

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO**

---

**REFORMAS POSTCLÁSICAS Y JUSTINIANEAS EN LA  
SUCESIÓN INTESTADA Y SU EVOLUCIÓN EN LA  
TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-GERMÁNICA**

**REFORMS TO INTESTACY DURING POST-CLASSICAL AND  
JUSTINIAN TIME AND THEIR EVOLUTION IN THE ROMAN-  
GERMANIC LEGAL TRADITION**

**Ramón Herrera**  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad de Jaén

**SUMARIO:** I. Premisas.- II. Las reformas postclásicas: la superación del arcaico *Ius civile*.- III. Precedentes normativos de la legislación justiniana y su consolidación en la Novela 118.- IV. Dos supuestos concretos: la sucesión intestada del liberto y los *bona vacantia*.- V. La sucesión intestada en la tradición romano-germánica: especial referencia a la herencia en la legislación visigoda.- VI. La sucesión *ab intestato* en el sistema jurídico del *Ius commune*. La constante dialéctica entre lo particular y lo universal.- VII. La sucesión intestada en la antesala de la Codificación y su plasmación en los Códigos civiles europeos.- VIII. La sucesión intestada en la Codificación civil española: especiales peculiaridades.- IX. Conclusión.

### I.- PREMISAS.

Las constituciones imperiales que emergen a partir del Bajo Imperio son el punto de referencia que marca el inicio y el punto de partida que viene a confluír, con posterioridad, en la definitiva legislación justiniana anterior a la Novela 118, la cual representa el máximo esfuerzo legislativo de la sucesión intestada desde una perspectiva sistemática, reordenando y recibiendo conjuntamente las distintas problemáticas institucionales<sup>1</sup>. Aunque, como pondremos de manifiesto, la normativa imperial en torno a la sucesión intestada empieza a estar condicionada por los cambios producidos en las relaciones familiares, dando una mayor importancia al parentesco de sangre (*cognatio*) frente a la *agnatio*, fruto del impulso aportado por el derecho

---

<sup>1</sup> Vid. LA PIRA, *La successione intestata e contro il testamento*, Firenze, 1930; VOCI, P., *Il diritto ereditario romano*, vol. II, 2ª ed., Milano, 1963, pp. 36 ss.; ID., “Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi”, *ANRW* II,14, Berlin, 1982, pp. 396 ss. [= *Studi di Diritto romano*, Padova, 1985, pp. 3 ss.]; LAMBERTINI, R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977; ARCHI, G., *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, pp. 219 ss.

pretorio, junto posteriormente con la influencia del Cristianismo<sup>2</sup>. Pero, además, se iguala el parentesco materno y paterno y se eliminan las diferencias entre *filiifamilias* y emancipados. Al abrirse la posibilidad de la *successio ex lege* los cambios se suceden en el ámbito patrimonial y personal de la familia, aumentando la capacidad patrimonial de los *fili* y reconociendo la legitimación de los hijos naturales *per subsquens matrimonium*, adquiriendo éstos la condición de *sui*, además de equiparar a los agnados con los cognados<sup>3</sup>. Igualmente, a partir de Valentiniano y Teodosio se implanta la equiparación de sexos, cuya máxima expresión la encontramos en la Compilación de Justiniano, atribuyéndose derechos a la mujer, aboliendo el privilegio de los agnados del sexo masculino<sup>4</sup>.

Sin embargo, como señala Kunkel, en relación al tema de la sucesión intestada las diferentes reformas a partir del Bajo Imperio hasta la Compilación justiniana no se producen con una continuidad estable. Será

---

<sup>2</sup> TROPLONG, *De influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1943, pp. 349 ss.; GAUDEMET, J., "La transmisión des constitutions relatives au droit successoral au Bas-Empire et dans royaumes barbares", *RIDA*, 7, 1960, pp. 408 ss.; VOICI, P., *Il diritto ereditario romano*, cit., p. 86; BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 333.

<sup>3</sup> VOICI, P., *Il diritto ereditario romano*, cit., pp. 177 ss.; GAUDEMET, J., "La transmisión des constitutions...", cit., p. 434; LUCHETTI, G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, Milano, 1990. A partir de la legislación de Constantino se acentúa la capacidad patrimonial del *pater familias*. En la época justiniana se consolida la idea de que la propiedad del patrimonio corresponde al *filius*, quedándose el padre en un simple administrador. Vid. C. Th. 8,18,1; C. 6,60,1 pr.; C. 5, 27,10; C. 8,47,10, I. 3,1,14.

<sup>4</sup> C. 5, 27,10; C. 8,47,10, I. 3,1,14.

posteriormente a través de leyes específicas (Novelas) cuando el emperador Justiniano cree un sistema sucesorio fundamentado en la *cognatio*<sup>5</sup>.

Las Novelas 118 y 127 son la base fundamental en la que se asienta la tradición jurídica occidental de color romanista. Sin embargo, como afirma Coing: «por lo que al *Ius commune* se refiere tres hechos fueron decisivos para la suerte del derecho de la sucesión intestada: la interpretación de las fuentes era especialmente difícil, pues la nueva regulación justiniana dejó abierta muchas cuestiones, en particular la relación de las nuevas disposiciones con las vigentes hasta entonces. El sistema de la sucesión especial en determinados bienes vinculados, como feudos y mayorazgos, desplazó la ordenación *ab intestato* del Corpus Iuris. Finalmente, el Derecho Común casi en ningún lugar estuvo vigente ilimitadamente; fue cambiado o excluido por regulaciones territoriales especiales en el derecho estatutario y consuetudinario»<sup>6</sup>. Este último aspecto lo confirma Pérez Prendes cuando determina que: «no puede evitarse la impresión de ver el sistema sucesorio justiniano algo extraño y difícilmente encajable en la tradición jurídica de los reinos españoles, no sólo en el momento de iniciarse la recepción del Derecho Común, sino incluso mucho después»<sup>7</sup>.

Como pone de manifiesto Lalinde, en el ámbito del derecho hereditario español, su evolución histórica viene marcada, por un lado, por una cierta originalidad y una ausencia del Derecho Común en determinados periodos históricos. Y, por otro, por la presencia del Derecho Común que se encuentra

---

<sup>5</sup> KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. esp., Barcelona, 1977, p. 447.

<sup>6</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, vol. I, trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, Madrid, 1996, pp. 758-759.

<sup>7</sup> PÉREZ PRENDES, J. M., *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid, 1988, p. 1266.

presente, ofreciendo a veces diferentes formas, resultado de la oposición entre principios locales e importados. Las causas de esta situación, apostilla el citado autor, radican en diferentes aspectos como: la organización económica y personal de la familia; el concepto de propiedad; organización social; efectividad del ordenamiento jurídico e ideas filosófico religiosas<sup>8</sup>. Aunque resulta obvio que la visión personalista de la sucesión, propia del Derecho romano, pervive a través del Derecho visigodo y revive en la Baja Edad Media por medio del Derecho Común; pero en continua tensión con la perspectiva patrimonialista que se implanta en los reinos hispánicos en la Alta Edad Media. Si bien es obvio que los «motivos que abren la sucesión ab intestato son los enunciados en el Derecho romano (falta de testamento, anulación de éste o no aceptación de la herencia», la evolución está marcada «por los principios del Derecho romano justiniano, del Derecho canónico y algunos de los elementos que se habían ido desarrollando durante el sistema jurídico medieval a través del Derecho local»<sup>9</sup>.

Pero uno de los problemas fundamentales que a lo largo de la historia ha circulado en relación a la sucesión intestada es su conexión con la sucesión testamentaria, y de ahí se pueden deducir tres situaciones: una, de no concurrencia de las dos modalidades sucesorias, tal como se dio en la península ibérica en los primeros siglos de la Reconquista; otra, de clara incompatibilidad, fruto del desarrollo del principio "*nemo pro parte testatus parte intestatus decedere potest*". Esta segunda realidad se desarrolla en zonas

---

<sup>8</sup> LALINDE ABADIA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, 2ª ed., Barcelona, 1973, pp. 809 ss.

<sup>9</sup> MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid, 2002, pp. 404-405.

más abiertas al Derecho común. Y, por último, una tercera, que agrupa históricamente casos de compatibilidad, en geografías donde se opone resistencia al *Ius commune* y a la Codificación<sup>10</sup>.

Esa problemática en relación a la coexistencia de las dos modalidades hereditarias, históricamente va a determinar una preferencia de la sucesión legítima frente a la testamentaria, un reflejo de la estructura familiar muy condicionada por disposiciones de última voluntad de naturaleza paccionada o contractual, muy por encima de las disposiciones testamentarias. Será a partir de la Baja Edad Media cuando se perfile la recepción del Derecho Común, diseñándose diferentes modelos en relación al sistema sucesorio, debilitándose los lazos familiares y prevaleciendo un modelo voluntarista sobre la sucesión legítima. Pero la implantación del Derecho Común no es automática ni uniforme, ofreciendo una diversidad algo compleja a lo largo de su evolución histórica. No debemos perder de vista que a partir del siglo

---

<sup>10</sup> LALINDE, J., "Sectores sucesorios hispánicos resistentes al Derecho Común", *Libro homenaje a Orlandis . Estudios de Derecho privado, penal, romano, feudal, burgués*, Barcelona, 1998, pp. 141-162. Vid., también, PÉREZ SIMEON, M., 'Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest'. *El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en Derecho romano*, Madrid-Barcelona, 2001; MEYLAN, "Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest", en *Zum Schweizerischen Erbrecht (Festschrift Tuor)*, Zurich, 1946, pp. 185 ss.; VARELA, E., "La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en la época arcaica", en *Estudios en homenaje a Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 535 ss; CASTRO SAENZ, A., "Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana", *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (coord. L. Rodríguez Ennes), Universidad de Vigo, 1998, pp. 209-224, con importante bibliografía en nt. 1; LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, C., "La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas", en *Estudios de Derecho romano in memoriam de Benito M<sup>a</sup> Reimundo Yanes*, vol. I, Burgos, 2000 (A. Murillo Villar, coord.), pp. 533-568.

XI la simplicidad de la vida jurídica no demandaba un conjunto de instituciones jurídicas complejas, pues el ordenamiento existente resultaba idóneo, sin embargo las nuevas realidades socioeconómicas empezaron a generar nuevas necesidades que reclaman un modelo jurídico fundamentado en el Derecho justiniano, al cual podían recurrir los juristas<sup>11</sup>.

Debemos ser, además, conscientes que enfrentarse al Derecho Común no está exento de dificultades, pues como manifiesta Iglesia Ferreiros: «la época comprendida entre los visigodos y la Recepción es aquella que ha concentrado la atención preferente de los historiadores del derecho privado»<sup>12</sup>. Y es que el problema puede venir dado porque «el estudio histórico de una institución en la época moderna solo ofrece un aspecto parcial del mundo complejo formado por el derecho vivido». Sobre todo, si solo se recurre al estudio de la doctrina y de la ley. Y es que «la recuperación del derecho del pasado no puede hacerse primando una u otra fuente ... sino que tiene que hacerse necesariamente poniendo a contribución todos los datos existentes, a fin de tratar de extraer de los mismos la institución estudiada»<sup>13</sup>.

## II.- LAS REFORMAS POSTCLÁSICAS: LA SUPERACIÓN DEL ARCAICO *IUS CIVILE*.

---

<sup>11</sup> IGLESIA FERREIROS, A., "Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español", *Enciclopedia Historia de España*, dir. M. Artola, Madrid, p. 472.

<sup>12</sup> IGLESIA FERREIROS, A., "Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones. La situación de los estudios de Derecho privado en España", en *Hispania entre derechos propios y nacionales. Atti*, Firenze-Lucca, 25-27 de mayo de 1989, *Rev. per la storia del pensiero giuridico moderno* 34/35, p. 211.

<sup>13</sup> IGLESIA FERREIROS, A., "Doctrinas e instituciones civiles..", cit., p. 261.

A partir de la época clásica y su desarrollo posterior en el ámbito de los llamados a la herencia intestada se producen grandes cambios; y, efectivamente, la nueva configuración de la idea de familia trae como consecuencia una nueva situación jurídica para el *filius familias*, donde deja de estar bajo la absorbente *patria potestas* del *pater familias* y puede ostentar un patrimonio de forma independiente<sup>14</sup>. En el proceso de creación pretoria empieza a vislumbrarse la tendencia de hacer, primero, a los hijos herederos antes que a los progenitores. El *ius honorarium* viene, además, a equiparar a los hijos emancipados como *sui* (Gayo 3,26). Y eso que, ni siquiera a través de la *fictio* pretoria, algunos *fili* aparecen como meros *cognatis* del padre, como aquellos que se encuentran por *adoptio* en otra familia. Y es que: «siguiendo la línea marcada por el edicto pretorio, los senadoconsultos y las constituciones imperiales trataron de poner remedio a aquellas iniquidades, concediendo derechos sucesorios en base a los vínculos de consanguinidad»<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> En términos generales, sobre la herencia intestada, a parte de la bibliografía referida en las notas 1,2 y 3, vid. v. "Successione (Diritto romano)", *NNDI*, 8, pp. 723 ss.; BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, vol. 6.1. *Le successioni. Parte generale*, reimpr. Milano, 1974, pp. 210 ss.; ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, pp. 536 ss.; DILIBERTO, O., v. "Successione legittima (Diritto romano)", *EdD*, 43, 1990, pp. 1297 ss. Más recientemente, en el ámbito de nuestra doctrina, TURIÉL, G., *La sucesión intestada en Derecho romano*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (L. Rodríguez Ennes, coord.), tomo I, Universidad de Vigo, 1998, pp. 63-89.

<sup>15</sup> TURIÉL, G., *La sucesión intestada en Derecho romano*, *ibid.*, p. 75. «La sucesión legítima o intestada, su principal dificultad fue lograr la admisión de los *cognati*, siendo la *bonorum possessio* la fórmula que permitió suplir la falta (*sine tabulis*) del testamento». Vid. PÉREZ PRENDES, J. M., *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid, 2010, p. 68.

Otra problemática que empieza a ser novedosa es los supuestos que se plantean sobre el destino de los *bona materna*, dejados por la madre a los hijos tal como se deduce de la Constitución de Constantino contenida en el Código Theodosiano 8,18,1 (a. 315), la cual ha sido objeto de múltiples interpretaciones por parte de la doctrina. Así, P. Voci valora la misma como una de las normas más emblemáticas del Bajo Imperio, pero sobre todo con la dificultad añadida de que resulta muy confuso a quién le corresponde la titularidad de los *bona materna*: al *filius* o al *pater*<sup>16</sup>.

El punto más difícil de interpretación viene dado por la afirmación: *res quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sunt in parentum potestate atque dominio, ut fruendi pontificium habeant*.

Veamos, pues, algunas de las posturas doctrinales más representativas. De nuevo, Voci considera que la constitución viene a otorgar a los *fili* la propiedad sobre los *bona materna* y, en cambio, el *pater* tenía el derecho de usufructo<sup>17</sup>. J. Gaudemet, por el contrario, nos refiere que otras corrientes doctrinales consideran que la propiedad de los bienes corresponderían al *pater*<sup>18</sup>. Además, el propio B. Albanese avisaba que la normativa estaba en contradicción con otras intervenciones legislativas<sup>19</sup>. Otros autores, como Kaser<sup>20</sup>, Levy<sup>21</sup> y Bretonne<sup>22</sup>, consideran que del contenido de la citada

<sup>16</sup> VOCI, P., *Diritto ereditario II*, cit., pp. 43 ss.

<sup>17</sup> VOCI, P., "Storia della *patria potestas* da Costantino a Giustiniano", en *Studi*, vol. II, pp. 509 ss.; 535 ss.

<sup>18</sup> GAUDEMET, J., "La transmisión des constitutions...", cit., p. 413.

<sup>19</sup> ALBANESE, B., *La persona nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 285.

<sup>20</sup> KASER, M., *Das römischen Privatrecht*, II, München, 1975, pp. 216 ss.

<sup>21</sup> LEVY, E., *West Roman Vulgar Law. The Law Property*, Philadelphia, 1951, pp. 34 ss.

constitución se deduce la existencia de dos derechos individuales, uno para el padre y otro para el hijo, fruto del confusionismo conceptual del periodo postclásico que da como resultado la presencia de dos modos de propiedad entendidos en un sentido fáctico, pero diferentes en relación al objeto y tiempo de duración, además de limitadas en su ejercicio.

