por Aragón Luis Franco López, Barón de Mora. Cada uno de ellos presentaría una memoria de los preceptos forales que convendría conservar en el futuro Código.

El 4 de noviembre del mismo año se inauguró en Zaragoza un Congreso de Jurisconsultos aragoneses, cuyo orden del día básico lo constituían las relaciones del viejo ordenamiento foral con la codificación general de España.

Aunque no se contenía una alusión concreta a la sucesión de los hijos extramatrimoniales, en su tema 6.^o se abordaba indirectamente, al plantearse la siguiente cuestión: «En materia de sucesión intestada ¿debe aceptarse el derecho actual de Castilla o el de Aragón? Caso de ser preferido el de Castilla en general ¿podría ser perfeccionado en lo relativo a la línea recta ascendente y a la colateral? ¿En qué forma?» (35).

JOAQUÍN COSTA (36) transcribe las conclusiones aprobadas por el Congreso en las sesiones de 23 y 26 de marzo. De ellas conviene entresacar las pertinentes a este estudio (37).

legítimos del difunto más remotos que aquél, preferiría el hermano a pesar de su ilegitimidad para la sucesión en los bienes procedentes de la madre común —MOLINO, PORTOLÉS, SESSÉ, ANIÑÓN y *Manual del abogado aragonés*—. Los hermanos naturales paternos, esto es, hijos del mismo padre, pero de diferentes concubinas, no se suceden recíprocamente —SESSÉ—. El hermano materno del hijo natural le sucede en los bienes no recibidos del padre en vida de éste —SESSÉ—. Los que el padre o la madre hubieren donado en vida al hijo de dañado coito recaen por muerte de éste en sus más próximos parientes de la línea por donde descendieren los bienes, a no ser que hubiesen sido vinculados por el donante, en cuyo caso habría que estar a los llamamientos —Ob. 25, De generalibus privilegiis—. Empero, si hubiere hermano natural y legítimo, éste excluiría a todos los demás. En los bienes no procedentes de dicho título de donación paterna, sucedería al hijo de dañado coito su hermano materno» —SESSÉ—.

(35) Lo transcribe AMBROSIO TAPIA: *Aragón ante la codificación general civil de España*, Zaragoza, 1880, pág. 99.

(36) *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, páginas 88-89.

(37) «6.^a La herencia intestada se defiende en primer lugar a los hijos y descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio. 7.^a A falta de hijos y descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, los bienes que tuviera el difunto, heredados o donados de cualquiera de sus ascendientes o de sus parientes colaterales, volverán al mismo de quien inmediatamente proceden, si viviere; y en caso de que ya hubiera entonces fallecido, dejando descendientes, recaerán en éstos. 8.^a En los restantes bienes suceden los parientes más próximos del difunto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener

El Congreso adoptó una vía media entre los partidarios de la solución foral tradicional desde 1247, que negaba cualquier tipo de derecho a la sucesión intestada de los hijos naturales reconocidos, y los partidarios de reconocer los mismos derechos que la legislación castellana atribuía a los hijos naturales. Vía media que consistió en seguir la autorizadísima opinión de FRANCO Y GUILLÉN, y admitir la sucesión intestada del hijo natural respecto de la herencia de su madre, y en defecto de parientes legítimos, opinión que tenía a su vez el aval de SESSÉ y de LISSA entre los foralistas más antiguos. En mi opinión, fue siguiendo la conclusión trascrita del Congreso de los jurisconsultos aragoneses como se introdujo el artículo 40 del Apéndice foral aragonés de 7 de diciembre de 1925.

D) *Franco y López*: Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Zaragoza, 1886.

El autor se hizo eco de las conclusiones de tal Congreso.

Muy lacónicamente defiende su opinión en orden a reconocer algún derecho sucesorio a favor de los hijos naturales. «Lo que en los (artículos) del 149 al 153 propongo en favor de los hijos naturales, me parece que sin necesidad de exponer las razones que para ello he tenido, se encontrará muy fundado y equitativo por el que en los tales artículos fije su consideración» (38).

lugar. 9.ª En igualdad de grados, los colaterales excluyen a los ascendientes y los parientes de la línea más próxima a los de la más remota. 10.ª Los hijos naturales reconocidos y sus descendientes suceden a la madre, en defecto de descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio; y el padre, después de los parientes de segundo grado. 11.ª No habiendo parientes dentro del cuarto grado, ni hijos naturales reconocidos, se suceden recíprocamente los cónyuges, y después de ellos heredan los hijos adoptivos. 12.ª En defecto de todos los anteriormente expresados, y a falta de parientes dentro del décimo grado, los bienes se adjudican al Estado».

(38) El artículo 147 por él propuesto —De la sucesión de los ascendientes y de los hijos naturales— dispone que «a falta de hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio del difunto, le sucederán sus ascendientes e hijos naturales en la forma que se dispone en los artículos siguientes».

El artículo 148: «Los bienes que al difunto hubiera transmitido por título oneroso o lucrativo a cualquiera de sus ascendientes, se devolverán al mismo de quien procedan si viviese, y en otro caso a los hijos o descendientes que hubiera dejado».

El artículo 149: «Si el difunto no hubiera dejado hijos naturales legalmente reconocidos, tanto los bienes a que se refiere el precedente artículo, en el caso de que no existiesen las personas llamadas a suceder en ellos, como los restantes de la herencia, se dividirán en dos partes, una para el padre y otra para la madre. Si alguno de ellos hubiera fallecido, sucederán en la parte que le hubiese correspondido sus ascendientes más próximos en grado. Si sólo existiere un ascendiente del difunto, le sucederá en toda la herencia. Exceptúanse de esta disposición los bienes

- F) *Marton y Gavin: Tratados de sucesiones intestadas de los consortes en la misma cosa y fideicomiso legal, según los fueros de Aragón, publicados en latín por don Andrés Serveto Aniñón, don Gil Custodio de Lissa y Guevara y don Jerónimo Portolés, y traducidos y anotados por el autor. Zaragoza, 1888.*

En dos puntos alude a la exclusión de la sucesión intestada de los hijos ilegítimos. En la página 25, cuando, traduciendo la opinión de Aniñón, afirma que «En Aragón los hijos ilegítimos, aunque sean hijos de solteras, no suceden en cosa alguna *ab intestato*, como dice el Fuero de *natis ex damnato coitu*, opine lo que quiera la ley por Derecho Romano, como in *Auth licet, Cod. De naturalibus liberis*».

En la página 44, traduciendo una obra manuscrita de alguno de los autores dichos, afirma: «Por lo perteneciente a nuestro Reino, dejamos ya indicado... que los hijos espúreos no pueden señalar padre; de cuya proposición, y las que dejamos sentadas en este párrafo inferimos, que los hijos habidos fuera del matrimonio, son excluidos absolutamente de la sucesión intestada de sus padres, y, lo que es más, ni éstos les pueden dejar cosa alguna en su testamento. Así se halla establecido en el Fuero único *De natis ex damnato coitu*... Esta ley nos manifiesta que entre los hijos naturales y adulterinos hay la diferencia siguiente: que a los primeros pueden dar sus padres lo que quieran, así en vida como en muerte, a los segundos no les puede dar sino una cosa muy moderada, como declaran dos Observancias del mismo título. Pero en cuanto a suceder por intestado, quedan unos y otros igualmente

que son objeto del artículo 154, porque en ellos únicamente tendrán los ascendientes, por el orden que se acaba de establecer, el usufructo vitalicio».

El artículo 150: «Si el difunto hubiere dejado hijos naturales legalmente reconocidos o legitimados por concesión real, le sucederán, si fueren dos o más, en la mitad de la herencia, y si solamente fuere uno, en la tercera parte. La otra mitad o las dos terceras partes restantes, según los casos, se adjudicarán a los descendientes en la forma establecida en el precedente artículo».

El artículo 151: «Si no habiendo sobrevivido al difunto ninguno de sus ascendientes dejare hijos naturales legalmente reconocidos o legitimados por concesión real, y hermanos legítimos, se dividirá la herencia en dos partes, una para los primeros y otra para los últimos. Y si no hubiere dejado hermanos legítimos, será toda la herencia para los hijos naturales legalmente reconocidos o legitimados por concesión real».

El artículo 152: «En todos los casos a que se refieren los dos precedentes artículos, al hijo natural premuerto le representarán, lo mismo que se establece en el Código General para los legítimos, los descendientes que hubiere dejado».

Finalmente, el artículo 153: «Al hijo natural reconocido por su padre le sucederán los ascendientes paternos y maternos bajo las mismas reglas que quedan establecidas para la sucesión de los que han nacido de legítimo matrimonio; pero si sólo hubiese reconocido por su madre, únicamente le sucederán ésta si le sobrevive, y en caso de haberle premuerto, sus ascendientes maternos.»

inhábiles». El autor deduce importantes consecuencias de dicha inhabilidad (39).

