



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2022
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 01/12/2021	Fecha de aceptación: 23/03/2022
Palabras clave: <i>Sucesión intestada, hijos, hijas, Recepción, Igualdad de género, Derecho romano</i>	Keywords: <i>Intestate succession, sons, daughters, Historical law, gender equality, Roman law</i>



HIJAS E HIJOS LEGÍTIMOS EN LA SUCESIÓN INTESTADA DE SU PROGENITOR: De Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)

LEGITIMATE DAUGHTERS AND SONS IN INTESTATE SUCCESSION: From Rome to modern civil codes. (Equality and gender)

Beatriz García Fueyo

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Romano

Universidad de Málaga

bgarciaf@uma.es

ORCID: 0000-0003-1373-9472

(GARCÍA, Beatriz. Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: De Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género) RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 60-184

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

La evolución histórica de la sucesión ab intestato, a partir de la legislación decenviral, de mediados del siglo V a. C., permite observar las importantes oscilaciones legislativas en la posición jurídica y adquisición patrimonial de los varones frente de las mujeres. Esta situación discriminatoria da paso a la equiparación, por razón de sexo, que se instaura normativamente en época posclásica, y que culmina el emperador bizantino Justiniano, con la Novela 118, del año 543. Los siglos posteriores del Medioevo no siempre recogieron este planteamiento sucesorio, ni tampoco se aplicó la plena igualdad en la legislación y doctrina de la Baja Edad Media, perpetuándose durante la Edad Moderna, por motivos políticos, ideológicos y económicos, hasta la llegada de la codificación napoleónica.

Abstract:

In this paper we analyse the historical evolution of intestate succession, starting from the first known testimonies in Roman Law in the decennial legislation, with important legislative oscillations, since male children were more privileged than female children, in a notoriously discriminatory situation. In accordance with the nature and inspiration of Christianity, gender equality was legally established in the post-classical period, and culminated in the time of Justinian, as we can see in Novel 118, year 543. In the subsequent centuries of the Middle Ages, this approach to succession was not taken up, nor was full equality applied in this historical period in the legislation and doctrine of the late Middle Ages, thus perpetuating it during the Modern Age, until the arrival of the Napoleonic codification

1. Introducción

En el derecho sucesorio, las llamadas a heredar, hechas por falta de testamento en las Novelas justinianas, introdujeron el principio de igualdad de trato, prescindiendo de distinguir sexos, pues el parentesco cognaticio es el único contemplado y la filiación adoptiva se equiparó en efectos (*imitatio naturae*) a la biológica¹. No hay duda que el Derecho romano y sus fuentes, especialmente el *Corpus Iuris* de Justiniano, aunque estuvo sin influjo durante siglos después del Emperador de Bizancio, fue el fundamento normativo de la nueva ciencia jurídica surgida en Bolonia a finales del siglo XI, así como el recurso metodológico que se implantó en Europa durante el Renacimiento jurídico, desde glosadores a humanistas, pasando por los comentaristas, que aportaron ya una exposición sistemática de las instituciones. Durante este período fue un conjunto normativo, depurado en sus textos originales merced al estudio y actualización de los intérpretes, que dio respuesta a las necesidades de la sociedad

¹ PÉREZ PRENDES, José Manuel, "Perfiles generales de un Derecho romano renacido y recreado", en *Las Bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid, Iustel, 2010, p. 109.

européa, integrando el conocido *Ius Commune*, cuya vigencia fue más intensa gracias a los tribunales y a la docencia universitaria.

Su presencia como derecho vivo y aplicado se mantuvo incluso hasta la Edad Moderna, desapareciendo con los códigos nacionales, desde el ALR prusiano, pasando por el ABGB austríaco o el Code civil napoleónico, inspirados en el iluminismo, pero también en el jusracionalismo y jusnaturalismo, a pesar de asumir multitud de figuras jurídicas romanísticas, aunque con una fundamentación diferente, sirviendo de base para la última elaboración dogmática de aquel ordenamiento, la Pandectística, que será germen del BGB. Con este código finaliza en Europa de la vigencia positiva de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico de Roma².

En estas líneas pretendemos presentar la evolución relativa a la igualdad de sexos, y no discriminación entre los hijos legítimos, a la muerte de su progenitor, en la sucesión *ab intestato*, ya que en Roma, durante siglos, toda la titularidad jurídica descansó en la figura del *paterfamilias*, y la situación de la mujer no solamente era muy discriminatoria, en general, sino que por razón de sexo estaba privada de multitud de derechos frente al varón.

2. Derecho Romano

No faltan autores que han defendido la presencia y vigencia del matriarcado en la primitiva historia romana, de modo que esta situación generaría una preferencia y una prevalencia de la mujer sobre el varón, que también se reflejaría en el orden sucesorio³.

² Vid. SANTUCCI, Gianni, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 9-16.

³ Será suficiente referir la tesis antigua del italiano Enrico Besta (BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961, pp. 61-

No obstante, la ausencia de datos contrastados, que justifiquen semejante construcción doctrinal, debemos iniciar nuestra reflexión a partir de la información contrastada que tenemos en las fuentes más antiguas, comenzando por las XII Tablas.

2.1 Período republicano

Recordaba Resina⁴, que la sociedad romana, como sus contemporáneas de la antigüedad clásica, estaba basada en la desigualdad, especialmente por razón del sexo, de modo que podemos afirmar que la mujer en Roma no estuvo equiparada al hombre, encontrándose en situación de inferioridad respecto al mismo, en el ámbito jurídico.