En una línea aclaratoria Deliberto considera que «el texto contenido en el C.Th. 8,18, independiente de su atribución patrimonial, es obvio que limita los derechos del *pater* y supone la introducción de un cambio que viene a confirmar el desarrollo de un proceso que lleva a reconocer a favor del *filius* el derecho de propiedad sobre adquisiciones hereditarias de distinta naturaleza»<sup>23</sup>. La confirmación de esta línea de principio viene recogida en el texto del Codex:

6,60,1: *Res quae ex matris successione, sive ex testamento sive ab intestato, fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut fuendi dutaxat habeant facultatem, dominio vedilicet earum ad liberos pertinente.*

Se trata de una constitución del emperador Constantino incluida en el libro VI, título 60 “*de bonis maternis et maternis generis*”, donde queda claro que los bienes pertenecientes a la madre, que hubieran venido adjudicados por la vía intestada, quedarán adjudicados a los hijos como titulares dominicales, mientras que los ascendientes solo tendrán la facultad de disfrutarlos. Ya que a éstos les queda la facultad de usufructuar los bienes maternos y deben mostrar toda la diligencia en cuidar de ellos (*omnem debent tuendae rei diligentiam adhiere*). Como apostilla Deliberto: «esta constitución

---

<sup>22</sup> BRETONNE, M., *La nozione romana di usufrutto*, II, Da Diocleziano a Giustiniano, Napoli, 1967, pp. 14 ss.

<sup>23</sup> DELIBERTO, O., v. “Successione”, cit., p. 1311.

constantiniana llega al Codex a través del Código Teodosiano en el sentido de aclarar sin posibilidad de equívocos que se atribuía al hijo el derecho de propiedad sobre los bienes en cuestión»<sup>24</sup>.

Igualmente, en otro texto de C. Th. 8,18,3 se recoge otra disposición de Constantino donde se consolidan los bienes a favor del *filius* y el consiguiente usufructo a favor del *pater*. En conexión con otra declaración contenida en C. Th. 8,18,1-2, donde el *filius* que por emancipación adquiere la cualidad de *sui iuris* por emancipación tiene derecho al patrimonio materno, excepto un tercio que es adquirido por el *pater*.

Todo este conjunto de llamamientos hereditarios viene referenciado desde el *Sc. Orphitianum*, que lleva a una transformación que implica conceder a los hijos *iusti* la consideración de herederos legítimos *iure civile* y que empieza a tener diferentes manifestaciones en múltiples interpolaciones en los textos justinianeos<sup>25</sup>.

En otras constituciones: C.Th. 8,18,10 (Valentiniano III) se establece que el hijo *in potestate*, cuando premuere al *pater*, los *bona* del difunto pasan a los hijos, permaneciendo el *pater* con el *usufructus*. También los *bona ex matrimonio*, entendidos como en régimen de *bona materna*, son adquiridos, como herederos, por los *filii in potestate*, junto con hermanos como hermanas nacidos del mismo matrimonio (C. Th. 8,19,1). De todas formas, el acceso a los textos del Código Teodosiano presenta la problemática de que «esta compilación oficial no se conservó directamente, sino que lo que tenemos de ella, fundamentalmente es a través del Breviario de Alarico. Sin embargo, oficialmente sabemos que solo nos transmite constituciones imperiales a

---

<sup>24</sup> DELIBERTO, O., *Ibid.*, p. 1311.

<sup>25</sup> TURIEL, G., *Sucesión intestada en Derecho romano*, cit., p. 75.

partir de los emperadores Constantino y Licinio y, posiblemente, solo a partir del año 312»<sup>26</sup>. Además, como manifiesta Varela: «las diversas constituciones emanadas en la época post-clásica referidas a la sucesión *ab intestato* constituyen un conjunto de normas parciales confusas y asistemáticas cuyos rasgos más importantes podemos resumir en los dos principios siguientes: disminución paulatina de la importancia dada por el Sc. Tertuliano al *ius liberorum* hasta su desaparición con Justiniano; y una mayor consideración del parentesco cognaticio a efectos de la vocación hereditaria»<sup>27</sup>.

En la época postclásica, el parentesco cognaticio supone la configuración de una serie de elementos dominantes de cara a la sucesión intestada. Así vemos como los hermanos emancipados tienen una posición sucesoria prioritaria, frente a los que no habían sufrido la *capitis deminutio minima*. Este principio tiene su posterior consolidación en el Derecho justiniano, especialmente en tres situaciones concretas:

- Equiparación de los hijos *ex fratre* y *ex sorore* ya sean hermanos o hermanas emancipados o uterinos<sup>28</sup>.
  
- Los hermanos que salen de la familia son equiparados a los hermanos o hermanas que siguen ligados por *agnatio*<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> BETANCOURT, F., La legislación tardo-imperial entre el 11 de enero de 305 <306> (C.I. 5,42,5) y el 29 de agosto del 312 (F. V. 32), Estratto da *Atti dell'Accademia romanistica Costantiniana. XI Convegno Internazionale. Edizione Scientifiche Italiane*

<sup>27</sup> VARELA, E., "Sucesión Intestada", en *Bases del conocimiento jurídico (Derecho romano)*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), p. 6.

<sup>28</sup> Vid. C. 6,58,14,6; 6,58,15,1,3.

<sup>29</sup> C. 6,58,13.

- Los hermanos uterinos estarán equiparados a los consanguíneos con fines específicamente sucesorios<sup>30</sup>.

En época de Constantino la situación de la madre venía configurada por el Sc. Tertuliano, como heredera civil del hijo, aunque después de los hijos de éste y dividiendo con la hermana agnada (I.3,3,3). Además, su llamamiento prevalecía sobre los colaterales *cognati*, porque su parentesco era de primer grado. De todas maneras, como se desprende del Código Teodosiano (5,1,1 [318]), la madre que no tiene el *ius liberorum* y concurre con los *agnati* del hijo premuerto, dicha concurrencia se resolvía dividiendo un tercio a la madre y por dos tercios a los agnados, que sucedían según la proximidad de grado. En este supuesto a la madre, los bienes hereditarios no se le atribuían a través de la *bonorum possessio*, son a través del reconocimiento constitucional del *beneficium legis*<sup>31</sup>.

Estas transformaciones implican que la madre sufría el concurso con los colaterales que habían perdido el *ius agnationis*. Pues estas personas a partir de las reformas legislativas constantinianas acceden a la sucesión como

---

<sup>30</sup> C. 6,58,15,2.

<sup>31</sup> Así lo entienden: DUPONT, "Les successions dans les constitutions de Constantin", *Iura*, 15, 1964, p. 78; LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977, pp. 8 ss.; LAVAGGI, "Modifiche legislative postclasiche al Senadoconsulto Tertulliano", *Scritti*, Jovene, Napoli, 1954, pp. 751 ss. Sobre algunos aspectos relacionados con los orígenes, vid., MONTAÑANA CASANI, A., "La viuda y la sucesión en las XII Tablas". *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (coord. L. Rodríguez Ennes), cit., pp. 111-117.

herederos y no como *bonorum possessores*. Sin embargo, Voci<sup>32</sup> entiende que la reforma de Constantino tiene dos lagunas:

- a) La primera, la cual considera “più grave”, es que no se mencionan a los hermanos emancipados del difunto.
- b) La segunda, se refiere a la falta de claridad en relación a la situación de la madre, cuando se ve privada del *ius liberorum* y concurre con los *cognati*, planteándose el problema en torno a si la cuota sería de un tercio o dos tercios.
- c) Una tercera, es que no se clasifica la extensión del derecho de los *agnati* cuando concurren con los *cognati*. E incluso en diferentes constituciones no queda bien determinada la diferencia entre *hereditas* y *bonorum possessio*.

Como puso de manifiesto Kaser la legislación de Constantino tenía una naturaleza algo confusa «pese a los esfuerzos de éste por simplificar el sistema, esfuerzos que tendieron fundamentalmente a intentar suprimir los vestigios de la agnación y superar la distinción entre *hereditas* y *bonorum possessio*»<sup>33</sup>.

La evolución desde el punto de vista legislativo la podemos calibrar a través de una constitución de Valente, recogida en C. Th. 5,1,2, donde se afirma que el hermano emancipado precede al tío emancipado, pero

---

<sup>32</sup> VOICI, *Diritto ereditario*, cit., pp. 38 ss.

<sup>33</sup> Así lo referencia TURIEL, G., *La sucesión intestada*, cit., p. 76. Como señala el citado autor, con respecto a la norma constantiniana que concede a la madre un tercio sobre la herencia del hijo, «dicha norma encontró una amplia interpretación extensiva en C. Th. 5,1,2 (Valente) y C. Th. 5,1,7 (Valentiniano) hasta que con Justiniano el derecho de la madre alcanza prácticamente su plenitud».

concurriendo con la madre a ésta le corresponde un tercio, no importando que la madre tenga el *ius liberorum*.

Sobre el desarrollo de la constitución de Valente, prácticamente es ignorada, como entiende Voci<sup>34</sup>, por la normativa legislativa posterior. El mismo Teodosio recoge (C. Th. 3,8,2,1) la concurrencia de la madre con la hermana del difunto, sin embargo no tiene en cuenta a los hermanos. Posteriormente, Valentiniano III (C. Th. 5,1,7 a. 426) reguló que la madre en concurso con los tíos no agnados conserva los dos tercios del patrimonio aunque no tenga el *ius liberorum*. Igualmente, éste reconoce el concurso de los hermanos emancipados con la madre, de forma que si la madre tiene el *ius liberorum* le corresponden los dos tercios, si no solamente un tercio.

La legislación post-clásica va a conllevar una serie de reformas, entre otras, como señala Turiel, «reconocimiento del parentesco por parte de la mujer; supresión de las limitaciones de los SSc. Tertuliano y Orficiano; equiparación legal de los hijos, incluso los legitimados y, por último, consideración especial a la consanguinidad en la sucesión de los libertos, limitando el derecho sucesorio del patrono y de los parientes de éste a favor de los padres y parientes del liberto que fueran libres»<sup>35</sup>. Y es que el propio Volterra ha resaltado que la «legislación justiniana conserva en el Codex y en el Digesto muchas normas de derecho antiguo y clásico que no se corresponden con otras y que ponen de manifiesto la confusa y compleja legislación no siempre coherente, que se fue acumulando especialmente en los siglos IV y V»<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 41.

<sup>35</sup> TURIEL, G., *La sucesión intestada*, cit., p.76.

<sup>36</sup> Citado en TURIEL, G., *Ibidem*.

### III.- PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA LEGISLACIÓN JUSTINIANA Y SU CONSOLIDACIÓN EN LA NOVELA 118.

La regulación de la sucesión intestada va a venir perfilada de cara a la sucesión de la madre respecto a los hijos que mueren intestados. En una serie de constituciones, recogidas en C. 8,58 (59), 2 y C. 6,56,7, queda claro la abolición del *ius liberorum* y, además, la madre dividía con los hermanos agnados y emancipados, excluyéndose los colaterales ulteriores<sup>37</sup>.

Un caso especial es el que se recoge en C. 6,57,5, donde ante el supuesto de que una *illustris mulier* hubiera concebido un hijo en legítimo matrimonio (*iustis nuptiis*) y tuviese otro espurio de *pater incertus*. Cuando concurren ambos se reservan los bienes para los primeros, en función de la *ratione castitatis* de la mujer<sup>38</sup>.

Por otro lado, en C. 6,59,11 se establece que para los *bona nuptialia* se atenderá al siguiente orden sucesorio: primero, los descendientes del causante; posteriormente, los hermanos y hermanas nacidos del mismo matrimonio; por último, los habidos de otro matrimonio; pero, además, esta disciplina se extenderá a los bienes maternos: *materna linea per quascumque occasiones vel inter vivos, vel per ultimas dispositiones vel abintestato descendunt*.

Ahora bien, la inclusión de una serie de constituciones en el Codex son el resultado de una continuidad histórica, pues en época postclásica los emperadores ya habían regulado ciertos temas, aunque de manera tardía. Siguiendo a Archi encontramos algunas de estas conexiones<sup>39</sup>:

---

<sup>37</sup> En C. 6,55,12 se admite para los nietos de la *filia* el suceder en representación de la madre en concurso con los hijos e hijas del heredero.

<sup>38</sup> Vid. BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, pp. 194-195.

<sup>39</sup> ARCHI, G. A., *Teodosio II e la sua Codificazione*, Napoli, 1976, pp. 181 ss.

- 1) Existe una clara correlación entre una constitución de los emperadores León y Antonio (C. 6,61,4) en conexión con otra recogida en C. 6,59,11, donde se puede observar la continuidad referida al tema de la sucesión de los *bona adventicia* del *filius familias*, institución de raíz postclásica.
- 2) Igualmente, la abolición de la cuarta de los agnati y su exclusión a favor de los nietos ex filia (C. 6,55,12) tuvo una regulación previa en C.Th. 5,1,4.
- 3) Por último, en C. 8,58 (59),2 y C. 6,56,7, referidos a la supresión del *ius liberorum*, junto con la regulación del concurso entre la madre, hermanos y hermanas, sintetiza una evolución iniciada por Constantino (C. Th. 5,1,1), proseguida por Valentiniano (C. Th. 5,1,2) y por Teodosio (C. Th. 5,1,7).

Como señala Lambertini, «en relación a esta normativa bianual (528-529), Justiniano se encuentra muy alejado de un proceso de reforma. Sus aproximaciones al terreno escabroso de la sucesión intestada son bastante tímidas. O se limitan a un pequeño retoque (C. 6,55,12) o a la extensión de la normativa preexistente (C. 6,59,11; C. 6,61,6). Es decir más que legislar en el ámbito más genérico se inclina más bien por los casos particulares movido por razones de equidad (C. 6,56,7)»<sup>40</sup>.

Obviamente, entre los años 530 y 534 se producen profundos y diversos cambios. Una de las figuras que va a cambiar es la adopción, de manera como

---

<sup>40</sup> LAMBERTINI, *I caratteri della Novella*, cit., p. 15.

se deduce de C. 47(48),10, el hijo adoptado por una *extranea persona* tiene derechos de sucesión legítima sobre el *pater naturalis*. Se sobreentiende que por la adopción no se extinguen los vínculos de consanguinidad frente a su padre biológico, por lo que el adoptado permanece en ese vínculo, como si no se hubiese transferido a otra familia. Por el contrario, si el hijo es dado en adopción, el abuelo materno o paterno (cuando el padre sea *sui iuris*) se disuelven los vínculos entre la familia de origen y solo en concurso con el abuelo subsisten expectativas sucesorias. Esta reforma es profunda, ya que ante un supuesto de concurso con el padre natural y el adoptado, el derecho clásico reservaba al hijo exclusivamente la *bonorum possessio unde cognati*, pero con la salvedad de que los agnados y colaterales de cualquier grado podían excluirlo.

A partir del derecho justiniano, para los hijos adoptivos existe un régimen particular. Si analizamos I. 1,11,2 e I. 3,1,14 vemos nítidamente que el hijo dado en adopción a un extraño conserva sus derechos de sucesión en la familia de origen, teniendo también un derecho ab intestato frente al padre adoptivo<sup>41</sup>. Sin embargo, si el hijo es dado en adopción a un ascendiente paterno o materno, consigue de la familia adoptiva todos los derechos que correspondan a los hijos nacidos en ésta, pero pierde los derechos que tenía en la familia de origen.

Además, los hijos suceden tanto al padre, como a la madre, con preferencia a todos los demás (C. 5,27,3 pr.) y en el caso de hijos o hijas premuertas acceden por derecho de representación sus descendientes (*successio in locum*)<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Vid. C. 8,47,10.

<sup>42</sup> C. 6,55,12; I. 3,1,16.

Paulatinamente, se empieza a consolidar en la época justiniana un régimen sucesorio gracias a la implantación de la Novela 118. Esta consolidación es fruto de una situación que viene marcada por una confusa y compleja legislación que se había ido desarrollando a lo largo de los siglos IV y V. Si analizamos textos del Digesto y del *Codex* referidos a la sucesión intestada, nos encontramos que perviven normas de Derecho antiguo, cuyos fundamentos siguen siendo la herencia civil alterada por disposiciones legislativas; y es que, como afirma Iglesias: «Basta asomarse al *Corpus Iuris* para ver el desconcertado emparejamiento de reglas y principios arrastrados hasta él por una corriente de varios siglos»<sup>43</sup>.