(39) De esta inhabilidad absoluta inferimos: *Primero*: que los hijos que no son habidos en matrimonio justo no podrán suceder por intestado a su padre ni a su madre; porque, sin embargo, de que en cuanto a ésta no rige la misma regla al parecer, pues aunque no tengan padre cierto, tienen madre... Acaso la opinión de Sessé, de que se habla luego, se puede esforzar así: el padre a quien no demuestran las justas bodas, no es cierto, luego tampoco los demás parientes. La madre es cierta: luego también los parientes, y así, si no se le sucede a aquélla, es por su delito. (Obsérvese también que en Aragón los bastardos se dicen de la familia del padre. Véase PORTOLÉS, voz *Bastardus*.) Con todo, si se mira bien, del mismo modo que no es padre determinado y cierto en el derecho el que no señalan las justas bodas, aunque conste que lo es en el orden natural, tampoco debe ser madre cierta la que no lo es por el legítimo matrimonio. Véase Sessé en dicha decisión 43, núm. 6, donde dice: «... Por fuero, pues, de este reino, aquella diferencia ha sido desechada respecto de los hijos no legítimos, de tal manera que el hijo no legítimo, aunque haya nacido de soltero y soltera, no nace para el padre ni para la madre; antes por el contrario, es rechazado de la sucesión de uno y otro». (Véase XIMENES DEL BAILE, párrafo 14, núm. 18.) *Segundo*: que no solamente quedarán inhabilitados los ilegítimos, sino también sus hijos, nietos y demás descendientes. Et nati natorum, et qui nascentur ab illis, *porque todos llevan consigo la mancha y defecto de su primer padre*, y esto aunque ellos sean hijos de matrimonio legítimo, porque aun así ellos no purgan el defecto de la raíz de donde procede, y así como el primer padre, respecto del derecho, no es padre de la familia, tampoco lo son sus descendientes. *Tercero*: que así como los ilegítimos quedan inhabilitados para suceder a su padre y madre, del mismo modo lo quedarán para la sucesión de sus demás parientes, por cualquiera de estas dos líneas, porque como para suceder a éstos han de incluirse por aquéllos, que son como el lazo que los une, jamás podrán probar que en lo legal son hijos suyos y, por consiguiente, ni parientes de los demás de cuya sucesión intestada se trata... Mientras la persona ilegítima haya de enlazar al intestado con el que pretende la sucesión, me parece que éste tendrá en su pretensión un tropiezo invencible. Esta razón me parece de mucho peso, y creeré que a poco que se esfuerce, será decisiva en cuanto a esta proposición. Este punto se ventiló con mucho empeño y se decidió después de muchas dificultades que había por una y por otra parte una vez en el año de 1569 y otra en el de 1590.

SESSÉ, en la Decisión 43, se pone a indagar esta cuestión con estudio particular y dice que nuestra opinión no se funda más que en una razón, y ésta no muy fuerte, y es la de que, privándose al ilegítimo de la sucesión de su padre y madre, se debe entender también privado de la de sus parientes por ambas líneas, porque por ellos es por donde se enlazan unos y otros, a lo que se añade el ejemplo del derecho romano, donde el hijo ilegítimo no sucedía al padre ni a sus parientes por esta línea; pero como sucedía a la madre, no quedaba excluida de la sucesión de sus parientes maternos... «La otra opinión, que es la seguida por la mayor parte de los señores del Real Consejo, se funda en una sola y única razón y no muy fuerte» (Sessé). «Pero la contraria opinión de que por este fuero que levanta la sucesión de la madre al hijo, no sea suprimida respecto de los cognados y pertenecientes a la madre, es más verdadera y común» (Sessé).

Todas las razones que alega Sessé para sostener esta opinión, que dice ser más común y más cierta, se reducen a una sola: y es la de que el fuero de que hablamos es penal y correctorio del derecho común, y por ello tiene un impedimento invencible para extenderlo a más de lo que comprenden con todo rigor sus palabras. Por consiguiente, si el fuero inhabilita al ilegítimo, para la sucesión intestada de su padre, en este punto, que es en el que corrige al derecho común, no se puede entender a los parientes por parte de madre: a más de que aquí se excluye al hijo de la sucesión de su madre por el delito de ésta, que ni es trascendental a

G) *Barrachina: Derecho Foral Español, Castellón, 1911*

Clasifica este autor los hijos ilegítimos en naturales o bastardos, «que son los nacidos de padres que, al tiempo de la concepción, pudieron contraer matrimonio sin dispensa», y en espúreos, «que son los nacidos de dañada y punible unión». «Estos se subdividen en adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres. El Fuero *De natis de damnato coitu*, lib. V habla de los naturales, adulterinos y sacrílegos y la Observancia 1.^a, *De natis ex damnato coitu* trata de los adulterinos y sacrílegos».

Cita el autor el derecho de la madre o del mismo hijo de exigir el reconocimiento de la paternidad probando con testigos que una o varias veces lo tuvo como hijo, bien habitando con él o dándole este nombre en público. A su juicio el Fuero permite la investigación de la paternidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 135 del Código Civil, que a su juicio es supletorio en este punto del Derecho aragonés.

El hijo natural legalmente reconocido tiene derecho a recibir de sus padres cuanto le dieran, ya sea en vida, ya *mortis causa*, pero no a otra cosa que a reclamar los alimentos durante la vida de sus padres, y nada a la muerte de éstos. Fuero de *natis ex damnato coitu*, Observancia 25 de *generalibus privilegiis*.

Apunta el autor que en virtud de la casi absoluta libertad de testar de los padres, y de no tener legítima individual los hijos sino la simbólica de diez sueldos jaqueses, «los de condición natural no pueden ser legitimarios, pues alguna diferencia ha de haber entre la sucesión legítima y la ilegítima; pero tienen derecho a alimentos, pues estos se dan por ley natural, en cumplimiento de deberes éticos jurídicos, de suyo ineludibles, siendo de advertir que la prestación de la cuota alimenticia cesa *ipso facto* por muerte del padre que hizo el reconocimiento».

su hijo ni a los mismos parientes. Sessé graduó esta razón de invencible, y por ella tuvo a la segunda opinión por más probable, aunque no parece que la da por más segura, porque concluye así la decisión: «... Y aunque esta segunda opinión que uno tuvo en tan probable, sin embargo es grande la autoridad de la cosa juzgada». Bien puede fundarse este juicioso escritor: pero aquello de mirar con tanta estrechez e interpretar con tanto rigor la ley que se desvía del derecho romano, que siempre se le haya de quitar toda extensión y se le haya de contener en sus precisas palabras, sin inferior de allí nada más que en lo que no se puede dejar de leer, es modo de pensar a que no he podido habituarme. Y así, sin embargo, de todo lo que habla Sessé sobre este punto, seguiré siempre la misma opinión que siguió el Real Consejo en su decisión. Y cuarto: que pretendiendo la herencia de un intestado un ilegítimo, cualquier pariente de aquél por la parte de donde descienden los bienes, aunque no sea el más próximo, lo vencerá en la disputa —véase Sessé en los motivos de la Decisión 34—, bien que esta victoria no le podrá aprovechar contra el que venga después a demostrar su mayor proximidad con el difunto. En cuanto a inhabilitarle para suceder a los parientes maternos, está ya tratado».

Según sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1865, no se infringe el Fuero *De natis ex damnato coitu* cuando en la sentencia apreciando las pruebas contra las cuales no se cita ley alguna infringida, estima que el hijo es natural.

Los hijos de dañado coito y los adulterinos no pueden recibir cosa alguna *mortis causa*, aunque el padre lego les podría dar algo en vida; pero si la donación fuese excesiva, sería nula y los bienes volverían a los parientes más próximos del donante. Observancia 2.^a *De natis ex damnato coitu*. La apreciación de si la donación es excesiva corresponde a los Tribunales de justicia. Los hijos ilegítimos no naturales sólo pueden recibir algo por misericordia.

H) *Síntesis final del antiguo Derecho de Isabel*

«Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón, derogado por el vigente Apéndice al Código Civil español», Zaragoza, 1926. Admite ISABAL que «la tendencia general de las sociedades modernas, al decir de ALONSO MARTÍNEZ, es a la moralidad y al decoro», en orden a la procreación de hijos. «Por lo común, sigue diciendo ISABAL, la doctrina va inclinándose en todas partes a mejorar la condición, en general dura, de los hijos ilegítimos. Las legislaciones positivas se muestran más fieles a la tradición. Los legisladores no avanzan, en este orden de relaciones jurídicas, *pari passu* que los filósofos y los jurisconsultos... En la Comisión preparatoria del Código Civil español que ALONSO MARTÍNEZ presidió, la tendencia de los representantes de las provincias de fuero se reveló manifestándose favorable a la mejora de la situación jurídica de los hijos ilegítimos, pero manteniendo bien marcada su diferencia de los legítimos. Por lo que respecta a Aragón, el derecho vigente es el que voy a articular, más severo que el Código Civil.