Troplong⁵, a mediados del siglo XIX, traza una semblanza sombría de la mujer romana: sometida a tutela con objeto de alejarla de los negocios tanto públicos como privados, y sometida por el vínculo de

62), quien no duda en afirmar que muchos creen que en el origen no existió equiparación entre los dos sexos. Algunos, interpretando mal el matriarcado, pensaron que las mujeres fueron tratadas mejor que los varones, pero es un error, porque en el Derecho romano, que parece haber defendido la igualdad sucesoria de los sexos, en origen no existió. La mujer no pudo hacerse cargo de la *hereditas* porque no era titular de *potestas*, y estaba perpetuamente bajo *potestas* de otro, que solo más tarde se presentó como una tutela. Tuvo solamente el derecho de *habere familiam*, que al menos a partir de las XII Tablas, correspondió a los agnados, a falta de los *sui*. Los fundamentos de la preferencia varonil fueron cambiados a causa del cambio de contenido de la *hereditas*, junto a la gradual desvinculación de la capacidad jurídica y patrimonial de la mujer de los viejos esquemas. La vieja tutela femenina para las mujeres romanas quedaron como simple recuerdo desde la época del emperador Claudio, cuando la mujer estaba sometida a tutela frente a varones que no tenían capacidad plena.

⁴ RESINA SOLA Pedro, "La condición jurídica de la mujer en Roma", en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, eds. A. López, C. Martínez y A. Pociña, Granada, Universidad, 1990, pp. 98-119.

⁵ TROPLONG, Raymond Théodore, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, reimp. de la 3ª ed. de Paris 1868, Darmstadt-Aalen, Scientia Verlag, 1975, pp. 280-316; "De la condition des femmes".

agnación bajo supervisión y superioridad de los varones, nunca interviene en el gobierno de la familia, ni en las empresas industriales y comerciales. Ante la falta de estímulos para esta actividad, buscaron refugio en el lujo, en las apariencias externas del cuerpo, en las fiestas y placeres, mostrándose en público subidas en carruajes, apareciendo ante sus esclavas con ricas ropas y joyas preciosas; presumían de tener una corte de mujeres alrededor, y eunucos, con ocupaciones sin relevancia, con vida licenciosa y de corrupción.

Constantino abolió la tutela el año 321, y reconoció a las mujeres *sui iuris*, con mayoría de edad, derechos iguales a los de los hombres, como vemos en C. Iust. 2, 44, 2, 1: "*ipsae etiam in omnibus negotiis jus tale habeant quale mares habere praescripsimus*", lo que culmina Justiniano haciendo desaparecer la antigua dependencia. En la centuria decimonónica, Troplong⁶ no duda en señalar que es preciso reconocer la influencia del cristianismo, "*qui, dans sa morale et dans son culte, a donné à la femme un rôle si élevé*", fruto de cuya doctrina es la emancipación e igualdad moral. Respeto y afecto para la madre, frente a posturas radicales como la de Catón, quien acusó a las mujeres de pretender ser libres e iguales a sus maridos: "*Omniium rerum libertatem, imo licentiam desiderant... et aequari postumum viris*"⁷.

⁶ TROPLONG, Raymond Théodore, op. cit., p. 293.

⁷ Tito Livio *Ab urbe condita* 34, 2 y 3. El romanista francés Gaudemet (GAUDEMET, Jean, *Le statut de la femme dans l'Empire romain*, en Recueils de la Société Jean Bodin XI, Bruxelles 1959, pp. 191-222, y en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 227-258), insiste en la idea que prevalece entre los juristas del Imperio y era el sentimiento común del pueblo romano es la inferioridad natural de la mujer. Cicerón en *Pro Murena*, a propósito de la tutela, utiliza el argumento de la *infirmitas consilii* y señala que era una idea de los Veteres, que él no comparte. Gayo en 1, 144, atribuye a los *veteres* la noción

Convertida en *sui iuris*, no perdía en la República y época clásica, la sujeción a la *potestas* del tutor, testamentario o legítimo, en base a los vínculos de la familia agnaticia, que no provenía de la incapacidad propia de su naturaleza como mujer, a pesar de las expresiones de las fuentes, especialmente literarias, como la debilidad mental o *imbecillitas sexus*, de Valerio Máximo⁸; o la falta de madurez en sus

de *levitas animi* y la crítica: Inst. Gai &190. En cuanto a la *infirmitas sexus*, que Solazzi afirma es posclásica, sin embargo viene rebatida por este jurista, ya que aparece en los retóricos, como *imbecillitas sexus*, *Declamatio minor* 368. A finales de la República la influencia de la civilización helenística, la riqueza, el gusto por el lujo, por la independencia, el debilitamiento de la religión tradicionales y no acorde con los tiempos dan a la mujer mayor libertad. Los moralistas o los poetas oficiales lo deploran: Salustio atribuye a Asia la depravación de Roma a finales de la República: Cat. X-XIX. Séneca, en *Ad Helviam matrem de consolatione*, cap. 16, escrito en el año 42-43, presenta un retrato de la vida depravada, de la *impudicitia* “*maximum saeculi malum*”, a propósito de las prácticas abortivas. Horacio, en *Oda* 3, v. 160, al final, presenta la decadencia contemporánea, y opone a la corrupción las costumbres antiguas, denuncia la *impudicitia*, consecuencia de la impiedad y propone como remedio el regreso a las costumbres antiguas y a la religión, entendiendo que por este medio se crea un clima favorable a las reformas de Augusto, relativas al derecho de familia. Juvenal, en *Satira* VI, sobre las mujeres, incrimina los vicios que traen las riquezas, contraponiéndoles las rudas virtudes de la antigua Roma guerrera: vv. 287, 292, 298-300. Esta libertad de la mujer no trae solamente consecuencias funestas, que denuncian poetas o moralistas. La *Laudatio Turiae* muestra cuál puede ser el papel de una mujer, cuando a causa de la guerra civil lleva a su marido al exilio: hay algún atisbo de igualdad real de los sexos en esta frase de la *laudatio*: “*tanta cum industria munere est pietatis perfuncta efflagitando et vindicando, ut, si praesto fuisset, non amplius praestitisset*”. Por último, Tácito aporta singulares ejemplos de *courage* femenino, que los hombres dudan en seguir.