El emperador Justiniano en la Novela 118 de 16 de julio del año 529 acomete una reforma de la sucesión intestada que no está marcada por un sentido de conyunturalidad y oportunismo, sino más bien la búsqueda de una unificación del sistema, ante la proliferación legislativa existente<sup>44</sup>.

La Novela 118 se fundamenta en dos principios inspiradores:

- a) La erradicación de la oposición entre el sistema civilístico y el pretorio en el marco sucesorio.

---

<sup>43</sup> IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Barcelona, 1972, p. 671. También del mismo autor vid. "La herencia en Derecho romano y Derecho moderno", en *Estudios*, Madrid, 1968 (2ª ed. 1985), pp. 253 ss. Sobre la política legislativa de Justiniano vid. BONINI, R., *Introducción al estudio de la época justiniana*, trad. esp. J. A. de Cienfuegos, Granada, 1979, pp. 79 ss.

<sup>44</sup> KASER, M., *Das Römischen Privatrecht*, II, München, 1975, pp. 510 ss.; VOICI, *Diritto ereditario*, cit., pp. 54 ss.; LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli, 1984; DILIBERTO, O., *Successione legittima*, cit., pp. 1313-1314; VARELA, E., *Sucesión intestada*, cit., pp. 6 ss.

- b) Un sistema fundamentado en el parentesco cognaticio, basado en el matrimonio, por lo que la adopción crea un parentesco legal entre adoptante y adoptado, pero no una relación de parentesco entre adoptado y parientes del adoptante.

Para Lambertini<sup>45</sup>, la Novela 118 es la síntesis entre el derecho provincial o griego helenístico y el Derecho romano, aspecto que ya fue señalado por Arangio Ruiz<sup>46</sup> al afirmar la raíz griego-oriental de la parentela. Se establecen cuatro clases de posibles sucesores, en cada clase el más próximo en grado es llamado a la herencia, en caso de que falte éste o renuncie se pasa al grado siguiente y solamente faltando los herederos de la clase se pasa a la siguiente, no existiendo diferencias por razón de sexo. En definitiva, el nuevo régimen abandona todo criterio de *agnatio* y solamente toma en consideración la *cognatio*<sup>47</sup>.

El sistema de la Novela 118 contiene el principio básico de la consanguinidad y, sin embargo, como ha hecho notar la doctrina, «la reforma justiniana olvida o silencia algunas situaciones como son la herencia del cónyuge, la de la concubina y sus hijos, los adoptivos y legitimados y el destino de la herencia vacante. El sentido fundamental de la reforma se manifiesta en la rúbrica de la Novela que reza, suprimiendo los derechos de los agnados y define la sucesión abintestato»<sup>48</sup>. Y es que, en palabras de

---

<sup>45</sup> LAMBERTINI, op. cit., pp. 43 ss. y 82.

<sup>46</sup> ARANGIO RUIZ, V., "Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri", *Scritti*, I, Napoli, 1974, pp. 486 ss.

<sup>47</sup> LANATA, *Legislazione e natura*, cit., pp. 93 ss.; BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, II, cit., pp. 209 ss.

<sup>48</sup> Así lo manifiesta TURIEL, G., *La sucesión intestada*, cit., p. 77.

Varela: «la bonorum possessio y las modificaciones introducidas por los SS.cc. y constituciones imperiales habían introducido no pocas innovaciones en la regulación de la successio ab intestato convirtiendo ésta en algo mucho más equitativo y acorde con los nuevos tiempos alejándose de la regulación decenviral»<sup>49</sup>.

Los llamamientos hereditarios contemplados en la Novela 118 son cuatro con arreglo a la siguiente prelación:

- En primer lugar, los descendientes del difunto (Nov. 118,1), es decir hijos o ulteriores que sucedan en lugar de los padres premuertos (*successio in locum*). La división se realiza por cabezas o por estirpes, según los casos<sup>50</sup>. Al referirse a los hijos se entiende por éstos los legítimos, legitimados, adoptivos y naturales. Por lo que se refiere a los naturales sólo puede tenerse en cuenta los de la parentela materna, es decir, que sólo suceden en los bienes de la madre.

El derecho de sucesión de los descendientes es aumentado o limitado en función de diferentes circunstancias:

- ❖ Los hijos fruto de unas segundas *nuptiae* reciben en anteparte la dote y las donaciones nupciales constituidas con ocasión del segundo matrimonio (C. 5,9,4; Nov. 22, cap. 29).

---

<sup>49</sup> VARELA, E., *Sucesión intestada*, cit., p. 6.

<sup>50</sup> VARELA, E., *Ibidem*, p. 7.

- ❖ Los hijos que están bajo la potestad del *pater* y que reciben *bona adventicia* los adquieren a título de *nudo propietarios* correspondiendo el *usufructus* a quien ejerce la *patria potestas*.
- ❖ Los que suceden a la madre o a la abuela que habían dejado en vida al respectivo marido, adquiere éste último el usufructo de una cuota viril (C. 6,60,3).
- En segundo lugar, a falta de descendientes, heredan los ascendientes tanto paternos, como maternos y los hermanos germanos (tanto de padre como de madre), junto con el llamamiento a los hijos del hermano o hermana premuerto, pero no ulteriores descendientes (Nov. 118,2).

Los ascendientes son llamados según la proximidad en el grado. Si son todos de igual línea -materna o paterna- dividen por cabezas. Si son de líneas distintas, las dos líneas se dividen al herencia por mitades y, luego, se dividen por cabezas dentro de cada línea. En cuanto a los hermanos y hermanas dividen por cabezas. En caso de representación la división es por estirpes. Igualmente, ascendientes, hermanos y hermanas pueden venir juntamente, dividiendo por cabezas. Cuando se trate de los hijos de los hermanos la división será por estirpes<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Un análisis sobre las diferentes concurrencias de una forma más amplia en VARELA, E., *Ibidem.*, pp. 7-8.

La expresión *germani* según D'Ors supone un nuevo empleo de la terminología, a diferencia del Código Teodosiano donde el término *germani* se refiere a los hermanos del padre en contraposición a los *uterini*, solo de la madre. En cambio, Justiniano entiende que los *germanos* son los hijos del mismo padre y madre, mientras que *consanguinei* son hijos del mismo padre y distinta madre<sup>52</sup>.

- En tercer lugar, los hermanos y hermanas de vínculo sencillo o sus hijos. Es decir, consanguíneos de padre, uterinos de madre. Los criterios de división son los mismos que hemos reflejado anteriormente. De forma que si solo concurren hermanos o hermanas la división se hace por cabezas. Ahora bien, en los supuestos que concurren sobrinos, en base al derecho de representación, la adjudicación se realiza *per stirpes*.
- En cuarto lugar, a falta de herederos, entrarían "los demás parientes", según el principio de la proximidad y sin limitación a un determinado número de grados. En esta categoría la presencia de una clase excluye a la clase sucesiva y en el ámbito de la misma clase, la presencia del pariente próximo excluye al menos próximo. Pero si son varios los llamados del mismo grado de parentesco, la herencia se distribuye *per capita*.

Ahora bien, la Novela no alude a un límite de parentesco para solicitar la herencia. Pero como indica Varela: «la doctrina interpreta

---

<sup>52</sup> D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983, p. 330, nt. 267.

que Justiniano quiso respetar en este punto las reglas de la sucesión pretoria *unde cognati*, por lo que serán llamados a la herencia los parientes hasta el sexto grado, entre primos segundos y excepcionalmente hasta el séptimo grado, cuando una persona solicitase la herencia de un primo segundo de su padre o de su madre, pero no a la inversa»<sup>53</sup>.

Para Iglesias<sup>54</sup> los juristas medievales resumen el orden sucesorio en cuatro versos mnemotécnicos:

*Descendens omnis succedit in ordine primo.*

*Ascendens prior, germanus, filius eius.*

*Tunc latere ex una inuctus quoque filius eius.*

*Denique proximior reliquorum quisque superstes.*

En la filosofía clásica y en diferentes corrientes jurídicas europeas se hace notar que los llamamientos sucesorios se fundamentan en que el afecto primero desciende, luego asciende y finalmente se extiende.

Otras cuestiones propias de la época justiniana vienen marcadas por el reconocimiento al *filius familias* de la capacidad plena para tener herederos *ab intestato*; junto al hecho, que continúa en vigor por razones de justicia, que el cónyuge supérstite herede a falta de *cognati*, especialmente porque en las Novelas 53,6 y 117,5 se reconocen derechos hereditarios al cónyuge pobre. En el capítulo 6 de la primera Novela del año 537 se establece a favor del cónyuge supérstite carente de bienes el derecho a una cuarta parte de la herencia, aun concurriendo con hijos del causante; en la segunda Novela se establece una excepción a favor de la viuda sobre el marido vivo,

---

<sup>53</sup> VARELA, E., *Sucesión intestada*, cit., p. 8.

<sup>54</sup> IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 671.

entendiendo que si concurre con cuatro o más descendientes obtiene una cuota viril y si concurre con menos de cuatro, obtiene la cuarta parte (*quarta uxoria*), aunque la cuota no puede superar las cien libras de oro<sup>55</sup>.

Igualmente, se reconocen derechos a los impúberes arrogados o adoptados y, posteriormente, emancipados, reservándoles la cuarta parte del patrimonio paterno (*quarta divi Pii*) (D. 5,2,8,15; D. 10,2,2,1; D. 38,5,13; I. 1,11,3). Para un sector de la doctrina se trataría de un legado de cuota dispuesto por ley, del cual nacería un crédito sobre la cuota misma contra los herederos<sup>56</sup>. Como proyección de estos principios, los nacidos en concubinato, y en ausencia de hijos legítimos y esposa, recibían un sexto del patrimonio del padre natural. Además, la madre biológica divide con los hijos recibiendo una cuota igual a cada uno de ellos, excluyéndose de tal prerrogativa a los hijos incestuosos (Nov. 89,12).

#### **IV.- DOS SUPUESTOS CONCRETOS: LA SUCESIÓN INTTESTADA DEL LIBERTO Y LOS *BONA VACANTIA*.**

---

<sup>55</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 779; BONINI, R., "La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni. Nov. Iustiniani 53,6 e 117,5", III, *Studi Sassari*, 1970-71, pp. 814 ss. Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Madrid, 1981; LATORRE, A. "Sobre la capacidad jurídica de derecho público del *filiusfamilias*", en *Estudios en homenaje a U. Álvarez Suarez*, Madrid, 1978, pp. 251-259.

<sup>56</sup> MOLE, "Quarta Divi Pii", *NNDI*, 14,1967, pp. 629 ss.; DE BIASSIO, *I remedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Milano, 1978, pp. 72 ss.; Id., "In tema di quarta divii Pii". *Atti dell' II Seminario romanistico gardesano* (12-14 junio 1978), Milano, 1980, pp. 249 ss.

❖ En la época postclásica si el liberto es ciudadano romano le suceden: *filius filiae* y *neptos neptive*, o por el contrario el patrimonio hereditario era adquirido por los herederos del patrono<sup>57</sup>.

Llegar a estos llamamientos sucesorios a la muerte del liberto es el fruto de un proceso histórico. Así, el liberto que a su muerte no tenía *sui heredes*, su patrimonio lo adquiriría el patrono o patrona (Gayo 3,40; D. 38,16,3,pr.; D. 34,5,9 (10)). En base a estos textos podemos más o menos entender el tratamiento de la cuestión en época decenviral. Aunque ello no es óbice para que nos asalten algunas dudas. La primera se refiere al supuesto de que, en el caso de que el patrono hubiera premuerto, la duda es si entran en la herencia los hijos de éste. Esta cuestión se admite a partir de la *interpretatio* de Gayo 3,45; 3,58 y Frag. Vat. 308. En cuanto a la segunda viene a referirse al hecho de una posible sucesión de los bienes del liberto a favor de la *gens patroni*. Para Franciosi, partiendo de D. 50,16,195,1, al detenerse en el término *familia*, este puede estar referido a la palabra *gens*<sup>58</sup>. Dicho llamamiento encuentra, además, su apoyo en Cicerón (*De Orat.* 1,39,176). Pero otros ámbitos doctrinales no admiten que el término *gens* se equipare a la familia que agrupa singulares sujetos (*singularibus personis*) y, sin embargo, la sucesión gentilicia se refiere a un llamamiento de carácter colectivo<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> LAVAGGI, *La successione nei beni dei liberti nel diritto postclasico*, Roma, 1947; Id., “La *bonorum possessio intestati liberti*”, *Studi Cagliari*, 30, 1945-46, pp. 140 ss.; “La successione dei liberi patroni nelle opere dei liberti”, *SDHI*, 15, 1945, pp. 237 ss. Más recientemente: MASI, C., *‘Bona libertorum’. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1966.

<sup>58</sup> FRANCIOSI, G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, II, Napoli, 1980, pp. 127 ss.

<sup>59</sup> DELIBERTI, O., v. “Successione legitima”, cit., pp. 1306 ss.

A partir del derecho honorario, el pretor regulará la *bonorum possessio* dándole una especial relevancia al parentesco de sangre con el causante, como la había hecho con los ingenuos, pero manteniendo reconocidos los derechos del patrono y su familia a los que sitúa delante del cónyuge superviviente, prevalencia que vemos todavía en el derecho justinianeo<sup>60</sup>.

En la época clásica una serie de *leges* alteraron el régimen jurídico de la sucesión intestada del liberto. A partir de Augusto una *lex Papia* establece que cuando el liberto tuviera un patrimonio superior a los cienmil sextercios y fuera padre de dos hijos, el patrono lo dividiría a partes iguales con éstos; en cambio, como se deduce de Gayo 3,42, si el liberto tuviese tres hijos el patrono quedaba excluido. También una *lex Iunia* (19 d. C.) consideraba que el liberto que adquiría la condición de latino, en relación a su patrimonio, éste le transmitía al *manumissor* y no a los herederos del liberto (Gayo 3,55-57). Posteriormente, en el año 42 d. C. un Sc. Largiano estableció los siguientes llamamientos en función de Gayo 3,63: *manumissor, liberi* y herederos del *manumissor*<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> VARELA, E., *Sucesión intestada*, cit., p. 8; LAVAGGI, "Ancora in tema di bonorum possessio intestati liberti", *Studi Albertario*, 2, Milano, 1952, pp. 569 ss.; DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. "Bonorum possessio dimidiaie partis ab intestato ex edicto: concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", en *Estudios de Derecho romano in memoriam de Benito M<sup>a</sup> Reimundo Yanes* (coord. A. Murillo), tomo I, Burgos, 2000, pp. 165-182; SAMPER, F., "De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto", *AHDE*, 41, 1971, pp. 149-235.

<sup>61</sup> Vid. ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986; Id. "Note per una valutazione storica della *lex Iulia et Papia*", *SDHI*, 39, 1973, pp. 221 ss.; Id., "Terenti, Gai, Pauli et Ulpiani *ad legem Iuliam et Papiam librorum Paligenesia*", *SODALITAS. Scritti A. Guarino*, II,

Progresivamente, hasta el derecho justinianeo la sucesión intestada del liberto se fundamenta en los siguientes principios generales:

- a) Reconocimiento de la cognatio sobre la agnatio (C. 6,4,4,14<sup>a</sup>)
- b) Equiparación de la sucesión de los ingenuos con la de los libertos (I. 3,7,3).

Además se fija el siguiente orden sucesorio: descendientes del liberto, patrono, hijos naturales del patrono y colaterales hasta el quinto grado; colaterales del liberto hasta el quinto grado y, por último, el cónyuge supérstite.

❖ A partir del siglo I a. C. el destino de las herencias vacantes será resuelto por las *leges Iulia de maritandis ordinibus* y *Papia Poppaea de nuptialis*. En estas normas encontramos el fundamento para atribuir la herencia vacante al Estado, tal como se desprende de Gayo 2,50, de donde se deduce que, si el difunto no tiene heredero o pariente que pueda pedir la *bonorum possessio*, los bienes se hacen caducos y se ordena conferirlos al *aerarium populi romani*. Con posterioridad y en época de Caracala, el fisco sustituye al *aerarium* como destinatario de las herencias vacantes y aunque en sus inicios como tal algunos textos (Tácito, Ann. 2,48) lo sitúan en época de Tiberio, su irrupción como *fiscus Caesaris* es consecuencia del cambio político operado en el Principado<sup>62</sup>.