El artículo 11 de su exposición del antiguo Derecho dice así: «Al nacido de varón y mujer libres para contraer matrimonio, pueden el padre y la madre darle de sus bienes en vida o en muerte lo que quisieren; si nada le dieren o dejaren, nada podrá pedir. Si ocurriese que el padre negare ser suyo el hijo, pero la madre o el hijo mismo pudieren probar con testigos idóneos que una o más veces convino en que era hijo suyo o que como a tal le trató, quedará el padre obligado a reconocerlo como hijo y a alimentarlo, mas no, según lo dicho, a darle nada de sus bienes, a no ser voluntariamente. Los alimentos no pueden pedirse por el hijo sino en vida del padre o de la madre» —Fuero único de *natis ex damnato coitu*, lib. 5.º; Obs. 25 *De generalibus privilegiis totius regni Aragonum*, lib. 6.º.

El comentario al precepto entiende que para definir la libertad de estado de los padres habrá de estarse a lo preceptuado en el artículo 119 del Código Civil. No prevé el fuero, sigue diciendo este autor, que la madre niegue su reconocimiento al hijo: como es absurdo pensar que quiso prohibir que se le pudiera imponer el reconocimiento, deberá entenderse supletorio el Código Civil en este punto.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1865, en opinión de ISABAL, la noción de natural es el mismo que en la antigua legislación castellana y hoy en el Código.

Según el fuero de *natis ex damnato coitu*, no llega a autorizar la investigación de la paternidad: lo que permite es la prueba de la posesión del estado de hijo respecto al padre, solución análoga a lo que establece el artículo 135,3 del Código Civil. Y aunque nada dice de la posesión de estado de hijo respecto de la madre, se aplicaría *multo magis*, si por Derecho supletorio no le fuere aplicable el Código Civil.

Artículo 12: «A los nacidos de adulterio o de otra manera de unión ilícita, o de religioso o presbítero, nada puede darles el padre en muerte; el padre lego, sin embargo, puede mientras vive dar o asignar algo de sus bienes, movido a misericordia, a los hijos nacidos en adulterio. La donación hecha por el padre o la madre a los hijos ilegítimos será recobrada, si muriesen sin testamento, por los más próximos parientes, por aquella parte de que provinieren los bienes, a no ser que hubiese vínculo, pues en tal caso sucederían aquellos a quienes, según éste, correspondieran». Fuero único de *natis*, etc.; Observancia 1.^a de *natis ex damnato coitu*, libros 5.º y 25 de *generalibus privilegiis*, libro 6.º.

Entiende ISABAL que el adulterio puede ser del hombre o de la mujer, sin distinción, pese a la diferencia de tipo penal del adulterio del hombre —amancebamiento— respecto a la mujer. «No me parece, dice ISABAL, que pueda aplicarse de cualquier modo la diferencia de trato en el orden civil, de unos y otros hijos, según el carácter del adulterio provenga de uno y otro origen, ya que el resultado del adulterio está en la legislación foral sujeto a unas mismas disposiciones».

Interpreta la Observancia 25: «*sed in adulterio natis vel aliter ex coitu damnato, vel natis ex religioso, nihil potest dare in morte, sed dum vivit, causa misericordiae, dare potest eis pater laycus*». Para él, *vel aliter ex coitu damnato*, significa incestuosos o espúreos, o sea, de padres desconocidos, de los que nada especialmente dicen los Fueros ni las Observancias.

Interpreta benignamente los dos textos del Fuero y de las Observancias en el sentido de que se comprenda en las facultades paternas, no solo dar algo en vida a los hijos adulterinos, sino a los demás ilegítimos no

naturales, no siendo sacrílegos. De todos modos reconoce que la cuestión casi no es sino teórica.

Artículo 13: «Si la donación que el padre de un hijo o hija adulterinos pueda hacerles en vez de moderada fuese excesiva, sería nula, y se aplicaría a los más próximos —parientes—».

Artículo 14: «Si el hijo ilegítimo tiene, con título suficiente, una determinada parte de los bienes del padre, no vendrá, aunque en vida hubiese éste contraído deudas, obligado a satisfacerlas». Entiende ISABAL que, pese al silencio de algunos autores modernos, esta disposición foral no está derogada, por lo que la ha reproducido.

En la *sucesión intestada* el autor afirma que «Y la verdad es que en los fueros de la Compilación no hay nada que pueda tomarse, directa ni indirectamente, como llamamiento de los hijos ilegítimos a las herencias intestadas. Tampoco tienen derecho que invocar en la sucesión testada». «En el título dedicado en el libro I a la paternidad y filiación, se ha expuesto la situación legal de ellos, según el cuerpo de los Fueros y Observancias. Se ve que ni en éstas, ni en los Fueros posteriores a la fecha de la Compilación, se ha modificado con relación a las sucesiones tal situación. Aun los hijos naturales, cuya condición es la menos dura, solo pueden pedir alimentos en la vida del padre o de la madre. Nada pues, hay que incluir en este título en cuanto a la sucesión ilegítima.

Ha habido quienes, movidos por un sentimiento de piedad, han creído que la falta de derecho de los hijos ilegítimos, no es trascendental a sus descendientes, pudiendo reconocérseles a los de la línea materna, en los bienes de esta procedencia, a falta de parientes legítimos: opino que, en el silencio de los fueros, no puede aceptarse esta solución en el estado actual del derecho positivo aragonés.»

VI. EL CÓDIGO CIVIL DE 1888-1889, Y ARAGÓN. EL PROYECTO GIL BERGES —1904. EL APÉNDICE FORAL ARAGONÉS DE 1925

El artículo 13 del Código Civil dispuso que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente están vigentes».

Resulta hoy superada la opinión de DE CASTRO (40), al afirmar que en Aragón no hay ya verdadero régimen foral, y no se puede hablar

(40) *Derecho Civil de España*. Parte General, tomo I, Libro Preliminar, introducción al Derecho Civil, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1949, pág. 261.

con exactitud de cuerpos jurídicos forales ni se plantea la cuestión de la jerarquía de sus fuentes. Se conservan solo aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que se "opongan" a la recepción del Derecho Común codificado. El valor práctico de este sistema especial es doble: se admite en estas provincias [¡qué decimonónica esta denominación en 1983!] de modo inmediato, la aplicación general del Código como conjunto total de disposiciones; en todo lo que los antiguos preceptos forales coincidan con los del Código, sólo los de éste serán aplicables; se exceptúan aquellos casos individuales en que una regla foral contradiga y con ello se oponga, en la esencia y no sólo en la forma, a las normas articuladas en el Código. Otra consecuencia, y de mayor importancia, es la desaparición, respecto de Aragón e islas Baleares, de los antiguos Derechos supletorios».

Más cautamente, y con verdadera perspectiva histórica, LALINDE ABADÍA (41), a quien no puede tacharse de aragonesismo parcialista, afirma que «Todo ello significa que Aragón, en cuanto una de las "provincias aforadas", mantiene íntegro su ordenamiento foral privado entre particulares, es decir, el que había derogado y restablecido después Felipe IV-V de Castilla— y que con las islas Baleares constituye la "provincia aforada" más transigente con la codificación, en cuanto permite la inmediata vigencia de ésta en cuanto no contradiga su propio ordenamiento».

«A partir de este momento, la actividad jurídica aragonesa», sigue diciendo el mismo autor (42), «cambia de signo y se centra en la redacción del Apéndice foral, fórmula arbitrada por la ley 6.^a de la de Bases del Código Civil, y que consiste, como su nombre indica, en un pequeño libro que, como adición al Código Civil, reúna en cada territorio foral las instituciones que se estime imprescindible salvar, todo ello con un criterio de excepcionalidad... La cuestión del Derecho supletorio, que había preocupado mucho, parece haberse resuelto ahora».

En el proyecto Gil Bergés de 1904, elaborado por la Comisión nombrada en virtud de Real Decreto de 24 de abril de 1899, se establece que «Los hijos naturales reconocidos sucederán al difunto a falta de descendientes legítimos» —art. 73—; y en el 76, que «el cónyuge viudo herederá en plena propiedad en defecto de ascendientes, hermanos y sobrinos carnales». Con admiración, AZPEITIA ESTEBAN (43), reconoce que el criterio de este proyecto no sólo acepta el del Código Civil, sino

(41) *Los fueros de Aragón...*, cit., pág. 142.

(42) *Id.*, *id.*, pág. 143.

(43) *El Proyecto de Apéndice del Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón*, Madrid, 1924, pág. 91.

que va más allá, concediéndoles a los hijos naturales derechos sucesorios con prelación a los ascendientes.

Sobre la base del proyecto Gil Bergés, se redacta el proyecto que terminará por cristalizar en Apéndice, y que es elaborado por la Comisión permanente de la General de Codificación, presidida por ANTONIO MAURA, en 18 de junio de 1923. En cumplimiento de la Real Orden de la Presidencia del Gobierno de 26 de febrero de 1924, es publicado por la Orden de 27 de febrero de 1924, se convierte en texto legal en virtud de Real Decreto-ley de 7 de diciembre de 1925, y entra en vigor el 2 de enero de 1925.