⁸ *Factorum et dictorum memorabilium*, 9, 1, 3: ¿Qué más puedo añadir yo de las mujeres, cuya ligereza mental y total ineptitud para afrontar cualquier tarea más o menos espinosa les inclinan a poner todo su afán en un culto desmedido hacia sí mismas...? Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables, libros VII-IX Epítomes*, trad. de S. López, M. L. Harto y J. Villalba, Madrid, Gredos, 2003, p. 129.

juicios: *infirmetas consilii*, de Cicerón⁹, o *infirmetas animi* de Séneca,¹⁰; o la fragilidad o debilidad del sexo = *fragilitas sexus e infirmetas sexus*¹¹, o la *levitas animi* = ligereza de su espíritu, de Gayo 1, 144¹² a propósito de la *tutela mulierum* testamentaria, sin olvidar su contradicción por parte de Gayo 1, 190¹³.

Al desaparecer de facto en el Principado la *manus maritalis* (porque no tenían lugar la *confarreatio*, la *coemptio* y no se aplicaba el *usus*), y quedar constituida una sociedad conyugal sin que la esposa debiera salir de su primitiva familia, así como al desaparecer la tutela de la mujer a partir del siglo IV d. C., la mujer adquiere plena capacidad negocial, pudiendo ser tutora de sus hijos, conforme a la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 390, referida en C. Iust. 5, 35, 2¹⁴, y podía ser instituida heredera sin ninguna limitación, además de hacer testamento.

⁹ *Pro Murena oratio* 12, 27: “*Nam cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniiis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt...*”.

¹⁰ *Ad Marciam de consolotaiione*, caput 1: “*Nisi te, Marcia, scirem tam longef ab infirmitate muliebris animi quam a ceteris vitiis recessisse et mores tuos...*”. Si no supiese, oh Marcia, que tu ánimo no está más lejos de las debilidades de la mujer, que de sus demás defectos o vicios, y que tus costumbres....

¹¹ D. 22, 6, 9 pr, Paulpo, *liber singularis de iuris et facti ignorantia* “... *minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur...*”.

¹² “...*Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*”.

¹³ “*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suassise videtur; nam quae vulgo creditur quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat esas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam intuitus auctor fieri a praetore cogitur*”.

¹⁴ C. Iust. 5, 35, 2, pr. y 1-4, ... a Taciano, prefecto del pretorio. Dada en Milán a 12 kal. Febr., cuarto consulado de Valentiniano, augusto, y Neoterio.

La tradicional familia romana desde que tenemos datos históricos se basó en el vínculo de *agnatio*, o sometimiento del grupo al poder del jefe¹⁵, independientemente del modo por el cual las personas entraron en la familia, si por nacimiento de justas nupcias, o por adopción, o por adrogación, o por *conventio in manu*¹⁶. Esta

¹⁵ Será suficiente, de la abundante literatura romanística que existe en esta materia, recordar algunas palabras de Pasquale Voci: la sucesión intestada *mortis causa* del Derecho civil arranca de las XII Tablas, con un orden sucesivo de llamadas, fundado en la *agnatio*: primero los del grupo familiar más restringido, los *sui*; luego más lejanos en el grupo familiar, o *agnati*, y finalmente los que afirman descender del tronco común, de un progenitor ignoto, los gentiles. La *agnatio* es el vínculo que relaciona a los que pertenecen a la misma familia, y como se transmite por los varones, la *agnatio* es un parentesco en línea masculina. VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano, vol. II. Part speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2ª ed. rif., Milano, A. Giuffrè, 1963, pp. 3-4.

¹⁶ La doctrina romanística está bien representada por Kaser (KASER, Max, *Derecho privado romano*. Trad. esp. de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, pp. 299-301 y 304-305) según el cual el antiguo ordenamiento romano, muy discutido y conjeturable, prevé la sucesión de los herederos domésticos, y es solo una parte del derecho de familia. Muerto el paterfamilias ocupan el lugar o posición de éste sus hijos y su *uxor in manu*, que estarán en *consortium* mientras ninguno pida la división con la *actio familiae erciscundae*. La sucesión intestada fue “meramente ordenada en los comienzos de la República con una doble idea inspiradora: a) en lugar de la relación de parentesco agnaticio, dominante en las XII Tablas, va adquiriendo singular importancia el parentesco de sangre, lo que permite que entre en la herencia el hijo emancipado, si bien colacionando. Justiniano prosigue las tendencias del Derecho clásico, de modo que los restos del antiguo parentesco agnaticio son abolidos y se superó la oposición entre sucesión civil y pretoria. *Heredes sui* son todas las personas libres que a la muerte del causante pasan a ser *sui iuris*. La sociedad familiar se disgrega en tantas familias cuantas son las personas que quedan libres del poder. Hay personas que carecen de individuos libres sometidos a su potestad, como las mujeres, que no pueden tener familiar alguna, y constituyen una familia *per se*. Al dividir el *consortium ercto non cito* se forman tantas partes cuantas son las familias que resultan y se calculan *per stirpes*, incluida la *uxor in manu*. A cada *heres* corresponde una parte igual de la herencia, y acceden a la misma sin necesitar de adirla. La sucesión civil intestada no distingue edades ni sexos, de modo que impúberes y mujeres heredan lo mismo que los varones púberes. El llamamiento de las mujeres en la sucesión de los agnados fue limitado temporalmente, como testimonia Gayo 3,

estructura amparada en el *Ius civile*, determinaba que si el paterfamilias muriera intestado, se abría la sucesión legítima, ya prevista en las XII Tablas¹⁷, de manera que desaparecido el *decuius*, los *heredes sui* suceden, cada uno, en una cuota del patrimonio, permaneciendo en comunidad, mediante el *consortium ercto non cito*, mientras no se produzca el acuerdo de división, o el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*.