---

Napoli, 1984, pp. 385 ss.; BALESTRI FUMIGALLI, *Lex Iunia de manumissionibus*, Milano, 1985, pp. 71 ss.

<sup>62</sup> Vid. HUMBERT, v. “*Bona vacantia*”, *DS* tomo I, 1969, pp. 732 ss.; ASTOLFI, R., “I beni vacanti e la legislazione caducaria”, *BIDR*, 68, 1965, pp. 323 ss.; VASALLI, F., “Concetto e natura del fisco”, *Studi*, vol. III, Milano, 1960, pp. 41 ss.

A partir de Augusto, las herencias abandonadas (*bona vacantia*) se atribuyen al fisco en concepto de *caduca*. Ahora bien, si estos patrimonios hereditarios se encontraban sobrecargados de deudas, en función del Edicto, se dejaban a los acreedores<sup>63</sup>.

La doctrina encabezada por Voci considera que el Estado adquiría los bienes *ipso iure*, salvo renuncia, o por el contrario si se trataba de una herencia con un alto pasivo, muy por encima del activo, la adquisición no se puede producir, puesto que las deudas hereditarias deben ser pagadas con anterioridad, así como los legados, los fideicomisos y manumisiones. Pero en el supuesto de que el fisco sea acreedor hereditario se puede ejercitar la *bonorum venditio*, aunque dicho derecho de adquisición del fisco estaba condicionado a una prescripción de cuatro años (D. 49,14,1,2; C. 7,37)<sup>64</sup>.

Una de las cuestiones más polémicas que se suscitan en este punto está relacionada con lo siguiente: ¿El *fiscus* adquiere los *bona vacantia* a título de heredero? El tema no está exento de un fuerte debate doctrinal. Si partimos de Schulz, el fisco no es considerado un heredero, pero su posición jurídica es muy similar. Y es que la dificultad se origina en que los llamamientos de la sucesión intestada se fundamentan en lazos familiares de parentesco entre el causante y los llamados<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Al respecto, vid., PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del proceso fiscale romano*, Torino, 1964.

<sup>64</sup> Labeón afirmaba que el fisco adquiriría *ipso iure* aunque el Edicto viene a regular la renuncia de la herencia por su naturaleza *damnosa* (D. 49,14,1,1). Vid. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 59.

<sup>65</sup> SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. esp., Barcelona, 1960, p. 226; TOMÁS Y VALIENTE, F. "La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes", *AHDE*, 36, 1966, pp. 200 ss.

Desde la óptica dogmática se pueden tomar dos posturas: por un lado, atribuyendo un derecho hereditario al Estado en base a su naturaleza pública y arraigado en el ámbito de su soberanía; y, por otro, se le atribuye al fisco la posición de “*in heredis loco*”, en base a una concepción privatística<sup>66</sup>.

Entendemos que el Estado ocupa la posición “*in heredis loco*”, puesto que a la hora de la adquisición de la herencia al fisco se le imponen normas que derivan de la propia herencia, como: la obligación de pagar legados y entregar fideicomisos (D. 30,96,1); la obligación de pagar las deudas, así como asumir otras obligaciones del heredero (D. 49,14,11; 49,14,9; 49,14,1,1); la imposición de un fideicomiso (D. 30,114,2); beneficiarse de la *quarta falcidia* (D. 36,1,3,5). Por tanto, de todos estos presupuestos deducimos que el fisco asume un régimen de adquisiciones propio de la técnica sucesoria, combinando normas de la sucesión intestada y del derecho hereditario en general<sup>67</sup>.

En los inicios del Bajo Imperio, algunas constituciones imperiales le otorgan la herencia a algunas instituciones precediendo al Estado, por ejemplo: los *navicularii*, miembros de una corporación, heredan al causante si

---

<sup>66</sup> SANTORO PASSARELLI, *Teoria della successione legitima dello Stato. Saggi di Diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 589; DE LOS MOZOS, J. L., “La sucesión *ab intestato* en favor del Estado”, *ADC*, 18, 1965, pp. 400-401; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, tomo VI. *Derecho de sucesiones*, vol. III. *Sucesión intestada*, 7ª ed.; MURILLO VILLAR, A., “El llamamiento sucesorio a favor del Estado en ausencia de herederos: de Roma a la actualidad”, en *Direito Romano. Poder e Direito*. Edição esp. Faculdade de Direito, Lisboa, 2013.

<sup>67</sup> HERRERA BRAVO, R., “*Bona vacantia* y sucesión a favor del Estado en el Derecho romano y su recepción en el Derecho histórico español”, en *Libro homenaje al prof. B. Moreno Quesada*, vol. 2. Servicio de publicaciones Granada-Jaén-Almería, 2000, pp. 835-841.

éste pertenecía a la misma (C. 6,62,1-5); la Iglesia o el monasterio para los eclesiásticos (C. Th. 5,3,1; C. 1,3,20; Nov. 131,13)<sup>68</sup>; en otras ocasiones, cuando el *de cuius* es militar y muera intestado y sin parientes, la adquisición de la herencia corresponderá a la *vexillatio* (unidad de veteranos)<sup>69</sup>; por último, a favor de la Curia, si el miembro que dejaba los *bona vacantia* era uno de sus curiales<sup>70</sup>.

A partir de la Novela 118, como hemos visto anteriormente, Justiniano unifica la sucesión intestada y, a la hora de regular los colaterales, no expresa limitación de grado, de forma que aquel que demuestre un parentesco colateral, aunque sea muy lejano, puede adquirir la herencia. A partir de esta regulación vendrá a ser muy infrecuente la situación de herencias vacantes en régimen de sucesión intestada.

Pese a todo, el Estado, como queda determinado, a partir del Imperio interviene por razones políticas y económicas en aquellos supuestos en que el heredero incurría en una conducta inmoral o indigna frente al causante, en cuyo caso el fisco se apropiaba del patrimonio hereditario. Para Voci, el Estado era el beneficiario de los despojos económicos. La intervención estatal tenía una naturaleza punitiva. No se trataba de una sucesión normal, sino de un caso extraordinario situado al margen de la herencia testada e intestada.

---

<sup>68</sup> Disposición fundamentada en la influencia del Cristianismo, en donde la Iglesia y el monasterio adquieren los bienes del Obispo, presbítero o diácono cuando mueren intestados. Vid. MURGA, J. L., "Sobre la anómala peculiaridad de la constitución C. 1,3,33 (34) del emperador León", *Iura*, 19, 1968, pp. 33 ss.; MALDONADO, J., *Herencias a favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944; BARONE ADESI, "Il ruolo sociale dei patrimoni ecclesiastici nel Codice Teodosiano", *BIDR*, 83, 1976, pp. 240 ss.

<sup>69</sup> D. 28,3,6,7; D. 40,5,4,17; C. 6,62,3-4.

<sup>70</sup> C. 6,62,4.

El fisco tiene un afán recaudatorio y, si no se prodiga más, es porque se da una primacía absoluta al principio general de respeto de la voluntad de testar, así como a la protección de la familia a través de los distintos llamamientos en la sucesión intestada<sup>71</sup>.

En definitiva, el Estado se va atribuyendo las herencias vacantes y se va situando dentro de las normas de derecho sucesorio como adquirente individual, es decir "*loco heredis*".

## V.- LA SUCESIÓN INTESTADA EN LA TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA HERENCIA EN LA LEGISLACIÓN VISIGODA.

Con la caída del Imperio romano de occidente empieza a introducirse en Europa el derecho de los pueblos germánicos. La presencia de unas estructuras familiares fuertes hacía que el heredero fuera el resultado de una expectativa legítima donde se combinaban la idea de condominio y consanguinidad. De forma que, como señala Padovani: «*quanti uscivano dal nucleo domestico non avevano diritto a succedere*». Aunque tales "*foris familiae*", si habían salido de la familia por la vía del matrimonio o de la emancipación, podrían recibir un anticipo de la cuota hereditaria<sup>72</sup>. Esta forma sucesoria es consecuencia de la cohesión familiar, que parte de un patrimonio conyugal, pero que una vez rota la «comunidad matrimonial,

---

<sup>71</sup> VOICI, P., *Diritto ereditario*, cit., pp. 445, 471. Además, sobre la posición del Estado como "in heredis loco", en sus diferentes posiciones vid. HERRERA BRAVO, R., "*Ius fisci: aspectos históricos sobre la formación de una categoría jurídica*", en *Hacia un Derecho administrativo y fiscal romano* (dir. A. Fernández de Buján; edit. G. Gerez Kraemer), II, Madrid, 2013, pp. 562-563.

<sup>72</sup> PADOVANI, A., "*Successione legittima (Diritto interm.)*", cit., p. 1317.

deban repartirse entre hijos y el cónyuge supérstite, que se aprovechará individualmente de aquellas ganancias que le correspondan adquiridas durante la vida matrimonial»<sup>73</sup>.

Se inicia una regresión y una ruptura con respecto al régimen jurídico establecido en el derecho justiniano. La influencia del germanismo conlleva la ruptura del principio de unidad del patrimonio, confluyendo una serie de principios que vienen a romper la igualdad sucesoria que se establecía en el Derecho romano cristiano. Así, emerge el “principio de reserva a favor de los hijos de los bienes de los cónyuges” y, a falta de hijos, los bienes fundamentalmente los inmuebles deben revertir al tronco de donde proceden<sup>74</sup>. En el supuesto de los bienes inmuebles conviene distinguir los adquiridos por sucesión por parte del heredero y los adquiridos por él mismo. A los primeros se les aplicaba la regla “*paterna paternis, materna maternis*” en virtud de la cual los bienes sucesorios eran reintegrados a la familia de la que procedían. Los adquiridos pasaban a engrosar el activo de la sucesión<sup>75</sup>. Además de otros principios, como el de primogenitura y la condición prioritaria del sexo masculino, introducen un desigual tratamiento de los herederos por razones de sexo y edad. Y es que en la troncalidad (*ius recadentiae*), los bienes han de revertir a la procedencia o tronco, excluyéndose a los ascendientes en la sucesión de todos los bienes que no proceden de ellos. Para Lalinde «aparece tímidamente entre los visigodos y en forma rotunda a

---

<sup>73</sup> IGLESIA FERREIROS, A., “Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español”, cit., p. 473.

<sup>74</sup> IGLESIA FERREIROS, A., *Ibidem.*, p. 474.

mediados del siglo X, desarrollándose en el siglo XI y regulándose en los fueros de Castilla, Navarra y Valle de Arán»<sup>76</sup>.

En la legislación visigoda se denota la crisis de la sucesión testamentaria y el triunfo de la sucesión legítima. Ahora, como señala Aquilino Iglesia, «la crisis del testamento no debe interpretarse como desaparición del mismo»<sup>77</sup>. Puesto que, como aborda la doctrina más clásica, el testamento se adaptó más fácilmente entre los visigodos, ya que se trata de uno de los pueblos más romanizados, a cierta distancia de los diferentes pueblos germánicos<sup>78</sup>. En esta línea, Alfonso Otero, al aproximarse al estudio de la mejora y su origen romano, destacó el color romano postclásico en la regulación visigótica del testamento. Aunque la sucesión legítima es superior a la testada, pues pese a la existencia de una libertad de testar se vislumbra el derecho sucesorio visigodo como un sistema de reservas<sup>79</sup>. Si bien son

---

<sup>75</sup> RUIZ, E., “El heres en el régimen de la sucesión *ab intestato*. Su estudio a través de algunas fuentes histórico jurídicas”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, tomo II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo, 1998, p. 228.

<sup>76</sup> LALINDE, J., *Derecho histórico español*, Barcelona, 1983, p. 486.

<sup>77</sup> Una panorámica sobre la herencia visigoda en IGLESIA FERREIROS, A., “Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español”, cit., PP. 446-448.

<sup>78</sup> TORRES LÓPEZ, M., *La España visigoda*. Cap. VI, título II, en *Historia de España*, vol. 3 (dir. R. Menéndez Pidal), Madrid, 1963, p. 243 y pp. 259 ss.; GARCÍA GARCÍA, A., “La forma del testamento en la España visigótica”, en *Estudios históricos y Documentos de los archivos de protocolos III*, 1955, pp. 215 ss.; BENEYTO, *Derecho histórico español*, II, Barcelona, 1930, pp. 106 ss.; MINGUIJÓN, S. *Historia del Derecho español*, Barcelona, 1953, p. 68; PÉREZ DE BENAVIDES, M., *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*, Granada, 1975.

<sup>79</sup> OTERO VARELA, A., “Aventajas o mejoría”, *AHDE*, 30, 1960, pp. 491 ss.; Id., “La mejora”, *AHDE*, 33, 1963, pp. 5 ss.; Id., “La mejora del nieto”, *AHDE*, 31, 1961, pp. 389 ss.

muchas las discrepancias, pues Braga da Cruz entiende que el Código de Eurico no sancionaba la absoluta libertad de testar, sino que consagraba plenamente la reserva del sistema jurídico germánico<sup>80</sup>. El debate, pues, sobre la influencia romana sería interminable y es una cuestión abierta y, pese a que Schultze considerara que el testamento romano fue aceptado por los visigodos<sup>81</sup>, aparecen posturas diferentes como la de Vismara, el cual analiza el grado de recepción del testamento romano que ha penetrado en el Derecho visigodo<sup>82</sup>. Sin ánimo de perdernos en especulaciones teóricas en el Derecho visigodo, la herencia intestada debe ir a los parientes más próximos y los descendientes adquirirían una condición preferente. Aunque en el Código de Eurico se producen unas claras discriminaciones por razones de sexo entre los descendientes de primer grado, quien en principio equipara a las hermanas con los hermanos, pero con dos excepciones:

- a) Pérdida de la cuota correspondiente a las hermanas que se casan después del fallecimiento de los padres, sin el permiso del grupo familiar o ingresan en una orden religiosa.
  
- b) Sustracción de la facultad de disponer sobre las tierras a los hermanas solteras y religiosas con el consentimiento familiar<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> BRAGA DA CRUZ, G., "A successão legitima no Codigo euriciano", *AHDE*, 23, 1953, pp. 769 ss.

<sup>81</sup> SCHULTZE, A., *Über westgotisch-spanisches Eherecht*, Leipzig, 1944.

<sup>82</sup> VISMARA, "La successione volontaria nelle legi barbariche", en *Studi in onore di A. Solmi*, vol. II, Milano, 1941, pp. 183 ss.

<sup>83</sup> *Antiquae* 4,2,1; 4,2,10; *LI.* 4,2,9.

Según el Código euriciano las hijas heredaban igual cantidad que los hijos, pero no a título de propietarias, sino como usufructuarias<sup>84</sup>. Los llamamientos en la sucesión intestada están marcados por el siguiente orden: en primer lugar, los hijos, a falta de éstos los nietos y en lugar de éstos los biznietos, sin que este último llamamiento cierre el tercer grado de los descendientes, pues debe entenderse como indefinido. El mismo Codex admite el derecho de representación, pues se permite que los nietos deban recibir la misma porción que hubiera correspondido al padre de haber vivido. En cambio, si quien premuere al padre es una hija, los hijos que haya dejado no heredan todo lo que le corresponde, sino sólo las dos terceras partes (CE 327). Sin embargo, en el *Liber Iudiciorum* se reconoce el derecho de representación de los nietos sin hacer diferencia de sexos, de manera que los que heredan en representación de su madre perciben toda la cuota que a su madre le hubiera correspondido<sup>85</sup>.

En relación a los hermanos, éstos mantienen una condición preferente entre los parientes colaterales. En sus inicios, éstos tenían una superioridad sobre los ascendientes, pero posteriormente produciéndose la concurrencia de ambos, los ascendientes excluían a aquéllos. La línea de los colaterales con derechos sucesorios puede llegar hasta el séptimo grado, como en el derecho romano-postclásico. Se detiene, como señala Pérez Prendes, en el «séptimo círculo parental que coincide con el llamado de la uña»<sup>86</sup>. En definitiva, en líneas generales, se mantiene la preferencia del grado, aunque a veces

---

<sup>84</sup> L.I. 4,2,10 dispone que las herencias que corresponden a los parientes maternos, las mujeres heredan en igual proporción que los varones del mismo grado.

<sup>85</sup> L.I. 4,2,18; 4,5,4.

<sup>86</sup> PÉREZ PRENDES, J. M., *Curso...*, cit., p. 1.136.

predomina el sexo, como queda reseñado en el Código de Eurico, donde los tíos maternos (*avunculi*) y consobrinos (*consobrini*) excluyen a la tía materna.