Este cuerpo legal regula ampliamente la sucesión intestada en Aragón, conservando los principios tradicionales de su Derecho —llamamiento en primer lugar de los descendientes legítimos del causante; artículo 35; recobro de la firma de dote (art. 36)—; de los bienes donados, vendidos o enajenados al causante sus ascendientes o hermanos, artículo 37; recobro de los bienes que provengan de cualquier ascendiente u otro pariente hasta el 6.º grado, artículo 39; y finalmente, y este es el punto que interesa, el fundamental artículo 40: «Por lo tocante a bienes que el causante haya adquirido de parientes más lejanos del sexto grado o de extraños, así como a bienes de procedencia desconocida o granjeados por el causante mismo, la sucesión intestada se deferirá con arreglo a las comunes normas del Código Civil».

La interpretación de este precepto, ya contenido en el proyecto de 1924 no ha merecido demasiada atención a la doctrina. CASTÁN TOBEÑAS (44) afirmó lacónicamente: «Esta disposición equivale a dar entrada en el régimen sucesorio aragonés y en el lugar que el Código les asigne, a los hijos naturales y al cónyuge viudo, excluidos de la sucesión por el derecho indígena».

AZPEITIA ESTEBAN (45) entiende: «o lo que es igual, con relación a todos los bienes no comprendidos en el concepto de troncalidad que el proyecto establece, o en el sistema de reversión del mismo, se aplicará lo dispuesto en las secciones 2.ª —De la sucesión ascendente—, 3.ª —De los hijos naturales reconocidos—, 4.ª —De la sucesión de los colaterales y de los cónyuges— y 5.ª —De la sucesión del Estado— del capítulo IV, del título III, libro III del Código Civil». Como puede observarse, CASTÁN TOBEÑAS no estima aplicable la sección 2.ª de dicho capítulo, título y libro, con lo que excluye, en su opinión, a los ascendientes, quizá por estimar que ya habían sido mencionados en los recobros de los artículos 37 y 39.

(44) *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, Reus, S. A., Madrid, 1931, páginas 438-439.

(45) *Ob. cit.*, págs. 80-81.

Sin embargo, la remisión del artículo 40 al Código Civil parece ser a todas las secciones pertinentes del mismo: los hijos naturales y el cónyuge deben quedar excluidos por el ascendiente en los bienes a que se refiere dicho artículo.

Solución que es injusta, por cuanto no se prevé legítima hereditaria a favor de los hijos naturales dicho Apéndice, ya que la legítima se defiere exclusivamente en favor de los descendientes legítimos (art. 30).

Las incoherencias del sistema sucesorio abintestato del Proyecto motivaron que AZPEITIA ESTEBAN propusiera sin éxito que: «1.º La sucesión de los descendientes legítimos se ajustará a las prescripciones de los artículos 930 a 934 del Código Civil. 2.º En defecto de descendientes legítimos sucederán al causante los ascendientes y los hijos naturales, en la forma y con la prelación que establece el Código Civil en los artículos 935 al 945...»

Estableciéndose los recobros troncales a favor de colaterales, el propio autor, comentando el artículo 30 del proyecto que establecía la legítima del causante aragonés sólo a favor de los descendientes legítimos, lamenta que «no deje a salvo, con una afirmación de Derecho moderno, la vigencia del Código Civil en Aragón, en cuanto estatuye sobre la legítima de los hijos naturales» (46).

VII. DEL APÉNDICE FORAL ARAGONÉS A LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE ARAGÓN (47)

«La publicación del Apéndice foral no satisface a los foralistas, especialmente cuando Aragón queda sola en esta situación, ya que los restantes territorios «forales»... no llevan a término la publicación de sus previstos Apéndices. Se considera que Aragón ha sido en extremo transigente con el poder central y con la ley común, sacrificando gran parte de sus peculiaridades, a diferencia de lo ocurrido con otros territorios, especialmente Cataluña y Navarra, que siguen utilizando sus ordenamientos históricos amplios.

... La Comisión revisora del Apéndice, constituida en 1935... ratifica estas críticas por insuficiencia, volviéndose a reunir en 1944, pero aplazando sus actividades ante el proyecto de un Congreso nacional de juristas... En 1945 tiene lugar en Zaragoza la celebración del Congreso Nacional de Derecho Civil, cuya postura refleja un cambio notable de

(46) *Ob. cit.*, pág. 71.

(47) LALINDE ABADÍA: *Los fueros de Aragón...*, cit., págs. 146-147.

concepto en relación con los ordenamientos forales, pasando del de «excepcionalidad» al de «especialidad» (48).

El Decreto de 23 de mayo de 1947, ordena el nombramiento de Comisiones de juristas que realicen las Compilaciones. Se nombra la aragonesa en 1948 y se amplía en 1953. También se constituye un Seminario de Estudios de Derecho Aragonés en 1961, quedando concluido el anteproyecto de la Compilación en julio de 1962. El anteproyecto definitivo queda fijado en 1963, pasando a la Sección especial de la Comisión de Codificación y al pleno de ésta. Publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 14 de noviembre de 1966, es promulgada por ley de 8 de abril de 1967.

En todas las redacciones de los proyectos de la Compilación se mantienen dos criterios incommovibles: se excluye de la sucesión forzosa o legitimaria a los hijos naturales, al limitar la legítima colectiva aragonesa a los descendientes legítimos «y solo en ellos», como dicen todas ellas y repite el artículo 119 del texto legal. Y se da nueva redacción al artículo 40 del Apéndice foral, al disponer en el artículo 135: «La sucesión en los bienes que no tengan condición de troncales, o en estos mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código Civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente», esto es, el privilegio reconocido al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, de heredar a los enfermos que fallezcan abintestato en él.

CASTÁN TOBEÑAS (49), haciendo una brevísima síntesis de lo hasta aquí expuesto, afirma que «En el Derecho aragonés los hijos naturales no tienen derecho a la sucesión abintestato (Fuero único de *natis ex damnato coitu* y la Observancia 25, de *generalibus privilegiis*): únicamente tienen derecho a alimentos. Esto no deja de constituir un verdadero arcaísmo jurídico, que no se justifica por mucho que se invoque una tradición continuada sobre la materia. No obstante, la cuestión no

(48) «A partir de ahora —sigue diciendo el autor— ya no se considera que exista una 'ley común', la del Código Civil, a completar con Apéndices que se limiten a recoger instituciones excepcionales, sino que se ha de llegar a un Código Civil general, que no esté basado específicamente en una u otra legislación, sino que sea la suma de todas y en donde se incorporen los principios e instituciones de los territorios forales, reflejándose sus variantes o, en su caso, la inaplicabilidad de determinados preceptos. Entretanto, y hasta que se llegue a ese Código Civil general, que se prevé muy lejano, lo que se propone es sustituir los Apéndices por compilaciones de Derecho Civil especial, donde ya no se trata de recoger las instituciones que, excepcionalmente, han sobrevivido, sino todas las instituciones especiales del territorio, articuladas orgánicamente y bajo los principios jurídicos del propio territorio. Puede decirse que se trata de que en lugar de haber un Código Común civil complementado por Apéndices, haya diversos Códigos que coexisten y entre los que hay uno que tiene alguna condición de mayor generalidad» (íd., íd., página 147).

(49) *Derecho Civil español, común y foral*, tomo VI, *Derecho de Sucesiones*, volumen tercero, Madrid, 1971, págs. 223-224.

dejó de preocupar en los trabajos preparatorios de la Compilación, pero pudo más la fuerza de la tradición, y así, la Comisión de Zaragoza entendió que debía ser conservado el sistema legitimario del tradicional Derecho aragonés, tan favorable a la libertad del testador para disponer de sus bienes, y que da una cabida limitadísima a las legítimas individuales de los hijos; dentro de este régimen era arduo insertar una legítima, completamente nueva, a favor de la prole natural. Con todo, para paliar esta situación, se ha pensado en establecer un derecho especial de alimentos, conforme al artículo 121,2»...

Este precepto, aunque no consagra directamente una regla especial de la sucesión del hijo natural en Aragón, constituye una norma de remisión al ordenamiento común, como único supletorio en Aragón. Corresponde al espíritu del artículo 13 del Código Civil, lo que había apreciado ya la doctrina al comentar el primitivo artículo 40 del Apéndice foral. Por lo tanto, en defecto de la sucesión de los descendientes legítimos —artículos 931 a 934 del Código Civil— y excluidos los bienes que tengan la condición de troncales o estos mismos troncales cuando no hubiere heredero troncal, se deferirá la sucesión con arreglo al Código Civil. Por puro mandato legal, con arreglo a los artículos 935 a 938 —sucesión de los ascendentes—; 939 a 945 —sucesión de los hijos naturales reconocidos—; 946 a 955 —sucesión de los colaterales y de los cónyuges—; y 956 a 958 —sucesión del Estado—; y dejando a salvo el pintoresco llamamiento al Hospital Provincial de Zaragoza, privilegio excepcionalísimo que estadísticamente no altera nada de lo dicho.