Los *heredes sui* se transforman en personas *sui iuris*, pero con diferencias importantes por razón del sexo, ya que el varón puede formar una familia, con independencia de que tenga sometidos a su *potestas*, mientras que la mujer está incapacitada para ello, ya que no puede ser titular de la *potestas*¹⁸, y su limitación en el ejercicio de los derechos está mediatizada a través de la tutela, si no pasa a nupcias como *uxor cum manu*¹⁹, o sufre la incorporación en otra familia a través de otro negocio jurídico²⁰.

14 y PS 4, 8, 20, probablemente con posterioridad a la *Lex Voconia* del 169 a. C., aunque se suprimió en derecho posclásico.

¹⁷ Tabla 5, 4: "*Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*". FIRA. Pars prima, *Leges*, iterum edidit Salvator Riccobono, Florentiae, Barberá, 1941, p. 38.

¹⁸ La madre no tiene *heredes sui*: D. 38, 16, 13. Pomponio, libro 30 ad Quintum Mucium: "*Filius patri agnatus proximus est*".

¹⁹ Esta regla tiene escaso interés en época clásica ya que la *conventio in manu* era de aplicación solo excepcional: Gayo 1, 111-112.

²⁰ Gayo 3, 2; Tit. ex corp. Ulp. 26, 1 (*ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos qui in potestate sunt ceterosque qui liberorum loco sunt: si sui heredes non sunt, ad consanguíneos, id est fratres et sórores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos agnatos próximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae. Id enim cautum est lege duodecim tabularum hae: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto...*); Inst. Iust. 3, 1, 2; Coll. 16, 2, 1-2 (*Intestatorum hereditates lege duodecim tabularum, primum ad suos heredes pertinent. 2. Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos pronettisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest naturales sint liberi an adoptivi...*). Es decir, no importa que hayan nacido como hijos dentro de la

En esta concepción originaria de la sucesión intestada, que llega hasta finales de la República, en cuyo momento se produjo la intervención del Pretor, las hijas heredaban a su *decuius* en régimen de paridad con los hijos²¹. El requisito principal para entrar en la categoría de *sui heredes*, venía de la sumisión a la patria potestad del difunto paterfamilias, en el momento de su fallecimiento, por lo que incluía en primer a sus descendientes de sangre, nacidos de justas nupcias, pero también a los ulteriores descendientes de estos hijos, si hubieran fallecido los ascendientes intermedios o se hubieran emancipado, y la mujer del *decuius* si era *uxor in manu*, que estaba *loco filiae*. No hay *successio in locum* a favor de los descendientes *ex filia*, porque los hijos de la hija forman parte de la familia de su marido, si no hubo *conventio in manum*: D. 50, 16, 220pr²². y D. 50, 16,

familia o sean adoptados: Gayo 3, 2; D. 38, 16, 1, 2. Recuerda Bonfante, que no debe parecer extraño lo concerniente a la herencia de las mujeres, a causa de la progresiva patrimonialización de la herencia y la posición singular de las mujeres por la disolución de la familia primitiva. Las mujeres no podían constituir cabeza de una familia, pero se hacen *sui iuris*. A finales de la República, recuerda Cicerón: "*hereditas est pecunia*". BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8ª ed. ital. por L. Bacci y A. Larrosa, 3ª ed., Madrid, Reus, 1965, pp. 629-630.

²¹ La adopción hace que se mire al hijo adoptado como hijo legítimo, bien del paterfamilias bien del *filiusfamilias*. Surgió cuando la familia era una organización de conjunto. Al surgir la familia natural, la adopción se transforma en un modo de conferir la calidad de hijo legítimo, a través de la mera ficción jurídica, que no tiene efectos después de la emancipación, reduciéndose sus efectos, una vez que Justiniano ha distinguido la *adoptio* plena de la menos plena, en cuanto el vínculo existente no tiene más eficacia que respecto del padre adoptivo. En contraposición a los adoptivos, todos los hijos legítimos se denominan, en lenguaje de los jurisconsultos clásicos, *liberi naturales*. Cf. BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano*, vol. I. *Diritto di famiglia*, rit., Milano, A. Giuffrè, 1963, pp. 370-371.

²² Calístrato, libro 2 de las Cuestiones: En la denominación de hijos se incluyen nietos y biznietos, y otros descendientes de ellos, porque a todos ellos los comprende la ley de las doce Tablas en el término suyos...

196, 1²³. Los hijos recibían la herencia *per capita*, aunque sus descendientes, si es premuerto el generante, lo hacen *per stirpem*, llamado ulteriormente derecho de representación, sin olvidar a los póstumos²⁴.

2.2 Intervención del edicto pretorio

Dados los problemas surgidos en la sucesión intestada *mortis causa* a finales de la República porque el régimen previsto en el Derecho civil no contemplaba el vínculo matrimonial, de uso frecuente entre los romanos, sin la *manus maritalis* entre marido y mujer, además de impedir la agnación entre la madre y sus hijos, si era matrimonio *sine manu*, impidiendo cualquier derecho de sucesión, se mantuvo vigente el derecho precedente de llamada indiscriminada a los descendientes bajo potestad, varones o mujeres²⁵, pero no podemos

²³ Gayo, libro 16 de sus comentarios al edicto provincial: es evidente que los hijos de hembras no están en la familia de ellas, porque los que nacen siguen a la familia del padre, no a la de la madre.

²⁴ Puesto que el orden de llamada de las XII Tablas, preveía que a falta de *heredes sui*, recibieran la herencia intestada los agnados (Tabla 5, 5), es preciso recordar que en dicho Código decenviral no se establecía diferencia alguna dentro de los agnados por razón de sexo. La jurisprudencia republicana y clásica excluyó de la llamada a heredar, en el grupo de agnados, a las agnadas por encima del segundo grado, e incluso a las hermanas que no fueran consanguíneas. Paulo en PS 4, 8, 20 (*Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civil Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit*) atribuye esta limitación, en el llamamiento de las mujeres dentro de la sucesión de los agnados, a la *lex Voconia* del 169 a. C., en razón del sexo, y a este aspecto se refiere Gayo, Inst. 3, 14 y 3, 29.