Cerrando esta cuestión, el principio de la primogenitura no está claramente esbozado en la legislación visigoda, algo se percibe en el Liber (4,5,1), aunque será a partir de la formación del feudalismo cuando empiece a dominar el régimen preferente de la primogenitura. Igualmente, los visigodos recogen el principio de la troncalidad y «su primer efecto consiste en que los bienes de origen familiar conocido revierten, recaen o regresan al tronco del que proceden, en caso de no prolongarse éste, es decir si son ascendientes los que heredan a ascendientes» (L.I. 4,2,2-3)<sup>87</sup>.

Todavía en el ámbito de la Alta Edad Media, en diferentes geografías europeas, se viene regulando la sucesión intestada. Así, en Italia la invasión de los longobardos introduce el derecho de los pueblos germánicos<sup>88</sup>. Si partimos del Edicto de Rotario y seguimos a Padovani, el orden sucesorio se fija en el capítulo 153 y «aparece estructurado en líneas y grados (y no sólo por grados como estaba en el Derecho romano) según el sistema establecido en los pueblos germánicos. El primer círculo de parientes estaba constituido por la línea descendente en la cual los sujetos más próximos, ejemplo hijos, excluyen a los más remotos, ejemplo sobrinos y los machos a las hembras; el segundo está formado por los padres y sus descendientes, es decir, hermanos y hermanas del difunto; en el tercer lugar entra en consideración la familia

---

<sup>87</sup> PÉREZ PRENDES, J. M., *Ibidem*, p. 1.136.

<sup>88</sup> PADOVANI, A., v. "Successione legitima (Diritto interm.)", *cit.*, p. 1317. Vid., también, GIARDINA, v. "Successioni (Diritto intermedio)", *NNDI*, 18, 1971, pp. 727 ss; UNGARI, *Storia del Diritto de famiglia in Italia*, Bologna, 1974.

del abuelo, haciéndole espacio a los tíos y sobrinos»<sup>89</sup>. Progresivamente, los reyes longobardos fueron cambiando el derecho hereditario, así Griomaldo en el 668 introduce el derecho de representación. Posteriormente, Liutprando, bajo el influjo de la Iglesia y el Derecho romano mejoran la condición de la mujer<sup>90</sup>. En su Edicto, en el capítulo 101, se le concede a la viuda el derecho de disponer libremente de un tercio de los bienes hereditarios, siempre que no contraiga segundas nupcias. Las reformas suponen un claro límite a los derechos reconocidos por las costumbres germánicas, no contemplando como herederos a los parientes más lejanos y sí admiten a éstos en un círculo más estrecho de familiares, propios de un ámbito doméstico.

De todas maneras, en esta época altomedieval la transmisión de la propiedad de una persona que había fallecido estaba regulada de una «manera muy variada. Las tribus primitivas tenían un esquema relativamente simple: los bienes muebles eran enterrados con el finado, mientras los inmuebles permanecían en la posesión del clan familiar». Esta situación arcaica cambia «ya que a partir del período altomedieval, la familia adquiere gran relevancia y el patrimonio del difunto debe de permanecer en posesión de ésta, y dividido entre los hijos»<sup>91</sup>. Paulatinamente, la regulación jurídica de la sucesión intestada sufre un cambio ante la prevalencia de los principios feudales, destacando el “derecho de primogenitura”. La exclusión de los hijos

---

<sup>89</sup> PADOVANI, *Ibidem.*, pp. 1317-1318. Sobre el Edicto de Rotario vid. SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel Diritto europeo*, vol. I., Torino, 2011, pp. 32-35.

<sup>90</sup> PADOVANI, *Ibidem.*, p. 1318.

<sup>91</sup> Así lo manifiesta VAN CAENEGEM, R., *Introduzione storica al Diritto privato* (Edit. It. Mario Ascheri), Bologna, 1955, p.222.

más jóvenes se explica por el hecho de mantener intacto el feudo y evitar su fragmentación<sup>92</sup>.

Además, desde la óptica histórica del ordenamiento español, las dificultades para la reconstrucción en el ámbito de las sucesiones son muy obvias. García Gallo ya refería que: «la historia del derecho español de sucesiones está en su mayor parte por estudiar... y la sucesión legítima solo ha sido objeto de estudios parciales»<sup>93</sup>.

## VI.- LA SUCESIÓN *AB INTESTATO* EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL *IUS COMMUNE*. LA CONSTANTE DIALÉCTICA ENTRE LO PARTICULAR Y LO UNIVERSAL.

En el devenir histórico de la sucesión intestada se percibe como señala Grossi: «una intensa dialéctica que domina el planeta jurídico, la de lo universal y lo particular», lo que supone a partir del siglo XIII una «superposición entre el Derecho común y Derechos particulares, entre un patrimonio jurídico de cuño preferentemente científico y un pulular local de instancias consuetudinarias siempre distinguibles por un fuerte particularismo»<sup>94</sup>. Esta realidad está presente prácticamente en toda Europa. Por consiguiente, este particularismo jurídico no supone una quiebra con el ordenamiento general, sino «un orden integrador que muestra mil facetas, se complica en autonomías y se articula en una pluralidad de ordenamientos

---

<sup>92</sup> VAN CAENEGEM, R., *Ibidem.*, p. 223.

<sup>93</sup> GARCÍA GALLO, A., "El problema de la sucesión *mortis causa* en la Alta Edad Media española", en *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982, pp. 254-255.

<sup>94</sup> GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, trad. esp. Fco Tomás y Valiente-Clara Álvarez, Madrid, 1995, pp. 221-222.

que conviven... de una pluralidad de ordenamientos cada uno de los cuales tiene su ámbito específico, presupone la convivencia y el respeto con los otros, no tiene la pretensión de expansionismos omnicomprendivos»<sup>95</sup>.

En ese discurrir del derecho hereditario por los distintos territorios europeos se presentan diferentes apariciones de las formas sucesorias. En Italia, la doctrina representada por Calasso considera una mayor presencia de la sucesión intestada, por encima de la testamentaria, especialmente en el periodo comprendido entre los siglos XIII y XVI<sup>96</sup>. Mientras que otros autores encabezados por Tamassia, en base a sus estudios sobre la familia, se sitúan en una posición contraria dándole un papel más relevante a las formas testamentarias<sup>97</sup>. En una posición más ecléctica se ubica Padovani, el cual llama la atención sobre la falta de estudios específicos en la historiografía italiana y se decanta por el hecho de que el uso del testamento sería más bien propio de la burguesía y de las clases nobiliarias ante la intención de darle un determinado destino a su patrimonio acumulado<sup>98</sup>.

El caso es que la sucesión intestada en el ámbito de la geografía del *Ius commune*, cuando se genera el proceso al que denominamos “Recepción”, es muy variado y exige una adaptación y modificación para que tenga validez<sup>99</sup>. El propio Lalinde hablaba de la incidencia del Derecho común en la geografía

---

<sup>95</sup> GROSSI, P., *Ibidem.*, p. 224.

<sup>96</sup> CALASSO, *Medioevo del diritto*. I. *Le fonti*, Milano, 1954, p. 257.

<sup>97</sup> TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto*. Reproducción anastática, Roma, 1971, p. 121.

<sup>98</sup> PADOVANI, A., v. “Successione legitima (Diritto interm.)”, *cit.*, pp. 1320-1321.

<sup>99</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, *cit.*, p. 763.

hispana, por un lado, de “sectores maleables” y, por otro, de “sectores resistentes”<sup>100</sup>.

No vamos a entrar en un análisis de la geografía de la Recepción del Derecho Común, que viene a ser muy plural y que exigiría un análisis más concreto institución por institución, además de observar qué sectores territoriales son más favorables a la absorción y qué sectores son más resistentes. Así, a modo de ejemplo, los descendientes aparecen como indiscutibles en los llamamientos hereditarios. En el Fuero Juzgo, por ejemplo, se menciona inicialmente a hijos, nietos y biznietos y en el Fuero Real se regulan los llamamientos hereditarios de los padres en forma negativa, de manera que a falta de descendientes heredan “fijos o nietos o deinde ayuso de muger de bendición” (Fuero Real 4,2,2).

Como señala Remedios Morán: «El Derecho Común presta atención a la construcción de la teoría general de la sucesión legítima o intestada, puesto que la testada ya contaba con un elemento que debía de conservarse: el testamento»<sup>101</sup>. Y el propio Coing refiere que: «el derecho *ab intestato* casi en ningún lugar consiguió validez sin modificaciones»<sup>102</sup>.

Y es que en la formación del Derecho común la sucesión intestada se apoya en el Derecho romano justiniano, en el Derecho Canónico y en «algunos de los elementos que se habían ido desarrollando durante el sistema

---

<sup>100</sup> LALINDE, J., “Sectores sucesorios hispánicos maleables por el *Ius commune*”, *Boletín da Faculdade de Direito Coimbra*, 1983; Id., “Sectores sucesorios hispánicos resistentes al Derecho común”, cit., pp. 141-161.

<sup>101</sup> MORÁN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, tomo I, Madrid, 2002, p. 404.

<sup>102</sup> COING, H., *Derecho privado*, cit., p. 763.

jurídico medieval a través del Derecho local»<sup>103</sup>. En este periodo, los llamamientos están fundamentados en el orden que hubiera manifestado el causante en función de sus lazos afectivos, que vendrían establecidos: en primer lugar, los descendientes con una superioridad de la filiación legítima sobre la natural; en segundo lugar, ascendientes seguidos de los colaterales hasta el décimo grado; y el orden se cerraba con el cónyuge viudo y el fisco<sup>104</sup>. Efectivamente, la apertura de la sucesión intestada en las Partidas respondía al hecho de que un hombre muriese sin haber otorgado testamento (“home muere et non face testamento”) o cuando el testamento “no guarda la forma que se debe ser guardado”; o, a veces, cuando el testamento deja de tener validez por el nacimiento de un hijo póstumo; y, por último, el supuesto de “aquel heredero non quiere la heredad desechandola” (Partidas 6,13,1).

En el caso de España los territorios forales en relación a la sucesión intestada presentan características propias, tal como lo entiende Remedios Morán: así en Cataluña el «usatge Si a vice comitibus (Constituciones 1,6,4) utiliza al Derecho justiniano y establece los siguientes llamamientos: descendientes, ascendientes, colaterales y el cónyuge sobreviviente; en Aragón se excluyen los hijos que no sean legítimos o adoptados; en Navarra se mantiene el principio de la troncalidad y en el caso de la sucesión intestada depende de que se trate de nobles o hijos de padres hidalgos e infanzones o bien que se trate de padres villanos y labradores; en el primero de los casos, matizando por el principio de la primogenitura masculina»<sup>105</sup>. También, en

---

<sup>103</sup> MORÁN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, cit., pp. 404-405.

<sup>104</sup> Aquí se empieza a formular el sistema sucesorio recogido en las Partidas (6,13,1 ss.), vinculado al recogido en la Novela 118.

<sup>105</sup> MORÁN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, cit., pp. 405-406.

Navarra existe un usufructo viudal universal que excluye a los labradores, mientras que «Vizcaya se aproxima más a Cataluña, ya que el usufructo viudal dura un año y un día si la viuda vive en hábito viudal, pero pudiendo disfrutarlo mientras no se le devuelve lo suyo»<sup>106</sup>.

En otras geografías europeas como Francia, entiende Coing que las “coutumes” adoptan reglas sucesorias propias, de manera que en «feudos y bienes alodiales de la nobleza existe el droit d’aînesse». Así, el hijo mayor recibe no sólo el castillo familiar, sino también una porción hereditaria superior. Muchas “coutumes” conocen la institución del “donaire” para asegurar el porvenir de la viuda, según la cual le corresponde a ésta el usufructo de una parte determinada de los bienes del marido. Igualmente, en los Países Bajos (Ordinatio política de 1580) el Derecho romano quedaba excluido y sólo se aceptaba el modo de contar los grados de parentesco previsto por el Derecho romano<sup>107</sup>.

La diversidad de tratamientos jurídicos es absoluta, incluso algunos fueros como el de Soria (31,324) conceden derechos sucesorios a los hijos de la segunda mujer del bigamo, cuando ésta ignoraba que él estuviese casado. Esta flexibilización la vemos presente en la Segunda Escolástica española, donde se trata de favorecer a personas marginadas en las legislaciones sucesorias en relación con la filiación ya sean hijos adulterinos, nefandos, naturales, de clérigos...<sup>108</sup>. Ahora bien, «la discriminación por legitimidad se

---

<sup>106</sup> IGLESIA FERREIROS, A., “Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español”, cit., p. 499.

<sup>107</sup> COING, H., *Derecho privado*, cit., p. 76 y notas 29 a 35.

<sup>108</sup> Vid. PÉREZ PRENDES, J. M., “Los principios fundamentales del Derecho de sucesión mortis causa en la tardía Escolástica española”, en *Atti Seconda Escolastica nella*

acentúa a través del Derecho Común por el componente canónico, así en las “Observancias del Derecho aragonés” se excluye a los adúlteros»<sup>109</sup>.

Esta diversidad también se detecta en Italia, pues en materia sucesoria existe una variada relación de disposiciones, apoyada en diferentes estatutos municipales, que frente al *Ius commune* presentaban problemas de jerarquización de fuentes. Las cuestiones controvertidas también existían en el ámbito de la propia doctrina comunitaria. Por ejemplo, en el supuesto de la muerte del causante, solamente estaban llamados los nietos si había premuerto el padre y se planteaba la cuestión del tipo de sucesión. Azón defendía la sucesión “in capita”, mientras que Acursio, si bien inicialmente había seguido la opinión del maestro, posteriormente se inclinó por un llamamiento “per stirpes”<sup>110</sup>.

En los textos jurídicos castellanos, como el Fuero Juzgo, se establecen los siguientes llamamientos. Así heredan, en caso de no haber testamento, los descendientes están en primer lugar (4,2,2) en su defecto los ascendientes. Así, siguiendo el texto citado: «E si non oviere fijos, ni netos, ni padre, ni madre devenlo aver los avuelos». En tercer lugar, los colaterales, ocupando un lugar preferente los hermanos, frente a los parientes colaterales (4,2,5). Por último, el derecho de sucesión de los mismos está determinado hasta el séptimo grado (4,1,7)<sup>111</sup>.

---

formazione del Diritto privato moderno. Incontro Firenze 16-19 de octubre 1972, Actas al cuidado de P. Grossi, Milano, 1973

<sup>109</sup> LALINDE ABADIA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., p. 837.

<sup>110</sup> PADOVANI, A., v. “Successione legitima (Diritto interm.)”, cit., p. 1321, nts. 15 y 16.

<sup>111</sup> Vid. D. 38,10,10,18: “Septimo gradu personae continentur mille vigintiquattuor, hae...”

Una institución a tener en cuenta es la “*luctuosa hereditatis*”, entendida como el derecho de los ascendientes a heredar de los descendientes, generalmente nietos premuertos, siguiendo el principio de troncalidad, pero además sin pasar por los padres, si dichos bienes no pertenecen a dicho tronco<sup>112</sup>. También se da esta figura en Cataluña «pues cuando un impuber muere intestado y tiene bienes procedentes de un tronco heredan los del tronco, salvo la legítima que corresponde al progenitor del otro tronco» (Constitutiones de Cataluña 1,6,2,1)<sup>113</sup>.

En el Derecho Común, en términos generales, éste es abiertamente contrario a la troncalidad, pues se trata de un sistema de claro corte individualista. Como señala Lalinde «la troncalidad es más un derecho de reversión que otra cosa... el individualismo se manifiesta en el favor concedido a los ascendientes, los cuales, bajo el principio troncal, son excluidos por los parientes de donde proceden los bienes. Como suele ocurrir siempre, las nuevas tendencias no desplazan en forma absoluta a las antiguas, sino que hay movimientos pendulares, si bien en conjunto es el principio troncal el que experimenta un notable retroceso»<sup>114</sup>. Sin embargo, la resistencia al Derecho Común es muy variable, por ejemplo en los fueros locales de Castilla «los ascendientes no habían sido privados totalmente de derechos, sino que se les había conferido el usufructo de los bienes troncales,

---

<sup>112</sup> Aplicación práctica del principio de troncalidad es la fórmula denominada: “*paterna paternis- materna, maternis*”. Vid. MORÁN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, cit., p. 406.