Así lo entiende BELLED HEREDIA (50). Este autor afirma que la Compilación «ha mejorado notablemente la regulación de la sucesión intestada». «Hay que reconocer que la actual normativa, conservando la sustancia tradicional de la institución, ha sabido reglamentarla con mayor claridad y precisión que el Apéndice, ha dado solución a puntos que quedaban oscuros en él, ha salvado viejas injusticias y se ha aproximado con espíritu amplio al Derecho común en lo que ha estimado no era raíz y entraña inalienable de la materia» (50 bis).

Siempre cabrá reprochar a la Compilación, pese a la solución transaccional de remitirse en punto a la sucesión intestada al Derecho común, la eliminación, por omisión deliberada, de la legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos.

Sin embargo, la remisión al Derecho Común, en el espíritu del artículo 13 del Código Civil, que realiza el artículo 135 de la Compi-

(50) «La sucesión intestada», artículo publicado en *El Heraldo de Aragón*, 1 de junio de 1967, inserto en el *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XIII, pág. 450.

(50 bis) *Id.*, *id.*, pág. 451.

lación, superfluo, en opinión de CASTÁN, pero que cierra cualquier discusión sobre el particular, resuelve el problema de la sucesión intestada de los hijos naturales en Aragón.

Debo analizar el resto de legislación, civil y constitucional, que se ha promulgado en España desde el ya lejano 1967, y que incide en la materia objeto de este trabajo.

VIII. LEYES POSTERIORES A LA COMPILACIÓN DE 1967 QUE INCIDEN EN EL DERECHO ARAGONÉS: EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL, LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA LEY 11/1981 DE 13 DE MAYO, SOBRE LA PATRIA POTESTAD; FILIACIÓN Y REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La redacción del título preliminar del Código Civil por ley 3/1973 de 17 de marzo, desenvuelta por Decreto 1863/1974 de 21 de mayo, entiendo que no afecta a la remisión del artículo 135 de la Compilación al Código Civil, pues el artículo 13, párrafo 2.º del Código Civil, después de haber reconocido el primer párrafo que las disposiciones del título preliminar del Código Civil y el título IV del libro I serían de aplicación general y directa en toda España, dispuso: «En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas especiales».

Al haberse remitido el artículo 1.º de la Compilación en defecto de la misma, la costumbre y los principios generales que de ambas fuentes se deriven, al Código Civil y las demás normas integrantes del Derecho general español, elimina la aplicación de cualquier Derecho supletorio que no sea este último: hace desaparecer, como lo hizo ya el Apéndice foral, la alegación del Derecho Romano, Canónico o la equidad natural como supletorios del Derecho aragonés (51).

(51) ENCARNA ROCA I TRÍAS: «El Código Civil como supletorio de los Derechos Nacionales españoles», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXI, fascículo II, abril-junio de 1978, págs. 238-239, afirma al respecto: «De lo expuesto hasta aquí, creemos que se puede concluir que en el problema del Derecho supletorio del aragonés hay que distinguir tres períodos: los autores anteriores al Derecho de Nueva Planta de 1711 dudan entre aceptar como supletorio el Derecho romano o bien rechazar su aplicación y admitir la supletoriedad del canónico. A partir de 1711, y por razones no aclaradas plenamente, se inicia un movimiento que preconiza la aceptación del Derecho castellano como supletorio, lo que viene confirmado por la doctrina del Tribunal Supremo. En el siglo XIX, por influencia clara de las doctrinas iusnaturalistas, se tenderá a identificar la expresión del Proemio de los Fueros de Huesca con lo que denominamos hoy principios generales del Derecho».

La promulgación de la Constitución española de 1978 incide en el Derecho familiar y sucesorio, común y antes llamado foral. Los fundamentales artículos 32 y 39 de aquella son sobradamente conocidos para que se precise reproducirlos (52). Su incidencia en el ordenamiento aragonés, familiar y sucesorio, no ha pasado inadvertida a la doctrina.

MARTÍN BALLESTEROS (53) después de negar la aplicación inmediata de las normas constitucionales que perjudican a su tesis, y extrañamente, dotar de claro valor normativo a los preceptos de la parte orgánica de la Constitución que permiten declarar invulnerable el Derecho foral aragonés frente a la Constitución y a las reformas de la primavera y verano de 1981 en materia de Derecho de Familia, concluye afirmando que «este estudio jurídico nos obligará a decir que la filiación ha sido reformada en el Código Civil, que es la legislación de Derecho común, y que no afecta en ello a países de fuero. En ellos, habrá que cambiar, a lo sumo, la palabra «ilegítimos» por la de «extramatrimoniales», pero equipararlos en derechos y facultades, teniendo en cuenta la diferente situación jurídica, y que esta situación es normalmente también diferente en el Derecho foral entre los varios hijos legítimos de la casa y familia, sería excesivo (53 bis)... Los derechos forales tienen hoy, en virtud de la disposición adicional 1.^a de la Constitución, que los respeta y protege, auténtico rango constitucional, que todo el Derecho foral es constitucional. Es tanto como decir que la Constitución no las afecta en términos generales, como no les afectó la Constitución de 1876 y la de 1931 ni las leyes fundamentales del anterior sistema jurídico» (53 ter) (54).

Por supuesto, el autor no consigue resolver el problema que plantea la remisión del artículo 135 de la Compilación al referirse, en cuanto

(52) Analizo muy detalladamente el dilema «carácter normativo preceptivo» versus «carácter programático» de las reglas de la Constitución española de 1978, en los capítulos V a IX de la Sección Segunda del Estudio Primero del tomo V, *La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1981, páginas 115-157. Me inclino por el carácter normativo aplicativo inmediato de las reglas constitucionales, como ha afirmado reiteradamente ya el Tribunal Constitucional en numerosos recursos de inconstitucionalidad de leyes y de amparo contra actos de los poderes públicos.

(53) «La actual normativa jurídica y el Derecho foral. Planteamiento», conferencia pronunciada en el Ciclo de Conferencias sobre la Reforma del Código Civil, publicada por el Colegio Notarial de Zaragoza y la Delegación Territorial de Registradores de la Propiedad, Zaragoza, 1982, págs. 19-20.

(53 bis) Id., id., pág. 17.

(53 ter) Id., id., págs. 19-20.

(54) Recuerdo que FRANCO Y GUILLÉN sostiene su opinión de que los hijos ilegítimos puedan suceder en los bienes que procedan de la línea materna, en defecto de parientes legítimos, porque de otro modo «sería opuesto al artículo 305 de la Constitución de 1812 —vigente en 1841— el que se impusiera a los hijos una pena que debió recaer únicamente sobre los padres». *Ob. cit.*, pág. 213, nota a). Véase el apartado V, letra A, de este trabajo.

a la sucesión intestada que dicho precepto prevé, a las normas generales del Código Civil, normas que han sido modificadas en virtud de la ley 11/1981 de 13 de mayo. Decir que subsiste la remisión a las normas de la sucesión intestada del Código Civil, en su redacción de 1889, hoy derogadas todas, excepto la de los artículos 956 a 958 redactados conforme al Real Decreto-ley de 13 de enero de 1928, crearía problemas que ni el mejor autor sabría resolver.

DELGADO ECHEVERRÍA (55): el autor, a mi juicio, resuelve el problema de la sucesión intestada de los hijos extramatrimoniales en Aragón ya no sólo el de los naturales reconocidos, sino el de todos los extramatrimoniales. «Como es sabido, dice el autor, el título VI del libro II de la Compilación aragonesa (arts. 127-138) contiene una serie de normas particulares —recobros, privilegios del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, y sobre todo sucesión troncal— remitiéndose en todo lo demás, que es lo ordinario y estadísticamente más probable, al Código Civil. El Código Civil ha sido reformado. Luego el Código Civil así reformado —ante todo, mediante el llamamiento, en primer lugar a todos los hijos y descendientes, cualquiera que sea su filiación— está vigente en Aragón» (56).

La defensa de la opinión contraria, a lo que puedo imaginar, tendría que mantener que, a efectos del Derecho aragonés, están vigentes los artículos 931 a 935 del Código Civil, con su texto anterior y derogado. Opinión —hipotética— altamente improbable... Es sabido que la remisión que en nuestra Compilación se incluye en materia de sucesión abintestato, no trata de introducir en nuestro Derecho un contenido jurídico determinado, acaso por su especial cercanía a los principios tradicionales del Derecho aragonés, sino la regulación del Código, por ser la del Código, y aun a costa de aquellos principios —en particular, dando entrada a la sucesión de los ascendientes, contraria a nuestro Derecho histórico... A lo que entiendo, no puede operarse con unos principios tradicionales cuando éstos son contrarios a los proclamados en la Constitución, norma suprema de todo el ordenamiento español, a que ni el Derecho aragonés, ni ningún otro, podría sustraerse... (57). Opina que la sucesión troncal en Aragón hoy mismo parece que precede a la de los hijos extramatrimoniales.