²⁵ Este sistema es recordado por Gaudemet (GAUDEMET, Jean, *Le statut de la femme dans l'Empire romain...*, op. cit., pp. 251-311), porque en la sucesión *ab intestato*, el antiguo régimen del *ius civile* persiste en época clásica. En este régimen, las hijas tienen los mismos derechos que los varones como *heredes sui*. Pero en la ley de las XII tablas se llama en defecto de los *heredes sui* al *agnatus proximus*, nunca se hace mención de la agnada. Sin embargo, la hermana germana o consanguínea del difunto hereda. Las *Pauli Sententiae*, IV, 8, 20, precisan que esta restricción del derecho de las mujeres a las hermanas

olvidar que los hijos emancipados no entraban en la categoría de los *sui heredes* respecto de su progenitor, y tampoco tenían derechos sucesorios los parientes de sangre por línea femenina. El pretor, a través de la *bonorum possessio sine tabulis*, trató de corregir el sistema civilístico, llamando a heredar en primer lugar a los *liberi*²⁶, es decir, a todos los hijos, bajo potestad del difunto o emancipados²⁷, pero además hizo un llamamiento, a falta de agnados, a favor de los parientes de sangre²⁸, hasta el sexto grado inclusive, además de los

consanguíneas fue establecida en el *ius civile* “*voconiana ratione*”. Las XII Tablas no preveían nada. Según Gayo, 3, 29, la mujer agnada que deja de ser hermana consanguínea pasa a tercer grado, es decir, no tiene ni *sui* ni ningún agnado. El derecho pretorio introdujo dos innovaciones: heredan en línea colateral como los hombres, en virtud de la *bonorum possessio unde cognati*. De otro lado, la viuda tiene una vocación sucesoria en virtud de la *bonorum possessio unde vir et uxor*. En la sucesión testamentaria, la incapacidad para la mujer para ser instituida por un ciudadano con una fortuna superior a los cien mil sestercios, establecida por la *lex Voconia* del año 169 a propuesta de Catón el menor, persiste, pero había caído en desuso en el Principado si hacemos caso a Aulo Gelio 20, 1. Además, la desaparición del censo de fortunas hizo imposible su aplicación. La medida, según Gayo 2, 174, sirvió para favorecer a la mujer mediante los fideicomisos.

²⁶ *Liberi* son los hijos y ulteriores descendientes del difunto, sin que se exija estar o haber estado bajo poder del fallecido: sean *sui* o no lo sean. Por eso en esta categoría entran: a) *sui* del difunto, junto a los hijos naturales y a los adoptivos: D. 38, 6, 1, 6; D. 37, 4, 1, 1. B) Los emancipados, hijos naturales del difunto, que sean *sui iuris* en el momento de la delación, aunque si están adoptados por otro, no entran en la categoría de *sui* sino de los *cognati*, en la tercera clase de *bonorum possessores*. C) los hijos naturales dados en adopción a otra familia, pero ya *sui iuris* en el momento de la muerte del *pater naturalis*. D) el padre emancipó primero al hijo, y luego al nieto, muerto el padre, los nietos pueden pedir la *bon. Pos.* muerto su generante. E) los hijos y ulteriores descendientes de los hijos mediante la *successio in locum*, en caso de premoriencia o *capitis deminutio*, también si renuncia su generante. F) los póstumos, en calidad de hijos o nietos. Los hijos no pueden suceder como *liberi* a la madre, porque ésta no tiene *heredes sui*.

²⁷ La obligación de aportar el patrimonio que había adquirido el hijo emancipado, o su valor, si quería concurrir con los hermanos no emancipados en la herencia del progenitor, conforme a la *collatio emancipati*.

²⁸ La *cognatio* es más amplia que la *agnatio*, porque dice Paulo es el *genus* y la *agnatio* la *species*: D. 38, 10, 10, 4. En este punto hubo controversia, que refiere

consobrini, previniendo que a falta de los anteriores, sucediera el cónyuge supérstite. No se puede olvidar, que el pretor no solamente dispuso la *successio graduum*, sino la *successio ordinum*, por lo que se llamaba a la herencia no solo a falta del grupo precedente, sino incluso si no aceptaban los que integraban esos llamamientos²⁹.

La equiparación entre parentesco civil y parentesco de sangre o cognaticio, entre agnados y cognados, se hizo inicialmente solo en el

Gayo 3, 28, pero en las Instituciones de Justiniano se recuerda una sola tesis, que es la que prevaleció: Inst. Iust. 3, 2, 7.