<sup>113</sup> MORÁN, R., *Ibidem.*, p. 407.

<sup>114</sup> LALINDE, J., “Sectorios sucesorios hispanos resistentes al Derecho Común”, cit., p. 152.

que posteriormente pasaban a manos de los herederos troncales»<sup>115</sup>. Igualmente, en «Aragón, la solución troncal es más extrema. Se observa una suavización bajo el signo del Derecho común, pero sin que se altere el triunfo del principio troncal». Igualmente, «en Navarra la reacción antitroncal es mucho más intensa, como consecuencia de la recepción del Derecho romano en el siglo XVI, pero no silencia la resistencia y da lugar a una legislación pendular»<sup>116</sup>. En Cataluña «solo existe una troncalidad reducida. Es donde el Derecho común encuentra menor resistencia. Sin embargo, la troncalidad resiste triunfalmente en el Valle de Arán»<sup>117</sup>.

En relación a las Partidas, nos encontramos con una serie de llamamientos de gran calado romanista. En diferentes textos aparece, en primer lugar, el llamamiento a los descendientes: en Partida 6,3,13, en donde cuando fallece el padre o abuelo, heredan los bienes, si no existe testamento, “el hijo o el nieto”, dejando fuera al hermano y a los parientes colaterales. A falta de descendientes, se aplica la Partida 6,13,4: el padre y la madre son llamados como herederos por partes iguales; si concurren con hermanos, la herencia se atribuye “per capita”. Igualmente, la Partida 6,13,5 establece que, a falta de descendientes y ascendientes, son llamados a la sucesión los colaterales, hermanos de doble vínculo, dividiendo por cabezas la herencia. Si alguno de los hermanos hubiera fallecido y deja hijos, éstos suceden en representación junto con el resto de hermanos supérstites. Y es en la Partida 6,13,6 donde se marca el décimo grado de parentesco como límite de la

---

<sup>115</sup> LALINDE, J., *Ibidem*, pp. 152-153.

<sup>116</sup> LALINDE, J., *Ibidem*, pp. 155.

<sup>117</sup> LALINDE, J., *Ibidem*, pp. 157

sucesión de colaterales. A falta de parientes entraría en juego el cónyuge viudo, si no la Cámara del rey<sup>118</sup>.

La presencia del Estado como heredero nos permite analizar, aunque sea brevemente, la evolución de este llamamiento. Así, en el ámbito del Derecho germánico se reconoce el derecho del poder público a adquirir los bienes de aquel que moría sin herederos<sup>119</sup>. Por lo que respecta al Código de Eurico, no se hace mención expresa del derecho del Fisco a la herencia intestada, pero este silencio no debe interpretarse en un sentido negativo, puesto que el texto euriciano contiene mucha tradición romana<sup>120</sup>. En el *Liber Iudiciorum* «se contemplan casos de atribución al Fisco, con carácter de pena, de bienes de los particulares. No está prevista con carácter general la sucesión del fisco para el caso de que alguien muera sin parientes»<sup>121</sup>. Y es que, para Zeumer se considera supérfluo indicarlo de manera expresa<sup>122</sup>.

A partir de la Alta Edad Media decae la influencia romana, ya que la sucesión señorial desplaza a la voluntaria. Los *bona vacantia* no van a parar al

---

<sup>118</sup> Un planteamiento sobre la problemática de la sucesión ab intestato en las Partidas en RUIZ, E., “El heres en el régimen de sucesión *ab intestato*”, cit., pp. 233-237. Igualmente y en relación al Fuero Real, Ibidem, pp. 232-234.

<sup>119</sup> Vid. PÉREZ PRENDES, J. M., *Breviario de Derecho germánico*, Universidad Complutense, Madrid, 1993, pp. 71-93.

<sup>120</sup> D’ORS, A., *El Código de Eurico. Estudios visigóticos*, II, Roma-Madrid, 1960, p. 267.

<sup>121</sup> PACHECO CABALLERO, F. L., “Derecho histórico y Codificación. El Derecho sucesorio”, *AHDE*, 82, 2012, p. 140.

<sup>122</sup> ZEUMER, K., *Historia de la legislación visigoda*, trad. esp. Carlos Clavería, Barcelona, 1944, pp. 297-298. De todas formas en una Ley de Wamba del 675, tal y como afirma el citado autor, se determina la presencia del Fisco como beneficiario de determinados bienes

Fisco, sobre todo por la influencia de las instituciones religiosas en el ámbito jurídico patrimonial ("*donationes post obitum, cuota pro anima*"<sup>123</sup>) y ante todo por la debilidad institucional de la Monarquía. Algunos fueros locales otorgan los bienes sin herederos para cubrir las necesidades municipales y de beneficencia. El origen de la cuota *pro anima* en España está en conexión con las circunstancias de la Reconquista, donde se empiezan a hacer concesiones de sus bienes los testadores a instituciones religiosas. Posteriormente, fue recogida por algunos fueros y lo que comenzó siendo una costumbre popular pasó a constituirse en una práctica general, considerándose como obligatoria en el ámbito jurídico<sup>124</sup>.

Será con la Recepción cuando, de nuevo, se instaura un régimen jurídico basado en el Derecho justiniano. Así, las "Costums de Tortosa (6,10,1) le atribuyen a la "Senyoria" los bienes del que muere intestado y sin parientes. En Castilla, según el Fuero Real (3,5,4), si un hombre muere sin

---

(LV. 4,5,7; L.V. ant. 11,2,1). Vid. PACHECO CABALLERO, F. L., *Ibidem*, p. 140, nts. 180 y 181.

<sup>123</sup> GARCÍA VALDEAVELLANO, L., "La cuota de libre disposición en el derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media", *AHDE*, 9, 1932, pp. 129-176; MALDONADO, J., *Las herencias a favor del alma en el Derecho español*, Madrid, 1944, pp. 24-128; INFANTES FLORIDO, J. A., "San Agustín y la cuota de libre disposición. Interpretación de Graciano", *AHDE*, 30, 1960, pp. 89-112; MURGA GENER, J. L., "El testamento a favor de Jesucristo y de los santos en el Derecho romano postclásico y justiniano", *AHDE*, 35, 1965, pp. 358-368. También sobre cómo la influencia de la reforma protestante transforma las donaciones *pro anima* en donaciones para la gloria de Dios o para las necesidades urgentes de las ciudades vid. ROCA, M. J., "La influencia de la reforma protestante en el derecho hereditario y la abstracción del negocio jurídico", *e-Legal History Review*, 27, 2018, pp. 3-5.

<sup>124</sup> MALDONADO, J., *Las herencias a favor del alma en el Derecho español*, cit., pp. 27 ss.

testar y sin parientes, sus bienes los adquiere el Rey<sup>125</sup>. Igualmente, como hemos señalado anteriormente, en Partidas 6,13,6 se afirma que: «e si por aventura el que assi muriese sin parientes non fuesse casado, entonces heredara la Cámara». De lo que se deduce que en Castilla existe una cierta debilidad de las Cortes y una mayor fuerza del poder real. Sin embargo, a partir de la Ley 32 de Toro, los derechos del Fisco no son reconocidos, estableciéndose que si el difunto no tuviera parientes, “el comisario dará a la mujer viuda lo que según las leyes de los Reinos le pueda pertenecer y el resto de los bienes los entregue a obras pías y provechosas”<sup>126</sup>.

Un tratamiento interesante es el que se extrae en el Derecho Indiano en relación a los “bienes de los difuntos” declarados vacantes, una vez que son remitidos a la Casa de contratación, de forma que depositados en las arcas de la Casa y cumplidas las actuaciones para el esclarecimiento y determinación de los herederos, no existiendo éstos se posibilitará el acceso de la Real Hacienda a dichos bienes, si no aparecía quien reclamara la herencia<sup>127</sup>.

Será en la antesala de la Codificación, a través de la Nueva Recopilación (5,8,12) y la Novissima (10,22,1), las que tratarán los bienes vacantes o mostrencos y, junto con la Ley de 9 de mayo de 1835, denominada de

---

<sup>125</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., “La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes”, cit., p. 225.

<sup>126</sup> HERRERA BRAVO, R., “*Bona vacantia* y sucesión a favor del Estado en el Derecho romano y su recepción en el Derecho histórico español”, pp. 840-841.

<sup>127</sup> GUTIÉRREZ ALVIZ, F., “Los bienes del difunto en el Derecho Indiano. El Juzgado de bienes difuntos”, en *Estudios Jurídicos. Anales de la Universidad Hispalense*, 34, 1978, pp. 271-373; SÁNCHEZ BELLA, I.- DE LA HERA DIAZ REMENTERÍA, *Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1992, pp. 333-339.

“Mostrencos”, cuando en la sucesión intestada a falta de parientes se reitera de nuevo la tradición a favor del Estado.

## VII. LA SUCESIÓN INTESTADA EN LA ANTESALA DE LA CODIFICACIÓN Y SU PLASMACIÓN EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS.

En el discurrir de la época moderna empiezan a confluír diferentes corrientes de pensamiento jurídico como es, por un lado, el Humanismo jurídico, a través de un retorno al Derecho romano clásico, liberando las fuentes de las alteraciones introducidas por los compiladores y comentaristas. A través de la depuración de las fuentes, se devuelve al Derecho romano su sentido clásico. Todo este planteamiento se construye en torno a la ideología racionalista del Renacimiento, que según Koschakers: «va dirigida a establecer el fundamento de una ciencia que no trabaja con verdades que le han sido impuestas, sino que se afana ella misma por descubrir la verdad»<sup>128</sup>.

Desde la óptica territorial de nuestro país, se produce: «el trinunfo del racionalismo, uno de cuyos frutos es el Estado, un intento de racionalización de la vida política. La aparición del Estado se hace coincidir en la Península, tradicionalmente, con la unidad personal de las Coronas de Castilla y Aragón en las personas de Fernando e Isabel»<sup>129</sup>.

El método racionalista no vino en principio a reformar el Derecho privado, más bien se propuso de una forma ordenada sistematizar el Derecho

---

<sup>128</sup> KOSCHAKERS, P., *Europa y el Derecho romano*, versión completa y directa del alemán por J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, p. 167.

<sup>129</sup> IGLESIA FERREIROS, A., “Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español”, cit., pp. 508-509.

existente y, pese a que el *Corpus Iuris Civilis* había arraigado como realidad viva, éste influye en las legislaciones nacionales ya sea en su versión justiniana o en su forma vulgarizada. Además, «el ordenamiento jurídico encuentra su fundamento exclusivo en la voluntad del monarca». Los Decretos de Nueva Planta extinguen las fuentes particulares del Derecho de las diferentes geografías hispánicas, «lo que supuso un rudo golpe para el Derecho privado conservado en Aragón y Cataluña», puesto que «ni las Cortes, ni el rey suelen intervenir en el campo del Derecho privado»<sup>130</sup>.

Se van desarrollando una serie de «Recopilaciones cronológicas y serán pronto sustituidas por recopilaciones sistemáticas»<sup>131</sup>. Estas últimas adoptan una sistemática que se acerca al *Codex* de Justiniano. Estas fuentes constituyen «macizos textos legales provistos de valor oficial que constituyen una re sistematización racional y orgánica de parte de la normativa preexistente»<sup>132</sup>.

De mayor transcendencia son las Leyes de Toro, entendidas como aportación racionalizada de cara a conseguir una mayor seguridad jurídica. Aquilino Iglesia ha puesto de manifiesto que, a través de las mismas, existe un intento de racionalización de la herencia que, por el contrario, no una transformación<sup>133</sup>. Su principal objetivo es evitar la fragmentación de los bienes familiares y la vinculación con uno de los miembros de la familia, dándole una mayor preferencia sucesoria al primogénito. Se perfila la institución del “mayorazgo” a través de la cual una persona dispone que sus

---

<sup>130</sup> IGLESIA FERREIROS, A., *Ibidem.*, p. 512.

<sup>131</sup> IGLESIA FERREIROS, A., *Ibidem.*, p. 513.

<sup>132</sup> Tal y como lo entiende CAVANNA, en IGLESIA FERREIROS, A., *Ibidem.*, p. 514.

<sup>133</sup> IGLESIA FERREIROS, A., “Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español”, *cit.*, p. 525.

bienes se vayan transmitiendo sucesivamente, pero sobre todo con la condición de que permanezcan íntegros de forma perpetua, para que los posea el primogénito más cercano por orden sucesivo. Y es que, como especifica Clavero, «la nobleza señorial, mediante fundaciones perpetuas, establece los principios del régimen económico, familiar, sucesorio del linaje, vincula al mismo sus jurisdicciones, derechos fiscales y dominios territoriales, dejando por lo general el disfrute y disposición de sus rentas a la línea de primogenitura o mayorazgo dentro del propio linaje»<sup>134</sup>.

Se confirma una evolución donde en el caso de los descendientes se discrimina a los hijos ilegítimos por influencia del Derecho Canónico, así por ejemplo, en las Partidas se derogaban los derechos de los hijos de los clérigos. Ahora bien, si concurren en la herencia paterna con los descendientes legítimos, heredan uno o dos doceavos y dos tercios si concurren con ascendientes; en cambio, cuando en la herencia materna los hijos ilegítimos concurren con los descendientes legítimos, se les aplica una asignación en cuotas iguales, aunque las Leyes de Toro las reducen a un quinto. No obstante, la Codificación los favorece, cuando no concurren con descendientes y ascendientes legítimos, con el criterio de atribuirles la mitad que a los primeros en caso de concurrencia<sup>135</sup>.

Esta situación algo favorable a los hijos extramatrimoniales está marcada históricamente desde la Edad Media, no teniendo parangón con situaciones parecidas en la Europa medieval. Como señala Fosar: «los derechos hereditarios de los hijos de barragana en relación a los hijos de bendición (legítimos), como se señala en el Fuero General de Navarra,

---

<sup>134</sup> CLAVERO, *Historia del Derecho Común*, Salamanca, 1994, p. 68.

<sup>135</sup> LALINDE ABADIA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, cit., p. 838.

cuentan con una regulación infinitamente más óptima que la de los hijos extramatrimoniales de la sociedad europea de los siglos XI y XII, aun cuando todavía no se había desarrollado la noción de la mácula de bastardía por influjo de la Iglesia católica»<sup>136</sup>. Este beneficio jurídico tiene su constatación en el romance de los siete infantes de Lara, donde queda claro que el hijo adulterino puede ejercitar la venganza de sangre. De ahí que, ante el público al que va dirigido el poema épico no pueda extrañar que el hijo fruto del adulterio herede los bienes de su padre<sup>137</sup>.

También en el Fuero Viejo y en el Libro de los Fueros de Castilla se permite que el hijo natural concorra con los legítimos en igualdad de condiciones, cuando el padre así voluntariamente lo decida. Igualmente, en las Partidas los hijos naturales reciben una sexta parte del caudal hereditario que deben partir con su madre barragana.

En otros Fueros como el de Sepúlveda se dispone que el hijo de barragana no herede “salvo que fuere fecho fijo en el concejo y placiendo a los hijos que habrían de heredar al padre o la madre de donde viene el heredamiento”. En el de Soria se permite dar en vida, por testamento la cuarta parte de los bienes a los hijos de la barragana, si concurren con los

---

<sup>136</sup> FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia. Las uniones libres y la evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*, tomo III, Edit. Bosch, Barcelona, 1985, p. 184.

<sup>137</sup> Como pone de manifiesto GACTO, E., *La filiación no legítima en el derecho histórico*, Sevilla, 1969, pp. 179 ss. en diferentes fueros (Cuenca, Alcalá de Henares...) los hijos legítimos y naturales concurren a la herencia conjuntamente y, a veces, los naturales gozan de un amplio derecho hereditario si han sido reconocidos por el padre. Vid. del mismo autor “La filiación ilegítima en la historia del Derecho español”, *AHDE*, 1971, pp. 899-944.

hijos de bendición. Y, por último, el Fuero de Ayala atribuye iguales derechos a los hijos de bendición que a los hijos sin haber mediado casamiento<sup>138</sup>.