Entiende que la legítima colectiva del artículo 119, que a su vez se remite al artículo 808 del Código Civil, se debe referir no sólo en favor de los hijos y descendientes legítimos, sino de todos; el calificati-

(55) «La reforma del derecho de sucesiones en el Código Civil y el Derecho aragonés», en el ciclo de conferencias citado.

(56) *Ob. cit.*, pág. 31.

(57) *Ob. cit.*, pág. 32.

vo legítimos debe entenderse no puesto en este artículo (58). Lo defiende con un argumento de lógica, de sentido común: si concurren a la sucesión intestada del padre un hijo matrimonial y otro extramatrimonial, herederán la mitad cada uno. Mientras que si el artículo 119, contra lo que definiendo, sigue diciendo lo que decía, el padre, en su testamento, no podría dejar al extramatrimonial sino hasta un tercio. Sería contradicción verdaderamente inexplicable que el testador no pudiera conseguir, testando, lo que el legislador dispone para cuando aquél no manifestó eficazmente su voluntad. Y el artículo 108 del Código Civil reconoce que la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva plena surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Si no es definitivo, sí es al menos argumento muy fuerte para entender que, con este precepto, vigente en Aragón, se suprimen también en Aragón, todas las diferencias entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (59).

Hoy el adjetivo legítimo, aplicado a la filiación, no significa, jurídicamente, nada, al haber desaparecido los preceptos que lo definían (60).

El problema de la preterición se abre ahora si no se mencionan los hijos extramatrimoniales. Hace una sugerencia a los Notarios: deben aconsejar a los testadores que al menos mencionen a los hijos extramatrimoniales, aunque sea a los solos efectos de evitar la preterición (61).

Plantea, de *lege ferenda*, la necesidad de imponer algún temperamento, en una futura reforma de la Compilación, a la falta de legítima corta en Aragón: evitar que el padre desherede y prive de toda porción hereditaria a los hijos matrimoniales en provecho de los extramatrimoniales. Se pregunta el autor si se debe dividir por igual la porción legítima. No basta suprimir la mención de «legítimo» allí donde se la encuentre para resolver todos los problemas (62).

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Poco debo añadir a la opinión de DELGADO ECHEVARRÍA. Con la vigencia en Aragón de las normas de la sucesión intestada del Código Civil, como supletorias de las específicas del Derecho foral, y con la reforma de las mismas por la Ley 13/1981 de 11 de mayo, se ha cerrado un ciclo histórico que arranca de la Compilación de Huesca de 1247. En éste, contra todo fuero y razón, y por la presión de las

(58) *Ob. cit.*, pág. 32.

(59) *Ob. cit.*, págs. 32-33.

(60) *Ob. cit.*, pág. 33.

(61) *Ob. cit.*, pág. 33.

(62) *Ob. cit.*, pág. 34.

ideas de la Iglesia católica en orden a aniquilar la barraganía, hondamente arraigada en las costumbres de la época, se privó de todo derecho a los hijos extramatrimoniales en la sucesión de sus padres. La última actualidad, inspirada en las Declaraciones internacionales sobre Derechos humanos y en la Constitución española de 1978, ha devuelto a los hijos extramatrimoniales lo que la primitiva historia castiza, no foránea, de nuestro Derecho les había reconocido.

No fue poco mérito del Derecho aragonés, anterior a 1247, y en general, el de muchos fueros de la época, haber equiparado a los hijos de toda clase de filiación, matrimonial o extramatrimonial, frente a la discriminación contra estos últimos del Derecho romano canónico y francés, implantado por Reyes con mentalidad de emperadores romanos, pero que, en el fondo, sufrían presiones inaceptables de sus barones feudales, de la iglesia y del reino de Francia.

Debemos velar porque esta primera historia sea restablecida en los ordenamientos patrios todos, puestos en absoluto pie de igualdad por la Constitución de 1978.

La nueva familia democratizada, que impera en la Constitución, estimo que tendrá cohesión afectiva y social, será un lugar de encuentro y de paz de sus miembros, y los amparará más eficazmente que la familia autocrática fundada en la supremacía del padre-marido y en la jerarquía no igualitaria de hijos legítimos-hijos naturales-hijos ilegítimos no naturales, que impuso en su origen el Derecho canónico, y que sólo muy recientemente ha sido modificada en los países miembros del Consejo de Europa.

Porque si es cierto que «¿de qué sirven las buenas leyes sin las costumbres?», también lo es que «¿de qué sirven las costumbres sin el apoyo de las buenas leyes?»

No podemos, en la era postindustrial, reconstruir los viejos Fueros de Jaca, o la regulación de la barraganía en las Partidas —modelo en su tiempo en Europa—, pero sí podemos inspirarnos, con ánimo de adivinación y no de copia servil, en lo mejor de sus principios, que llamaron la atención de germanistas y romanistas europeos cuando fueron conocidos, pues en nada se parecían al Derecho de Familia de la era feudal europea que se inaugura con el siglo XI.

Si hubo hiperbóreas y mal conocidas regulaciones de la filiación extramatrimonial que igualaban a ésta con la matrimonial en el Derecho primitivo germano oriental —singularmente el danés—, las hubo similares y perfectamente conocidas e institucionalizadas en muchísimos fueros de las Españas de los siglos XI al XIII. Singularmente la hubo en el Fuero de Jaca, del siglo XI, ordenamiento burgués *avant la lettre* y modernizante dentro del casticismo español primitivo, aunque fracasado ante el

peso del sector militar nobiliario en el conjunto del reino de Aragón, en el siglo XIII; y en los demás Fueros que arriba he estudiado.

Quiero terminar con el dictamen favorable del gran MARTÍNEZ MARINA (63) sobre este Derecho de Familia más castizo: «A favor de la barraganía, según uso y costumbre antigua de España, está la unidad, la sanidad, la fecundidad, filiación conocida y segura educación de los hijos» (64).

X) APENDICE: LA SUCESION MORTIS CAUSA DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN LOS FUEROS DE DAROCA Y DE ALFAMBRA

1) El Fuero de Daroca: Fue concedido a esta villa por el Conde de Barcelona, Ramón Berenguer IV, el año 1142. Es un Fuero típico de la frontera con el musulmán o «Extremadura»: «Darocae, qui est in extremo saracenorum», reza su encabezamiento.

(63) *Ensayo histórico crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*, por el doctor don FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, canónigo que fue de la Real Iglesia de San Isidro de Madrid y de la Santa Iglesia de Lérida, académico de número de las Reales Academias Española y de la Historia, y de las Buenas Letras de Barcelona, 2.^a ed., tomo I, Madrid, 1834, págs. 268-269.

(64) Y no se diga, como peregrinamente se ha dicho en las discusiones sobre la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil, que debiera ser regulada una barraganía disoluble a voluntad de las partes y un matrimonio indisoluble también a voluntad de los contrayentes. Creo haber refutado tal hipótesis con argumentos institucionales y dogmático-jurídicos en el tomo I de mis *Estudios de Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 357 y ss. Ahora quiero agregar argumentos de Derecho Histórico español. La barraganía como regulación secular, al margen completamente de los principios de la Iglesia sobre la disciplina canónica del matrimonio, se acompaña en muchos de los fueros medievales con la disolubilidad de la propia «unión matrimonial» «a fuero de la tierra». No sólo la barraganía era disoluble a voluntad de los compañeros de la unión: también el matrimonio en los fueros era susceptible de disolución o repudio al margen de la disciplina canónica del mismo. Me remito a lo preceptuado por los Fueros de Cuenca y de Navarra —este último, cuya última redacción es de 1304— que he transcrito en el tomo II, volumen I, de mis *Estudios de Derecho de Familia. La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*. Barcelona, Ed. Bosch, 1982, págs. 149 y siguientes.

Me remito asimismo al Apéndice titulado «Las peculiaridades del Derecho de Familia de las Españas medievales anteriores a la recepción del Derecho romano canónico», inserto en la primera parte de este trabajo, publicado en esta Revista en el número 554 de enero-febrero de 1983, págs. 162 a 176.

En ambos Fueros también los hijos de ganancia o barragana suceden, en concurrencia con los hijos de bendición, y por igual, a sus padres. Si se cita la Historia del Derecho hay que citarla completa, porque de lo contrario el argumento se vuelve contra el que lo formula. Aceptar la disolubilidad de la barraganía o unión civil que se pretende significa aceptar la completa disciplina secular de la unión, matrimonial y paramatrimonial; los efectos de esta última como un estado honori-

La villa tuvo fueros anteriores a éste, pues en el año 1129 se otorgaron a Casada «*tales foros quales habent illos populatores de Daroca et de Soria*».