²⁹ En este régimen pretorio, la sucesión entre madre e hijo se reducía al grupo de los parientes de sangre o *unde cognati*, que era el tercer orden de llamada, lo que se explica por la situación de la familia originaria de la mujer y la habitual exclusión de la mujer dotada con la herencia del padre, así como la poca entidad de la herencia materna. Cf AA. VV., *Istituzioni di Diritto romano*, 2ª ed. total. rif., rist., Napoli, Simone, s. a., p. 335. Para atender la sucesión de la madre respecto de sus hijos se aprobó el SC Tertuliano promulgado en tiempos de Adriano, primera mitad del siglo II d. C., si bien exigiendo a la madre que gozase del *ius liberorum*, y le precedían en la herencia los hijos del causante, así como el *parens manumisor* y los hermanos, mientras concurría con la hermana y prevalecía sobre el resto de agnados. Constantino otorgó un tercio de los bienes del hijo a la madre que careciese del *ius liberorum*, hasta que Justiniano lo hizo extensivo el derecho de la madre independientemente del *ius liberorum*. Por otra parte, los hijos fueron llamados a la sucesión de la madre por el SC Orficiano, del año 178 d. C, dándole preferencia sobre cualquier otro posible heredero, de modo que adquieren el título de herederos, y están equiparados a los llamados por ley. En el SC Tertuliano, la madre no sucede cuando el hijo ha dejado hijos que entren en la categoría pretoria de los *liberi*. Es decir, *sui* y *emancipati*, varones y hembras, naturales y adoptivos, con ulteriores descendientes si hay *successio in locum*. Los hijos del grupo de cognati, hijos de hija e hijos de hijo dados en adopción a otra familia, no hay régimen previsto, pero una constitución de Antonino Pío dispuso que las hijas del hijo, que habían sido dadas en adopción a otra familia, dividirían la herencia con la madre, que es un punto de arranque para innovaciones posclásicas. D. 38, 17, 2, 9. En Inst. 3, 3, 3 se afirma que en origen los hijos de la hija no eran preferidos a la madre; las constituciones del Bajo Imperio implicaron un cambio en esta materia, mediante una constitución del año 383 y otra del año 426: C. Th. 5,1, 3y 8. La madre viene precedida por los consanguíneos del difunto, con una limitación: viene excluida si concurren hermanos, y comparte la herencia con las hermanas. Si heredan hermanos y hermanas, los hermanos excluyen a la madre, y dividen con las hermanas: Inst. 3, 3, 3. Es probable que concurrendo con hermanas, solamente adquiere la mitad, conforme a C. Th. 3, 8, 2, 1.

primer orden de colaterales, o lo que es lo mismo, entre hermanos y hermanas con sus descendientes, aplicándose exclusivamente a los consanguíneos en ese orden, pero no al resto de colaterales³⁰.

Caracalla en una constitución, referida en *Collatio* 16, 9, 3³¹, limitó el número de los herederos *ab intestato*, al señalar que “*eas solas personas voluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit*”, es decir, incrementó la medida del impuesto de sucesiones al 10%, y declaró exentos del mismo a los parientes más próximos del difunto, aunque se ignora el grado. En consecuencia, solo podrían suceder *ab intestato* los exentos del impuesto, de lo que no tenemos otras noticias. La reforma de Caracalla fue efímera, y probablemente la abrogó su sucesor Macrino (217-218)³²,

³⁰ En época posclásica, con el peculio adventicio, en caso de muerte de su titular, los llamados a heredar, en primer lugar, eran sus descendientes, aunque a continuación venían los hermanos y la madre, reservando el usufructo para el padre, y finalmente el mismo progenitor.

³¹ “*Imperator noster in hereditatibus quae ab intestato deferuntur eas solas personas noluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit*”. FIRA. Pars altera. Edidit notisque illustravit, Johannes Baviera, Florentiae, Barbèra, 1940, p. 589.

³² Cf. VOICI, Pasquale, op. cit., p. 36. Este mismo enfoque podemos verlo reproducido por el romanista citado en: VOICI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985, pp. 1-78: Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi; pp. 79-176: pp. 1-78: Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi; pp. 57-59: la successione ab intestato: coexisten el sistema civil y el pretorio. Caída en el civil la llamada de los gentiles, quedan *sui* y *agnati*. En el sistema pretorio hay cuatro clases, con algunos principios nuevos introducidos para la *bonorum possessio sine tabulis*, pero de incidencia práctica bastante limitada. Suceden los *cognati* y el cónyuge supérstite, después de los *agnati*, sin límite de grado. No cabe una llamada simultánea de los hijos y del cónyuge, pero una clase del edicto admite a los *sui* y a los *emancipati*, es decir, *agnati* y *cognati*, con llamamiento conjunto: los *liberi*. Esto es importante porque impide la extensión analógica de a norma a la madre, que no puede tener hijos *in potestate*, de modo que a su sucesión primero entran los agnados y después los hijos como *cognati*. Este planteamiento se aplica a la sucesión de la madre: al hijo le suceden primero sus hijos, y después todos los agnados, finalmente la madre. La sucesión de los hijos y de la madre fue modificada por el *ius novum* a través de SC, en los que se pensó primero en la madre y después en los hijos: Tertuliano y

2.3 Constituciones imperiales anteriores a las Novelas justinianeas

Constantino fue un gran innovador en materia de sucesión intestada. Su única constitución conocida, del año 321, es interesante porque, como observa Voci³³, tiene ya los caracteres de toda la legislación del Bajo Imperio: innovaciones parciales y limitación del derecho de los *agnati* a favor de los *cognati*. Solamente la legislación de Justiniano superará el límite de las reformas parciales³⁴. La madre sin *ius liberorum* concurre con los agnados del hijo premuerto, si no son sus hermanos; la madre, aunque tenga *ius liberorum*, concurre con los colaterales que han perdido el derecho de agnación, con dos tercios, y los cognados un tercio; las personas llamadas a suceder por la nueva posibilidad tienen el título de herederos y no de *bonorum possessores*. La constitución de Constantino no menciona a

Orfiziano, de Adriano y de Marco Aurelio, respectivamente. Caracalla quiso hacer una reforma radical de la sucesión intestada, y estableció que solo tuvieran derecho los que estaban exentos del pago del impuesto sucesorio, es decir, parientes más próximos del difunto, aunque ignoramos el grado de parentesco. La reforma duró poco, a tenor de la Coll. 16, 9, 3, y testimonio de Dión Cassio 78 (79) 12, 2, porque afirma que Macrino abrogó las reformas hereditarias de Caracalla, quien dispuso una limitación en la sucesión *ab intestato*, y un aumento del impuesto sucesorio, del 5 al 10%.

³³ VOICI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985, pp. 1-78: Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi; pp. 79-176: Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Le costituzioni del IV secolo; pp. 86-89.