En relación al Derecho aragonés, contamos con el Fuero de Jaca, donde las situaciones jurídicas del “filtz bort” y del “filtz nat en adulteri” están perfectamente determinadas. Si el padre muere sin testamento, la herencia se partirá por igual entre el “filtz bort” y los hijos de bendición. En cuanto a los nacidos en adulterio, no deben heredar a no ser que el padre les deje alguna cosa por piedad y mediante carta. Este mismo principio se debe aplicar a la mujer casada si tiene algún hijo en adulterio<sup>139</sup>. No cabe duda que los hijos nacidos en adulterio presentan un tratamiento discriminatorio en Aragón, sobre todo debido a los criterios moralistas del Derecho canónico, que influye en la redacción de los Fueros, junto con necesidades demográficas de cara a la repoblación, que tratan de atraer cristianos con escrúpulos poco moralistas<sup>140</sup>. Así, por ejemplo, el Fuero de Sobrarbe (2,2) dispone que si hay hijo o hija de barragana deben de compartir la herencia con los hijos de bendición. En el caso de que el padre no tuviera hijos de bendición, entonces deben heredar la totalidad de los bienes<sup>141</sup>.

En el declinar de la época moderna en Europa, en lo que se refiere a la sucesión *ab intestato*, en determinadas geografías como Alemania rigen los

---

<sup>138</sup> Vid. MARTÍNEZ MARINA, A., *Ensayo histórico crítico sobre la legislación de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas*, 2ª ed., tomo I, Madrid, 1834, pp. 269-270; MARTÍNEZ DÍEZ, G., “El Fuero Real y el Fuero de Soria”, *AHDE*, 39, 1969, pp. 545 ss.; Vid., en general, GALO SÁNCHEZ, *El libro de los Fueros de Castilla*, Barcelona, 1924.

<sup>139</sup> FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia*, cit., pp. 201-202.

<sup>140</sup> LALINDE, J., *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1979, pp. 49-50.

<sup>141</sup> FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia*, cit., p. 203.

principios del derecho justiniano, aunque conviviendo con normas locales, costumbres y estatutos que tienen una regulación diferente. De manera que, como señala Coing: «en realidad estaba vigente un derecho mixto»<sup>142</sup>. Posteriormente, la Pandectística fue resolviendo los problemas más conflictivos como los relacionados con los principios “*paterna, paternis*”, “partición *per capita*s” o “*per stirpes*”, derechos hereditarios de la viuda, etc<sup>143</sup>.

Ahora bien, a partir del siglo XIX se empieza a vislumbrar en los diferentes Estados europeos una normativa de carácter legislativo, lo más unitaria posible. Se produce una clara fractura en relación con la normativa del *Ancient Regimen*. El Derecho hereditario previo a la Codificación estaba armado para proteger las estructuras patrimoniales de las familias nobiliarias, frente a los posicionamientos de algunos Códigos civiles europeos, que persiguen una mayor igualdad a la hora de la división de la herencia. El objetivo es una fragmentación de los patrimonios familiares de cara a evitar desigualdades. Como afirma Coing: «se tiende a no mantener unido el patrimonio, sino a su división»<sup>144</sup>.

El caudal hereditario en los sistemas codificados, así como en la Common Law está marcado por la idea de la “*successio universalis*”; lo cual significa que tanto el activo, como el pasivo del patrimonio hereditario, perteneciente al *de cuius* se transmite como un todo único. Los patrimonios

---

<sup>142</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, vol. II, trad. esp. A. Pérez Martín, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 761.

<sup>143</sup> Una relación de las cuestiones más problemáticas en COING, H., *Ibidem*, pp. 762-763, nts. 1 a 10.

<sup>144</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, cit., p. 764. Y así lo reitera cuando afirma que: «todos los hijos deben ser tratados por igual. Se eliminan los derechos preferentes de los hijos o de los primogénitos, la exclusión o posición peyorativa de las hijas».

son entregados a los herederos de manera inmediata desde el momento de la muerte del causante, ya se trate de descendientes directos o de otro tipo de herederos. En Inglaterra, el patrimonio del difunto (“estate”) pasa al “personal representative”, el cual deberá administrar el patrimonio, pagar las deudas y los impuestos, y distribuir el remanente a los beneficiarios por testamento o *ab intestato*<sup>145</sup>.

Tanto en el Derecho francés, como en el alemán, la regulación de la sucesión intestada está configurada desde la perspectiva de hacer llamamientos a la familia del causante, en función de sus deseos. En ambos ordenamientos se le da preferencia a los hijos, así como a la representación “per stirpes” de los hijos premuertos. En una línea análoga al tratamiento que le imponía el Derecho romano, si no existen herederos entre los descendientes, el llamamiento hereditario corresponde a los padres y a sus descendientes<sup>146</sup>. Posteriormente, se asigna una cuota de una cuarta parte si sobrevive el padre y el resto, a los hermanos y hermanas o sus representantes. Por último, si solo sobrevive el padre, éste recibirá la mitad del caudal y el resto va a parar a los parientes del otro lado de la familia<sup>147</sup>. El Código Napoleónico fundamenta los llamamientos hereditarios en “principios básicos iguales”. Se trata de superar las diferentes sucesiones especiales del

---

<sup>145</sup> Un análisis comparativo ente el Derecho romano y el Derecho moderno en relación al Derecho de sucesiones en STEIN, P., *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici* (al cuidado de A. De Vita. M. D. Panforti y V. Varano). Giuffrè edit., Milano, 1987, pp. 225-239.

<sup>146</sup> STEIN, P., *Ibidem*, p. 232.

<sup>147</sup> Arts. 731-755 del Code Civil.

Antiguo Régimen y, sobre todo, superar la idea de «conservar el patrimonio familiar mediante la aplicación de la regla “*paterna paternis*”»<sup>148</sup>.

La situación es algo diferente en el Derecho alemán, donde si son los padres los que sobreviven, adquieren todo el patrimonio hereditario, excluyendo a hermanos y hermanas, que solo acceden al caudal al menos cuando uno de los progenitores esté muerto<sup>149</sup>.

Pero una especialidad del BGB es que los llamamientos en la sucesión intestada corresponden a la “parentela”, la cual siguiendo a Stein está formada por todos los descendientes en vida, donde los más cercanos excluyen a los parientes más lejanos; en segundo lugar, seguirán los progenitores y sus descendientes y, en tercer lugar, los abuelos y sus descendientes<sup>150</sup>. Se tiene en cuenta, como parentela: «a cada uno de los círculos de parentesco que existen alrededor de una persona considerada». Se sigue el criterio germánico, donde a la muerte de las personas no se toma en cuenta «los derechos individuales que pudiese tener en su ánimo el fallecido respecto de tales bienes». Y es que «se subordinan la circulación de los bienes con ocasión de la muerte de las personas, cuya subsistencia depende materialmente del aprovechamiento de ese patrimonio»<sup>151</sup>.

Otra de las cuestiones que se plantea en la Codificación, con planteamientos normativos diferentes, se relaciona con las limitaciones de los

---

<sup>148</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, cit., p. 764. Ahora bien, en Códigos más conservadores, tal como afirma Coing, en Austria y Prusia, se dieron divergencias en la configuración del derecho sucesorio para las casas de labranza, cuyas desmembraciones se querían evitar.

<sup>149</sup> Parágrafos 1924-1925 del BGB.

<sup>150</sup> STEIN, P., *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 232.

<sup>151</sup> PÉREZ PRENDES, J. M., *Breviario de Derecho germánico*, cit., pp. 71; 125.

llamamientos en relación con los parientes colaterales. En Derecho justiniano no se establecían estos límites. En el Derecho europeo hay un contraste bastante diferencial. Por ejemplo, en el parágrafo 1929 del BGB se sigue la línea justiniana; el *Côde*, sin embargo, regula hasta el duodécimo grado de parentesco, dentro de la cuarta clase de los parientes colaterales (art. 755) en contraste con el ZBG donde el Derecho suizo solo considera hasta el tercer grado (arts. 457-459). En relación a este último, como señala Coing, en el ZBG «es determinante la idea de que hoy ya no era tan firme la cohesión de la familia más amplia; por otra parte, el Estado había asumido muchos cometidos que anteriormente correspondían a la gran familia»<sup>152</sup>.

Pero una de las cuestiones capitales que nos encontramos en la sucesión intestada, en el moderno Derecho europeo es el relacionado con la cuestión de cómo deben ser llamados los herederos a la herencia y, sobre todo, cuál es el orden que debe seguirse. Nos encontramos con dos líneas:

- a) El sistema de “proximidad de grados”, pero agrupados en clases de parientes, tal como se prefigurada en el Derecho romano. Así venía regulado en el ALR, en el *Côde*, en los Códigos civiles italiano y español.
- b) El “sistema de parentelas” aparece en el Derecho austriaco a partir de una disposición del emperador José II (*Erbfolgepatent*). Utilizado por primera vez el 11 de mayo de 1786. Aparece en el proyecto Horten y se plasma en el Código civil de Austria, inspirándose en la Ordenanza territorial del Tirol (1573) y en la Nueva Ordenanza del

---

<sup>152</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, cit., p. 765.

derecho hereditario ab intestato para la Baja Austria (1720)<sup>153</sup>. El sistema de las parentelas se encuentra presente en el BGB y en ZBG. Aunque en algunas geografías suizas se introdujo la parentela previamente, en otros cantones existía el sistema de proximidad de grados.

La época moderna no supone en el caso de los territorios italianos el reconocimiento del principio de igualdad en la sucesión intestada. Como pone de manifiesto Andrea Padovani: «le norme sulla successione non segnarono un apprezzabile avanzamento per tutto il sec. XVIII». Algunos ejemplos, siguiendo al autor citado, los tenemos reflejados en la Constitución del Piamonte (1770), donde se excluye de la herencia intestada de los parientes paternos y maternos, a la hija que se le había otorgado la dote (5,7); igualmente, cuando el causante no había redactado un testamento, suceden los descendientes masculinos, con exclusión de los femeninos y de sus descendientes. No existiendo herederos masculinos, sí puede heredar la hija (2,34)<sup>154</sup>.

Estas iniquidades también se mantienen en otros territorios de la península itálica. Así, en la Constitución de Módena del año 1771 y la Ley del 18 de agosto de 1814, la sucesión intestada se inspiraba en el principio

---

<sup>153</sup> WESENBERG, G.- WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. esp. J. Javier De los Mozos Touya, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1989, p. 238. Para estos autores el orden de parentelas es un producto de la doctrina del Derecho Natural.

<sup>154</sup> PADOVANI, A., "Successione legitima (Diritto interm.)", cit., pp. 1321-1322.

agnaticio y, además, se le concedía a los hijos el doble de lo dejado a la hija<sup>155</sup>. Esta situación de desigualdad tiende a ir desapareciendo lentamente en algunos Códigos preunitarios, de tipo Napoleónico, permitiendo el protagonismo de la mujer en la sucesión intestada. Esa equiparación se constata en el Código de las dos Sicilias (art. 667). Por último, el Código de 1865 proclama cuatro clases de herederos: parientes legítimos, naturales, cónyuge y Estado. En el primer grupo confluyen los descendientes, ascendientes, hermanos y hermanas y sus descendientes, posteriormente, los colaterales van entrando en el orden sucesorio de forma paulatina. Las diferentes concurrencias y ausencias de herederos se resolvían de la siguiente manera:

- La cuota de los padres no podía ser inferior al tercio que le correspondía a los ascendientes como legítima.
- A falta de padres, su cuota correspondiente era devuelta a los ascendientes próximos, equitativamente tanto los de línea materna, como paterna.
- Se admitió que, en ausencia de hermanos y hermanas, la cuota vacante acrecía para los ascendientes.

---

<sup>155</sup> PADOVANI, A., *Ibidem*, p. 1322. También en los territorios pontificios se estableció por Pío VII, León XII y Gregorio XVI que el hombre sea preferido a la mujer en lo que se refiere a la sucesión intestada.

- Por último, los colaterales accedían a la herencia hasta el sexto grado (art. 736), ante la ausencia de descendientes, ascendientes, hermanos y hermanas y sus descendientes<sup>156</sup>.

### VIII.- LA SUCESIÓN INTESTADA EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA: ESPECIALES PECULIARIDADES.

El Derecho civil español actual viene marcado por una serie de peculiaridades, puesto que en la actualidad conviven una serie de derechos civiles forales o especiales que no son solo el reflejo de una diversa tradición histórica, junto con un Código civil más que centenario<sup>157</sup>.

En el Código civil español, en su artículo 658, la sucesión se puede manifestar a través de la vía testamentaria, por disposición legislativa e, incluso, hay una tercera forma que se puede llamar “mixta” por la que «podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre y en otra por

---

<sup>156</sup> PADOVANI, A., *Ibidem.*, p. 165.

<sup>157</sup> VALIÑO, A., “Consideraciones sobre la particularidad del derecho de sucesiones en España”, *Legal Roots. International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law*, 2015, pp. 33-87. También sobre la actualidad del derecho de sucesiones en España, vid. DELGADO ECHEVARRÍA, J., “¿Qué reformas cabe esperar en el derecho de sucesiones del Código civil? Un ejercicio de prospectiva”, *El Cronista*, 3, 2009, pp. 26 ss.; Id., “Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Derecho de sucesiones, presente y futuro. XI Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-171. Igualmente, vid., LUNA SERRANO, A., “La influencia del Derecho romano en el Derecho civil catalán”, en *Estudios in memoriam del prof. Alfredo Calonge*, vol. II (coord. J. García Sánchez- P. De la Rosa- A. Torrent), Salamanca, 2002, pp. 654-655.

disposición de la ley»<sup>158</sup>. Es esta una peculiaridad diferencial con respecto al Derecho romano que consagraba el principio de incompatibilidad de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada. En el Código civil no se mantiene y se admite, en consecuencia, la compatibilidad entre ambas formas de sucesión<sup>159</sup>.

Estos rasgos peculiares también se detectan en relación a que la jurisprudencia romana describe la herencia como una “*successio in universum ius*”<sup>160</sup>, proyectándose en el artículo 660, que llama heredero a quien sucede a título universal. Y es que en Derecho romano toda la problemática de la herencia viene justificada por el reconocimiento del título de heredero, continuado en las Partidas (6,3 pr.); pero el Ordenamiento de Alcalá se aparta de la tradición romana estableciendo que para la validez del testamento no fuese necesaria la institución de heredero. Así ha quedado en el art. 764 de nuestro Código, donde no es esencial el título de heredero, admitiéndose la posibilidad de sucesión testamentaria sin heredero<sup>161</sup>.

Las diferencias están algo marcadas, ya que en Roma el título de heredero deriva de la adquisición del patrimonio y la responsabilidad por deudas, mientras que en el Código civil actual (art. 891) responde por deudas, tanto el heredero, como el legatario.

---

<sup>158</sup> IGLESIAS, J., “La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno”, en *Estudios de Derecho romano e Historia de de Roma*, Madrid, 1968, pp. 133-154; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “Relaciones familiares y derecho de la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico cultural romana”, *AFDUDC*, 10, 2006, pp. 248 ss.

<sup>159</sup> Arts. 658.3; 764; 912; 986 del Código civil de 1889.

<sup>160</sup> D. 40,17,62.

<sup>161</sup> IGLESIAS, J., “La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno”, cit., pp. 149-151.

Ahora bien, en materia de sucesión intestada nuestro Código, con algunas modificaciones, ha seguido los llamamientos sucesorios de las Novelas 118 y 127 de Justiniano, es decir, primero, descendientes; segundo, ascendientes y tercero, parientes colaterales. Si bien la Novela 118 no regulaba el derecho de sucesión del cónyuge supérstite. De manera que Justiniano estableció que cuando la viuda carecía de dote y de donatio propter nuptias, se le concedía el cuarto de la herencia (quarta uxoria). A partir de la reforma introducida por la Ley de 11/1981 de 13 de mayo, nuestro Código establece que el cónyuge supérstite tendrá naturaleza prioritaria respecto a los parientes colaterales y heredará en plenitud o en usufructo según concurra en solitario o lo haga con descendientes o ascendientes del difunto (art. 944). Pero la Ley 15/2005, de 8 de julio excluye de tal llamamiento al cónyuge separado judicialmente o de hecho (art. 834)<sup>162</sup>.