Según GIBERT (65), el Fuero de Daroca «presenta evidentes afinidades con el Derecho de la Extremadura castellana». Creo que su pariente remoto puede ser el Fuero de Sepúlveda, otorgado a esta villa segoviana en 1076. Este Fuero primitivo y modélico de dicha Extremadura —le suplantó en este papel, en el siglo XIII, el Fuero de Cuenca— tuvo un área de expansión amplísima, desde Segura de León —Badajoz—, a Morella —Reino de Valencia— y Albarracín y Mosqueruela —Reino de Aragón.

El Fuero de Daroca regula minuciosamente un tipo de familia extensa, patriarcal y muy jerarquizada, pues es preciso atraer repobladores a la villa mediante la concesión de privilegios, no sólo en el plano fiscal, municipal, económico y procesal, sino en el personal y familiar (66).

Se prevé un régimen especial para el varón de Daroca que huye de la villa con otra mujer, dejando abandonada a la suya propia. Quizá se ha querido sustituir el régimen de la prestación señorial o cugucia —«mal uso» en Cataluña— que debe el vasallo al señor por el adulterio de su mujer, por el siguiente: el hombre que abandona Daroca en las condiciones dichas no puede pedir cosa alguna de sus bienes a su mujer, sino que es ésta la que poseerá, con sus hijos, los bienes del marido. Y lo propio se establece cuando es la mujer la que huye —en este caso, se ha derogado directamente el régimen de la cugucia, al retener los bienes de la mujer no el señor feudal, sino el marido y los hijos de la mujer adúltera.

La violación de una mujer se castiga con la imposición de la pena del homicidio, y la declaración de *inimicitia* contra el violador: *et exeat homicida*. Pero si no pudiere probarse la voluntad de violación del hombre, para disculparse, o debe someterse al duelo judicial o al juramento expurgatorio con doce testigos.

El que raptare a una mujer ajena contra la voluntad de sus padres, debe disculparse en el plazo de treinta días que le concederán los alcaldes. Si no lo hiciere, será declarado enemigo del concejo y sufrirá

fico próximo al matrimonio y la absoluta equiparación de los hijos de barragana y de mujer de bendición o legítima. De ahí a tener que aceptar la disolución de la unión matrimonial no hay sino un paso, que, por cierto, franquearon los Fueros de Navarra y de Cuenca, y los demás cuerpos legales que he estudiado en el repetido Apéndice de mi trabajo arriba citado.

(65) *Historia general del Derecho español*, Madrid, 1977, pág. 35.

(66) Extracto de lo pertinente a este trabajo del Fuero de Daroca. Este se halla contenido en *Colección de Fueros municipales y Cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, tomo I, Madrid, 1847, págs. 532-543. (Hay una edición facsimilar de las Ediciones Atlas, Madrid, 1970.)

la confiscación de sus bienes. Si acudiere a disculpar su falta en el plazo de treinta días, la mujer será puesta en medio del concejo: elegirá o a sus padres, en cuyo caso el raptor pagará la pena del homicidio y saldrá enemigo del concejo, o a su raptor, en cuyo caso será absuelto el hombre, pero la mujer será desheredada.

Si el hijo o la hija casaren contra la voluntad de sus padres serán desheredados.

La mujer que huyere con otro hombre podrá ser perseguida y capturada por su marido dondequiera que la encontrare sin cometer delito, y quien la defendiera o se la quitare al marido pechará trescientos sueldos. Pena que es equivalente a la gravísima del homicidio.

Se prohíbe dejar a un hijo mayor porción de herencia que a otro: todos deben heredar por partes iguales. Se permite a los esposos constituir comunidad de bienes —*recipere in medietatem*—, pero sólo si no tienen hijos. Y nadie puede adoptar a otro, teniendo hijos, sin la voluntad de éstos: contra lo previsto en el Derecho aragonés general.

Se prevé que el padre practique ante el concejo la *desafiliatio* respecto del hijo pródigo, ladrón o ebrio: en tal supuesto, no responderá de sus delitos.

Se cortará la mano del que golpee a su padre o madre, y se obligará al hijo a dar alimentos a éstos si por su pobreza tuvieran necesidad de ellos.

No podía menos el Fuero, después de esta regulación familiar tan completa —para lo que estilan los llamados «fueros breves» o «latinos» de los siglos XI y XII—, de regular la sucesión *mortis causa* de los hijos extramatrimoniales, «a fuero y costumbre antigua de España», como hablando de la barragania dijo el gran MARTÍNEZ MARINA.

Si una concubina —barragana en romance— tuviere un hijo de alguno, debe conseguir que el padre, mientras viviere, lo reconozca *faciat illum credere patri*. Si no lo consiguiera, no heredará el hijo los bienes de su padre.

Ninguna barragana, muerto el barragán, poseerá los bienes de los hijos de ambos hasta que sean adultos, sino que los poseerán los parientes más próximos del padre, pero deberán dar con anterioridad caución de conservar íntegramente los bienes de los hijos al Juez o a los alcaldes.

Si alguien, teniendo mujer de bendición o legítima, engendrare un hijo o hija de mujer adúltera, el hijo no heredará los bienes del padre con los hijos legítimos. Pero el padre puede darle al hijo adulterino, si quiere, cien sueldos. Y esto mismo debe decirse de la mujer casada.

Los padres heredarán a sus hijos, y recíprocamente, éstos a aquéllos, excepto los adulterinos, que no deben heredar, como se dijo arriba.

Si alguien no quisiere reconocer al hijo de la barragana, ésta deberá o presentar padrinos enviados por el padre al bautizo del hijo o tomar el hierro —caliente— según costumbre, y en ambos casos se la creerá.

Si alguna barragana, al morir su barragán o compañero estuviere encinta, tomará el hierro —caliente— y será creída.

Como dice GACTO FERNÁNDEZ (67), no es suficiente que el hijo de la barragana nazca dentro de una relación estable, sino que se prescribe el reconocimiento del padre. Significa con toda probabilidad un intento de afinar al máximo la identificación de éste para obviar situaciones que pudieran prestarse a maniobras fraudulentas. Por ello se explica la necesidad del reconocimiento —voluntario— del padre, o la prueba de los padrinos del bautismo del hijo, enviados por el padre, o la prueba del hierro caliente por parte de la madre. Esta prueba de los padrinos es muy típica en otros fueros castellanos de la época.

Para el propio autor (68), aunque el hijo de la barragana tiene derecho a suceder en la herencia del padre cuando nace en una relación estable de concubinato, parece que tendría también lugar su admisión en la herencia cuando el nacimiento se produjera fuera de esta unión permanente si los padres eran solteros, porque lo que atribuye el derecho a suceder en la herencia paterna es el reconocimiento explícito del padre.

Se prevé que la barragana no posea los bienes del hijo nacido de la unión quizá porque, como dice GACTO FERNÁNDEZ (69), la concubina no merece la misma confianza que la esposa, probablemente por la posibilidad que existía de que aquélla volviera a entrar en una posterior relación de barraganía, con el subsiguiente riesgo para los intereses económicos del hijo natural.

Se regula el caso especial de la barragana encinta cuando ha muerto su compañero: será creída acerca de la paternidad de su hijo siempre que se someta a la prueba «vulgar», de origen germánico, de tomar el hierro —caliente, se entiende.

Debo distinguir el derecho del hijo de la barragana soltera habido con hombre soltero, del supuesto de la filiación adulterina. No debo hacer referencia a la concepción «sacrílega» por personas con órdenes sagradas o profesión religiosa, pues en la fecha del Fuero el impedimento dirimente correspondiente todavía no había sido regulado en el III Concilio de Letrán de 1179.

El hijo nacido de hombre soltero con mujer soltera hereda a su padre siempre que sea reconocido en las formas dichas. Aunque no se

(67) *Ob. cit.*, pág. 63.

(68) *Ob. cit.*, pág. 163.

(69) *Id.*, pág. 49.

prevé la concurrencia de hijos de la barragana con hijos de mujer de bendición, es seguro que partiría los bienes por igual con ellos.

El hijo adulterino no hereda los bienes de su padre, pero éste podrá darle cien sueldos. La cantidad es importante: la tercera parte de la pena de los más graves delitos, según el Fuero: homicidio, rapto o allanamiento violento de morada. Equivale también a la pena por hacer saltar un diente o hacer perder un dedo a otro.

Aunque difiere bastante de la regulación de la sucesión *mortis causa* a favor de los hijos extramatrimoniales en el Alto Aragón, sigue sus orientaciones básicas. En todo caso, se opone diametralmente al Derecho de la Compilación de Huesca de 1247 y de la última redacción del Fuero de Jaca.

En conclusión: la familia que regula el Fuero de Daroca es la castiza española de la frontera con el musulmán, y esta regulación no está influida, poco ni mucho, por el Derecho romano canónico.

La regulación del Fuero, en efecto, es incompatible con el significado mismo del Derecho canónico en puntos tan fundamentales como la organización del proceso y el orden de las pruebas.