³⁴ Como puso de manifiesto el romanista francés Gaudemet (GAUDEMET, Jean, "La transmission des constitutions relatives au droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares", en *RIDA* 7 (1960) 399-435, reimpr. en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 315-351), el derecho sucesorio del Bajo Imperio ha sido poco estudiado hasta el presente. Su importancia, sin embargo, es considerable tanto por lo que afecta a la concepción misma del organismo familiar, orden de parentesco y poder de disposición del jefe de familia, como lo que afecta a la técnica del acto jurídico, en una de sus formas más graves, que es el acto a causa de muerte. *Ibid.*, p. 316.

los hermanos emancipados del difunto, y tampoco aclara la situación de la madre sin *ius liberorum*, que concurra con los *cognati*. En la evolución de la capacidad jurídica sucesoria de la mujer, se produce el punto culminante con Justiniano, en cuya legislación ya no existen incapacidades por razón del sexo, salvo medidas protectoras para la mujer, como lo dispuesto en el SC Veleyano del año 46 d. C., sobre la *intercessio mulierum*³⁵, desapareciendo la limitación impuesta por la *Lex Voconia*, del año 269 a. C., para la institución de la mujer como heredera testamentaria, por parte de los ciudadanos que pertenecían a la primera clase del censo, a tenor de Gayo, Inst. 2, 274³⁶, porque en el Principado ya había caído en desuso, al desaparecer el censo de la riqueza³⁷. Los hijos, *sui* o no, prevalecen sobre cualquier otro sucesor, y los que tienen derecho, en virtud de la ley o de los senadoconsultos, prevalecen sobre los puros y simples *cognati*, y sobre el cónyuge.

El orden de sucesión pretorio, o *bonorum possessio sine tabulis*, es el fundamento de la regulación prevista en las constituciones imperiales del Bajo Imperio, desde Constantino a Justiniano, aunque ya existía una motivación de ideas, entre los jurisprudentes y legisladores precedentes, que sentaron la base para la futura equiparación absoluta de sexos³⁸. Reconocida en época clásica la

³⁵ D. 16, 1, 2, 1. Ulpiano, libro 29 de sus Comentarios al edicto.

³⁶ “*Item mulier quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest*”.

³⁷ En cuanto a la sucesión testamentaria, a partir de Adriano, la mujer adquiere capacidad para testar, si está bajo tutela, prestándole el tutor su *auctoritas*, siempre que sea mayor de doce años: PS. 3, 4, 1 y ss.

³⁸ El romanista Gaudemet (GAUDEMET, Jean, *Le statut de la femme dans l'Empire romain...*, op. cit., pp. 312-316) recuerda que la definición de sociedad conyugal de Modestino, D. 23, 2, 1, *nuptiae sunt conjunctio...* es plenamente conforme a las

prioridad del derecho de los hijos, y admitida en algunos *cognati* la condición de herederos civiles, los emperadores siguieron este camino y el mismo criterio: reconocimiento cada vez mayor de la *cognatio*, con las reformas favorables a los emancipados, y parientes por línea femenina. Le reconocen su calidad de heredero civil, *legitimus*, en terminología del período, integrando en esta categoría algunos *cognati*, que con Justiniano llega hasta el tercer grado, y todos los agnados.

Conforme a una constitución del 19 de febrero del año 383, de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, dirigida a Hilario, prefecto de la ciudad, y recogida en C. Th. 5, 1, 3³⁹, la hija emancipada, titular de un patrimonio, tiene siempre como herederos a sus hijos, que excluyen tanto al padre como a la madre de la difunta, con lo que se reforma de este modo a los SC Tertuliano

nuevas doctrinas que el cristianismo va a propagar y se acogerá sin cambios por los doctores medievales de la iglesia: Decreto de Gratiano C. 29 q. 1 *dictum*; Decretales de Gregorio IX: X II, 23, 11, de Alejandro III. En D. 25, 2, 1 se habla de imposibilidad de ejercitar la *actio furti* entre esposos "*quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*", y Gordiano califica a la esposa como "*socia rei humanae atque divinae*", C. Iust. 9, 32, 4 pr. Es la idea de una comunidad entre esposos muy atestiguada en el período clásico. En caso de divorcio, el cuidado de los hijos puede ser confiado a la madre o al padre, conforme a la constitución de Diocleciano, referida en C. Iust. 5, 24, 1. En el Bajo Imperio, la viuda que se compromete a no volverse a casar, puede venir designada como tutora de sus hijos, según C. Iust. 5, 35, 2 del año 390.

³⁹ Esta norma tiene el precedente en la constitución de Alejandro Severo, del año 225, porque dispone, según C. Iust. 6, 57, 4: "*Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatusconsulto Orphitiano hereditas pertinet*", o en otras palabras: "*Quotiens de emancipati filii filiaeve successione tractatur, filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido successio*". Concuerda con LV 5, 1, 3. La *interpretatio* es muy precisa: "*filia... emancipata, si intestata moriatur et relinquat supertites patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedant*".

y Orficiano. Los hijos de la hija son herederos civiles *ex Orfitiano*, prevaleciendo sobre la madre y el *parens manumisor*⁴⁰.

Valente, el año 426, C. Th. 5, 1, 7, es el primero en legislar sobre el SC Tertuliano. Graciano modifica las disposiciones del SC Orficiano, eliminando algunos límites que causaban desventajas para los hijos: C. Th. 5, 1, 3. Valentiniano II extiende el derecho de representación: C. Th. 5, 1, 4 = C. 6, 55, 9: la representación venía admitida solo para los descendientes de un hijo, *suus* o emancipado. Ahora se introducen tres nuevas hipótesis: a) el difunto deja hijos o nietos de la hija: los nietos son admitidos a concurrir con los hijos, pero consiguen solo los dos tercios de lo que hubiera correspondido a la madre, y dejan un tercio para los hijos; b) permanecen solo los nietos de hija y colaterales agnados: los nietos consiguen tres cuartos, y los agnados un cuarto; c) se admite la representación en el ámbito del Orficiano: a la madre le suceden los nietos del hijo o de la hija, lo que antes era imposible, por el exclusivo motivo de que la mujer no tenía *sui*. Consecuencia de la extensión de la sucesión legítima es la extensión de la sucesión necesaria. La *interpretatio* repite fielmente lo que dice la constitución, y además especifica los criterios de división en caso de sucesión *ex Orfitiano*: los nietos suceden a la abuela en el lugar de la madre premuerta. Valentiniano II había admitido en este caso, C. Th. 5, 1, 6 = C. 6, 55, 10, la representación, y ahora se hace posible, incluso si la madre ha sido emancipada⁴¹.