Como entiende Fernández de Buján, los fundamentos romanísticos de la herencia moderna han penetrado a través de nuestro Derecho de Partidas y es que la visión de la herencia, como sucesión universal y como transmisión unitaria del patrimonio es genuinamente romana. «El Derecho germánico la desconocía y no pasó desde el punto de vista sencillo de la transmisión de bienes, de tal manera que las deudas no formaban parte de la herencia. Las

---

<sup>162</sup> VALIÑO, A., “Consideraciones sobre la particularidad del derecho de sucesiones en España”, cit., pp. 84-85, nts. 177 y 178. Además, un estudio muy completo en MURILLO VILLAR, A., “La influencia del Derecho de familia en la posición del cónyuge supérstite en el orden de llamamientos en al sucesión *ab intestato*. Evolución histórica”, *Revista Internacional de Derecho Romano* (octubre, 2017), pp. 1-50; Idem, op. cit., en *Fundamentos del Derecho sucesorio actual* (coords. M. T. Duplá- P. Panero), Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 493-512.

ventajas prácticas de este sistema han determinado su pervivencia histórica y su admisión por el derecho moderno»<sup>163</sup>.

Todo ese proceso histórico se rompe por el artículo 1976, por el que «quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código». Para Pacheco se produce «una ruptura radical con la historia, con los Códigos antiguos». De manera que «el Código suplantó a los Códigos»<sup>164</sup>. El resultado final es que «el Código (en mayúsculas), como obra enteramente nueva, produjo la pérdida de la individualidad de los antiguos códigos, con minúscula». De modo que «el Código sistematiza, reelabora y repropone un material existente al que dota de una nueva autoridad. Del material consolidado se pasa a un material codificado»<sup>165</sup>.

Ahora bien, la influencia romana en nuestro Código es una realidad, tanto la conexión con el Code, el proyecto de García Goyena y los presupuestos romanísticos de nuestro Derecho histórico impregnan gran parte de los contenidos. Aunque es obvio que el proceso de formación del Código civil español es el resultado de una evolución compleja, donde se entrecruzan una serie de influencias recíprocas, pues en nuestro derecho

---

<sup>163</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 316, siguiendo el pensamiento de Castán sobre los fundamentos históricos del Derecho civil español.

<sup>164</sup> PACHECO CABALLERO, F. L., "Derecho histórico y Codificación. El Derecho sucesorio", cit., p. 114.

<sup>165</sup> PACHECO CABALLERO, F. L., *Ibidem*, pp. 115-116, nts. 13,14 y 15.

privado se dan cita elementos romanos, germánicos, canónicos y otros vestigios<sup>166</sup>.

Los principios institucionales romanos invocados por los legisladores de los siglos XIX y XX proceden indirectamente de la Compilación de Justiniano. No obstante, en la conexión Derecho romano *versus* Código civil se ha de precisar con cautela la *regula iuris* que puede brotar del Derecho clásico, del Derecho justiniano o del *Ius commune*, de manera que al ser insertada por el legislador, éste le infunde una vida presente que conlleva su transfiguración y adaptación<sup>167</sup>. Los Códigos fueron elaborados y promulgados para resolver nuevos problemas y elaboraron algunas instituciones novedosas que la tradición histórica desconocía, pero sin perder de vista la interdependencia de gran parte del material teórico preexistente.

Nuestro Código no puede obviar la influencia del *Côte* y, como señala Clavero, con este Código civil nace el *droit civil*, donde se establece la condición de la persona en relación con la familia (“*etat civil*”) y las formas correspondientes de propiedad, sucesión y contrato<sup>168</sup>.

Pero retomando el encuentro de la sucesión intestada en el Código civil español de 1889, en el mismo se excluyen las formas de sucesión contractual,

---

<sup>166</sup> HERRERA BRAVO, R., “El Derecho romano y la tradición romanística en el Código civil español de 1889”, en *Estudios en homenaje al prof. F.J. Hernández Tejero*, 2, Madrid, 1994, pp. 309-328.

<sup>167</sup> Sobre la continuidad y discontinuidad en la Historia del Derecho vid. THIEME, H., “La continuidad y discontinuidad en la Historia del Derecho”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 20, 1976, pp. 333-346; SANTUCCI, G., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, pp. 9-51.

<sup>168</sup> CLAVERO, B., *Curso general de Historia del Derecho. Institución histórica del Derecho*, Madrid, 1992, p.

siguiendo la línea marcada por las Partidas, que prohibía los pactos sucesorios en Castilla. En el Código civil de 1889 están totalmente prohibidos (art. 1271.2), pero sin embargo sí están admitidos en los territorios forales. Para Valiño, «puede pensarse que su fundamento se halla en la consideración de la herencia futura como *res extra commercium* por no estar completamente determinados los bienes y demás elementos patrimoniales transmisibles que la componen»<sup>169</sup>. Para Pacheco, la sucesión contractual ampliamente desarrollada en otros derechos civiles hispánicos tiene por fin «quebrar el igualitarismo -mayor o menor- en el reparto de la herencia a que pudiese dar lugar en cada caso el funcionamiento de las correspondientes reglas que gobernaban la sucesión testada e intestada»<sup>170</sup>. De manera que el veto a los pactos sucesorios en el Código civil están en clara conexión con los principios romanísticos volcados a lo largo de la historia.

Será el Proyecto de Código civil de 1831, en sus artículos 2028-2223, donde se recogerán las sucesiones, siendo el artículo 2211 el que reproduzca el orden de sucesiónn intestada, atendiendo a la siguiente graduación:

- 1.- Descendientes legítimos del difunto o legitimados por subsiguiente matrimonio.
- 2.- Descendientes legítimos por Real gracia.
- 3.- Padres legítimos o de los que hubiesen legitimados por Real gracia.
- 4.- Abuelos o demás descendientes legítimos o legitimados.

---

<sup>169</sup> Sobre la problemática que conllevan vid. VALIÑO, A., “Consideraciones sobre la particularidad del derecho de sucesiones en España”, cit., pp. 77-84, con abundantes referencias normativas y bibliográficas entre las notas 147 a 176.

<sup>170</sup> PACHECO CABALLERO, F. L., “Derecho histórico y Codificación. El Derecho sucesorio”, cit., p. 117.

- 5.- El cónyuge simultáneamente y por partes iguales con los hermanos legítimos. Los legitimados por Real gracia se sucederán recíprocamente y lo mismo se entenderá respecto de los que hubieran sido reconocidos o declarados por su padre.
- 6.- Hermanos legítimos de una sola línea.
- 7.- Hijos adoptivos, a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres.
- 8.- Hijos o padres naturales reconocidos.
- 9.- Colaterales entre sí hasta el décimo grado inclusive.
- 10.- Hijos naturales simplemente declarados y a éstos sucederán sus padres, conforme al orden prescrito en este artículo.
- 11.- El Fisco<sup>171</sup>.

En esta línea evolutiva, nos encontramos con el Proyecto de Código civil de 1851, donde los llamamientos están encabezados por la línea recta descendente, que finaliza con el derecho de representación de los nietos y demás descendientes<sup>172</sup>; seguido por la línea correspondiente a los ascendientes<sup>173</sup>; a continuación, el llamamiento se vuelca en los parientes colaterales, con una extensión o límite hasta el décimo grado<sup>174</sup>, aunque fuera del cuarto grado, hemos de tener en cuenta los derechos hereditarios del cónyuge viudo y de los hijos naturales reconocidos<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> La relación ha sido extraída de PACHECO CABALLERO, F. L., *Ibidem*, p. 143.

<sup>172</sup> Arts. 761 a 763.

<sup>173</sup> Arts. 764 a 766.

<sup>174</sup> Arts. 767 a 772.

<sup>175</sup> Arts. 773; 774 a 782.

Culmina este proceso con el Código civil de 1889 con arreglo al siguiente esquema:

- a) El primer llamamiento, a los descendientes en línea recta, incluyendo a los matrimoniales, como no matrimoniales, además de los adoptados.
- b) En defecto de los anteriores, el llamamiento a suceder es para los ascendientes (art. 935).
- c) El cónyuge viudo a falta de los anteriores, en la totalidad de los bienes del difunto. Tal llamamiento concurre en tercer lugar como consecuencia de la Ley de 13 de mayo de 1981 por la que la sucesión del viudo/a respecto del tratamiento del régimen anterior, donde concurría tras los parientes colaterales privilegiados y antes que los ordinarios, el artículo 944 establece que «en defecto de ascendientes y descendientes y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente». Como indica Cossio «el principio está indudablemente inspirado en una creciente conyugalidad del sistema, reduccionista de la familia, por cuanto se han considerado los vínculos de afecto conyugal superiores a los que derivan de la línea colateral»<sup>176</sup>.
- d) Los hermanos e hijos de hermanos con preferencia a los demás colaterales (art. 946).

---

<sup>176</sup> COSSIO, A.- COSSIO, M.- LEON, L., *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Civitas, Madrid, 1988, p. 637.

e) Los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado más allá del cual no se extenderá el derecho de heredar al intestado (art. 954).

f) El Estado (art. 956)<sup>177</sup>.

El planteamiento presentado con respecto a los principios volcados en el Código, como señala Ángel López, está impregnado de «tradición romano-canónica, que no es solo historia en el sentido más estrecho del término, que evocaría un conjunto de sucesos, datos, culturas, mentalidades, incluidas dentro de un arco temporal cerrado... es historia que se refleja y es reflejada en el presente, en cuanto insertada en una larga duración»<sup>178</sup>. Además, el derecho hereditario encuentra sus reflejos no sólo en el Código de inspiración liberal, como el nuestro, sino que interactúa de forma dialéctica con nuestra Constitución, propia de un Estado social. A través de su artículo 32, en su ap. 1º se reconoce «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» y en su ap. 2º expresa que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». El derecho a la herencia es una categoría propia del Derecho civil, pero la Constitución de 1978, por primera vez, lo equipara al

---

<sup>177</sup> COSSIO, A., *Ibidem*, p. 634. Vid. también, por su reciente interés, PÉREZ ESCOLAR, M., "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro", *ADC*, 60.4, 2007, pp. 1641 ss.; NÚÑEZ NUÑEZ, M., *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Madrid, Dykinson, 2007; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "La reforma de la sucesión intestada en el Código civil", en AA. VV. *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 425-462.

<sup>178</sup> LÓPEZ A. M., *El Derecho civil entre la tradición histórica y la Constitución política*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 19.

derecho de propiedad y en ningún texto constitucional histórico aparece reconocido tal derecho<sup>179</sup>.

## IX.- CONCLUSIÓN.

Tres son los elementos que conforman la sucesión intestada en la tradición jurídica europea continental: por un lado, el “romano”, donde empieza a partir de la época postclásica a predominar la voluntad individual sobre la familia. Pero también empiezan a emerger los componentes familiares y de parentesco. Y es que, al producirse una sucesión a título universal, el heredero no recibe de su causante un título económico, sino más bien un título con una impronta personal.

En el segundo libro de las Instituciones de Gayo se trata el fenómeno sucesorio a propósito de la adquisición de la propiedad, pero en el ámbito de las cosas (*rerum*); contraponiendo la adquisición de las cosas singulares a la adquisición “*per universitatem*”. Esta ordenación sistemática es la que se proyecta en el *Côde* y en el Código civil español, que en su tercer libro trata las sucesiones como una de las diferentes formas de adquisición de la propiedad.

La piedra de bóveda del sistema *ab intestato* europeo viene marcado por la Novela 118 del emperador Justiniano y otras medidas complementarias;

---

<sup>179</sup> ROGER VIDE, C., *El derecho a la herencia en la Constitución*, edit. Reus, Madrid, 2007, pp. 7 y 8, nt. 1; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “El Derecho de sucesiones y las normas constitucionales”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al prof. J. Luis Lacruz*, Bosch editor, vol. 2, Barcelona, 1993, pp. 1141 ss.; DíEZ PICAZO, L., “Propiedad y Constitución”, en *Constitución económica (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, 1977, pp. 42 ss.; LÓPEZ A., “La garantía institucional de la herencia”, en *Derecho privado y Constitución*, 3, 1994, pp. 29 ss.

así, ésta no regula el derecho de sucesión del cónyuge supérstite. Posteriormente, Justiniano establecerá un derecho sucesorio especial a favor de la viuda pobre, que carece de dote y de *donatio propter nuptiae*, asignándole la *quarta uxoriae* cuando concurre con los hijos. En el Còde predominaba el orden de llamamiento marcado por la Novela 118. Además, en el Derecho francés se va progresivamente protegiendo a la viuda a través de sucesivas reformas, reconociendo en usufructo una cuota del patrimonio dependiendo del grado de parentesco del heredero con el que concurra.

Es, pues, en el ámbito del cónyuge viudo donde se detecta un mayor cambio en relación a la sucesión intestada. Ese avance se observa en el Código civil español, donde el cónyuge viudo se coloca en tercer lugar tras los descendientes y ascendientes, aunque una Ley de 15/2005 de 8 de julio excluye de tal llamamiento al cónyuge que se encuentre separado judicialmente o de hecho. Las reformas que se vienen operando en los derechos europeos vienen a calificarlo como heredero legal en cuotas más o menos variables. Incluso hay legislaciones como la de Suecia que lo sitúan por delante de los descendientes. Retomando la situación del estado español, un esquema parecido se empieza a vislumbrar en los derechos forales.

En el decurso de esta tradición jurídica europea no debemos de obviar el elemento germánico. Y es que en la estructura doméstica de la comunidad germánica (*Hausgemeinschaft*), el patrimonio hereditario no pertenece al individuo, sino a la comunidad, de forma que al morir un miembro de ésta, es absorbida su cuota por los demás miembros por la vía del acrecimiento. Se produce un predominio de la sucesión forzosa o intestada. En los pueblos germánicos la sucesión solo se realiza en las cosas, puesto que la personalidad no está en el individuo, sino en el grupo y, especialmente, se

atenderá a que los bienes que procedan de la familia de uno de los componentes del matrimonio no vayan a parar a los parientes del otro, y vuleven al tronco de donde procedieron (derecho de troncalidad). Por tanto, rota la comunidad de bienes, la propiedad individual de esos bienes no acepta un régimen unitario, de modo que la naturaleza peculiar de cada uno de ellos se caracteriza por el origen de su adquisición. La transmisión del patrimonio se constituye en regímenes jurídicos diferentes. Así, los bienes de abolengo siguen el principio "*paterna paternis, materna maternis*".

Por último, el elemento canónico otorga una importancia en el ámbito hereditario, flexibilizando algunos requisitos formales y suavizando las exigencias del *Ius commune*. Así, por ejemplo, la Segunda Escolástica española va a favorecer en el ámbito sucesorio a personas marginadas, admitiendo a la herencia a los hijos nacidos de adulterio, nefandos, naturales, de clérigos, etc. Igualmente, se defiende la *voluntas rationabilis defunctorum*, especialmente para proteger aquellas disposiciones *pro anima*. Esta cuota, por lo que se refiere al derecho histórico español, se encuentra en conexión con las circunstancias económicas de la Reconquista, donde el causante hacía concesiones de sus bienes a la Iglesia. Algunos Fueros recogen la práctica de dejar bienes *pro anima* y lo que comenzó siendo una costumbre, se convirtió en una práctica obligatoria en el ámbito normativo. Prueba de ello son las Leyes de Toro que, progresivamente, se transforman en legados o causas pías, las cuales llegaron a tener una naturaleza forzosa durante el siglo XVII hasta confluir en el artículo 747 del Código civil.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la tradición jurídica contenida en el pasado se vuelca en un presente, fruto de un proceso evolutivo que va desde la familia agnaticia a los lazos que se van

configurando a través de los *cognati* y será a partir del *Ius honorarium* donde encontremos el mecanismo para suplir la falta de testamento a través de la *bonorum possessio*, consolidándose en el Edicto de Adriano a través del término “unde”. Se establece, así, una lista de llamados: “*unde legitimi*”, “*unde cognati*”, “*unde liberi*”, “*unde vir et uxor*” y, por último, el fisco. Posteriormente, se añadieron otros llamamientos a través del senadoconsulto Tertuliano y Orfitiano. Todo este proceso va cerrando en el mundo romano los llamamientos *ab intestato*, hasta la confirmación en las Novelas justinianas de diferentes fechas: 543, 548, que constituyeron las principales Novelas del emperador en el ámbito de la sucesión intestada. De esta consolidación se entresaca el principio de igualdad entre los herederos, sin distinción de sexos, a “*imitatio naturae*” la filiación adoptiva y la consanguínea. Todo finaliza en que, a falta de testamento, se prefiere a los descendientes; a continuación, a los ascendientes; posteriormente, a los colaterales, reconociendo el derecho de representación a los nietos en caso de premoriencia de los hijos de aquel de cuya sucesión se trata.