«Queremos que nadie responda —ante la justicia— sin querella del ofendido», dice este Fuero. Este «principio acusatorio», tan característico de los Fueros de la Extremadura castellana, leonesa y portuguesa de la época, es incompatible con el proceso canónico, fundado en el principio opuesto, de «inquisición» o pesquisa de oficio por el Juez de los delitos cometidos (70).

Las pruebas que prevé el Fuero —el juramento expurgatorio con doce testigos, la prueba del hierro caliente, el duelo judicial— fueron expresamente prohibidas por el IV Concilio de Letrán —año 1215.

La exclusión del hijo adulterino de la sucesión *mortis causa* de su

(70) ... «Consecuencia de esta práctica de la justicia privada fue el carácter que tuvo el sistema procesal en la Alta Edad Media, en el cual, el procedimiento era 'acusatorio' y el proceso sólo se iniciaba a instancia de la parte perjudicada o que se consideraba ofendida —*Nullum respondeat sine quereloso*...

»Esta recepción romano canónica influyó en el procedimiento judicial, y de acuerdo con el sistema procesal romano canónico, el procedimiento 'acusatorio' fue siendo desplazado por un procedimiento 'inquisitivo' o de oficio, según el cual los delitos eran perseguidos, aunque no hubiera acusación de la parte perjudicada, porque bastaba que el hecho llegase a conocimiento del Juez, y a éste competía proceder a una investigación o 'inquisición' —*inquisitio*— sobre dicho hecho y a la sustanciación del proceso que derivaba de la mencionada 'inquisición'. Este nuevo sistema procesal... llevó consigo... que se generalizasen... el más frecuente uso de las pruebas testifical y documental y, finalmente, la eliminación de la práctica del 'juramento expurgatorio' y de las llamadas 'ordalías' y 'pruebas vulgares'...» (GARCÍA DE VALDEAVELLANO: *Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 556 y 550-561.)

padre no tiene como finalidad, en el Fuero de Daroca, la moralización de las costumbres, pretendida, v. gr., por la Compilación de Huesca de 1247. Esta preocupación eclesiástica es por completo ajena al propósito del Fuero, que, por otra parte, establece una serie de disposiciones que hoy no dudarían algunos en calificar de anticlericales y que tienen su exacto sentido en una situación de frontera con el musulmán, en que el Fuero pretende conceder franquicias y libertades a todos los vecinos e imponer cargas a todos, y no solamente a algunos. Los clérigos son unos poderosos y ricos vecinos, cuyo *status* es preciso reglamentar cuidadosamente (71).

Al regular, como he dicho, los derechos de los hijos adulterinos en la sucesión de sus padres, el Fuero pretende acatar el principio básico de la familia patriarcal: sólo los hijos de la mujer casada, nacidos en una unión monogámica con el hombre, fuertemente controlada por la ley y la costumbre, pueden ser atribuidos al marido de la madre y, consiguientemente, heredar sus bienes. Los hijos nacidos de una unión adulterina efímera que contraría este principio patriarcal, no pueden heredar por no poder ser atribuidos al marido de la madre. En cambio, cuando

(71) Ningún vecino de Daroca contra la voluntad del concejo se haga *arcediano o arcipreste*...; si alguno se hiciere, sea lapidado y la casa de él demolida desde los cimientos (!!)... Se regula cuidadosamente las cantidades que pueden dar el misacantano —o el diácono que lee el Evangelio al ordenarse— a sus colegas «pro pitanza»: diez sueldos. Pueden darles una espléndida comida el domingo, pero no pueden sus colegas exigirles nada más. Se regulan también los diezmos y primicias, cuidando su distribución entre el obispo y la iglesia local. Y previniendo que los eclesiásticos aleguen la «inmunidad de jurisdicción» o *privilegium fori* al concejo de Daroca en términos abusivos, verdadero caballo de batalla de las luchas de la Iglesia y del Estado en la Edad Media y Moderna, el Fuero zanja de modo abrupto cualquier pretensión ilegal de aquéllos: «todos los clérigos de Daroca tengan el mismo Fuero en las viñas, en los huertos, en las heredades, en los pastos, en los molinos y en las aguas, y en todas las cosas semejantes, que tiene todo absolutamente el pueblo de Daroca». Es seguro que los clérigos de la zona pretenderían extender su inmunidad personal a la jurisdicción del Concejo —inmunidad que no está explícitamente reconocida por el Fuero, pero sí pretendida por el Derecho canónico de la época—, a sus bienes personales.

Así hacían los ricos-hombres, infanzones y caballeros de la época, y así hizo el estamento nobiliario posterior a lo largo de los siglos.

Por último, no se exime al clérigo del impuesto de la «mañería». Como es sabido, la persona que muere estéril pierde sus bienes en beneficio del señor.

El Fuero de Daroca modifica el uso: ya no es un «mal uso» señorial, sino un impuesto concejil que grava al que al morir no deja brazos de hijo para la defensa de la villa, y cuyo importe se aplica a la reparación de sus murallas. «Si alguien muriese estéril y no tuviere próximos parientes en Daroca que le hereden, todos sus bienes se aplicarán para la reparación de las murallas.» Indirectamente, se fuerza al clérigo que no tenga parientes próximos en la zona a tener hijos —probablemente de barragana, ya que la Iglesia difícilmente reconocerá la validez de su matrimonio en época tan avanzada del Medievo—, si no quiere que a su muerte todos sus bienes revertan al concejo. Y la no excepción de los clérigos de la «mañería», ya apuntó MARTÍNEZ MARINA en su importante *Ensayo*..., citado, que era característica de los fueros castellanos de la época.

son engendrados en una unión que no perjudica el principio patriarcal —porque el hombre está unido habitualmente con la madre o porque los ha reconocido—, no hay obstáculo para que hereden al padre, aun cuando la Iglesia no haya bendecido esta unión, que compite con el matrimonio legítimo en las costumbres de las gentes. Y, a mi juicio, pueden concurrir, según el Fuero de Daroca, hijos de ambas procedencias, de mujer de bendición o de barragana o reconocidos, y heredar por partes iguales los bienes de su padre.

Conozco algunos aspectos de la vigencia del Fuero de Daroca, aunque no puedo precisar la práctica jurídica de los habitantes de esta villa respecto de la sucesión de los hijos extramatrimoniales.

Una sentencia de Fernando *el Católico* de 1510 confirmó el Fuero de Daroca. En 1512, la reina doña Germana sancionó unas constituciones que le fueron presentadas por un jurisperito y un síndico de la villa, y confirmó sus fueros medievales... En 1623 consta la aplicación en Daroca de los Fueros de Aragón (72).

Yo conjeturo que el rey Felipe II aprovechó los gravísimos atentados que cometió contra las libertades aragonesas, tomando por asalto Zaragoza y ajusticiando... al Justicia mayor de Aragón, don Juan de Lanuza, para suprimir los Fueros de Daroca, como hizo con los de Teruel.

2) El Fuero de Alfambra dispone lo que sigue: «tot omne bort que conexido es de su padre si es fornezino prenga V solidos por part et si no es fornezino parta con sus hermanos» (73).

Destaca en el Fuero la importancia del reconocimiento del hijo hecho por el padre.

La distinción entre *hijo fornezino* y *non fornezino*, dentro de la categoría de los *hijos borts*, no es fácil de establecer. Quizá el *fornezino* sea el adulterino —lo que concordaría con cuanto sabemos de otros fueros aragoneses, incluso el de Daroca—, y el *non fornezino* sea el hijo de barragana en sentido estricto, esto es, nacido de una relación estable y aparente, cuasi matrimonial, de soltero con soltera.

No puedo cotejar los cinco sueldos, cantidad con la que el Fuero aparta de la sucesión de su padre al hijo *fornezino*, con las cantidades, penas, impuestos, etc., que se establecen en el mismo Fuero. Quizá en su origen la cantidad fue modesta, equivalente a unos «alimentos naturales» para el hijo *fornezino*, y posteriormente se convirtió en nada por la incesante devaluación monetaria que desde hace novecientos años sufren nuestras monedas.

Los hijos *bordes no fornezinos*, como dice GACTO FERNÁNDEZ (74),

(72) GIBERT, *ob. cit.*, pág. 516.

(73) GACTO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 65, nota 115.

(74) *Ob. cit.*, pág. 180.

gozan de un amplio derecho hereditario si han sido reconocidos por el padre. A mi juicio, disfrutaban de un régimen parecido al previsto para los *fills borts* en la primera redacción del Fuero de Jaca —epígrafe II, letra A, de este trabajo.

Derecho hereditario que choca frontalmente con el sistema de la Compilación de Huesca de 1247 y con el sistema general del Derecho común romano canónico previsto en la «Concordantia Discordantium Canonum» de Graciano (año 1140).

Ignoro cuándo se aplicó a la villa de Alfambra el régimen general de la Compilación de Huesca y la demás legislación aragonesa contraria a los derechos de los hijos de barragana.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

Miembro del Comité de Expertos sobre el Derecho de los Esposos del Consejo de Europa, años 1980-1981; y del Comité de Expertos sobre el Derecho de Familia, año 1983.