⁴⁰ Vid. la norma de Teodosio II y Valentiniano III del año 426: C. Th. 5, 1, 8 y C. Iust. 6, 56, 5, así como la constitución de Septimio Severo, del año 205, referida en C. Iust. 6, 55, 1.

⁴¹ VOICI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985, Le costituzioni del IV secolo, pp. 151-156 y 176-180. En el siglo V, las reformas son

Aunque las constituciones imperiales, a partir de Constantino, introdujeron innovaciones, las más importantes y orgánicas fueron las de Justiniano, desde el año 528 al 534. En las Instituciones justinianeas se ha conservado el esquema clásico, tal cual estaba formulado por el edicto, y se reproducen parcialmente, *ratione materiae*, cada una de las innovaciones. No podemos olvidar que uno de los institutos más novedosos vino a través de la legitimación de los hijos naturales, desconocida en derecho clásico, quienes adquieren la condición de *sui*: Iust. 3, 1, 2⁴².

Justiniano con una constitución del año 534, dirigida a Juan, prefecto del pretorio, C. Iust. 6 58, 15, 1⁴³, iguala las cuotas de todos los hermanos, incluso de los emancipados, como si no hubiera tenido lugar la emancipación⁴⁴. El emperador bizantino dispuso que los

más numerosas que en el IV. Por orden cronológico, se promulgan algunas sobre el derecho de representación; Valentiniano II lo había extensido el año 389, y de esta reforma hay referencias en dos constituciones de Arcadio y una de Honorio. Ibid., pp. 177-276.

⁴² Vid. Nov. 89, 8.

⁴³ Siendo manifiesto que al hijo emancipado, aunque había sufrido la *capitis deminutio* en estricto derecho, le llamaba el pretor a la sucesión del padre sin ninguna minoración respecto de los hijos no emancipados, pero en cambio no era llamado a las sucesiones de los hermanos con el mismo derecho, sino que ni sus hijos sucedían a sus tíos paternos por deredho legítimo, hemos entendido que deberíamos corregir esto en primer lugar, y ajustarla a la adición hecha a la ley Anastasiana, por lo cual el hijo e hija emancipados no solamente suceden de igual modo que los *sui* en los bienes paternos, sino que sucedan igualmente en los bienes de los hermanos y hermanas recíprocamente con igual derecho, sin disminución de alguna parte, conforme a lo que estaba dispuesto en la ley de Anastasio.

⁴⁴ Ya hemos indicado más arriba que eran agnados, en época clásica, solamente los hermanos consanguíneos, porque los uterinos tenían el mero vínculo de la *cognatio*, derivado de la madre común. Los uterinos podían recíprocamente sucederse en época clásica, dentro de la tercera clase pretoria, y les precedían todos los *agnati*. Además, *agnati* son los nietos del hermano, pero los nietos de la hermana son *cognati*, con puestos sucesorios diversos. Anastasio, el año 498, hizo reforma parcial en materia de derechos sucesorios de los emancipados.

uterinos sucedieran junto a los consanguíneos, y precedieran a los colaterales de grado ulterior: C. Iust. 6, 58, 15, 2⁴⁵. El legislador, con la constitución del año 531, C. Iust. 6, 58, 14, 1, otorga los mismos derechos a los nietos de la hermana y a los del hermano: *ex sorore* y *ex fratre*⁴⁶.

No podemos olvidar que Justiniano introdujo desde el año 528 algunas reformas profundas, puesto que elimina el *ius liberorum*, y la madre hereda preferentemente respecto de los colaterales del difunto. Concurriendo solo con hermanos y hermanas del mismo: si no hay más que hermanos, o hermanos y hermanas, la división se hace por cabezas, pero si son solo hermanas, el as se divide en dos mitades, una entera para la madre y otra para las hermanas, conforme a Inst. Iust. 3, 3, 5⁴⁷.

Las diferencias de cuotas que había fijado Constantino ya no tienen sentido y quedan abolidas, puesto que hermanos y hermanas,

Asegura el derecho de agnación a los hermanos y hermanas emancipados, que concurren a la herencia legítima, pero no en iguales porciones, con otros hermanos y hermanas que quedaron en la familia. Los descendientes del hermano emancipado quedan en el grupo de los cognados. Por ello, la emancipación fue causa de desigualdad, aunque Justiniano eliminó todas estas diferencias, y el derecho adquirió condiciones más equitativas y más humanas. Las mujeres agnadas más lejos de las hermanas no sucedían sino como cognadas. Por ello, una tía venía excluida por un agnado de grado más lejano.

⁴⁵ Tampoco permitimos que el hermano o la hermana uterinos sean dejados en el lugar de la cognación...

⁴⁶ En la constitución del año 534, C. Iust. 6, 58, 15, 1, 3, el emperador dispone que no tiene importancia que los hermanos y las hermanas sean o no emancipados, sean consanguíneos o uterinos. Como resultado, los colaterales dentro del tercer grado son llamados con igual título a la sucesión, *legitimi*, sin distinguir si el parentesco es mera *agnatio* o genéricamente *cognatio*, viniendo tratados normativamente ambos grupos de herederos en régimen de paridad. Por eso, Justiniano pudo hablar de la extensión de la calidad de *legitimi* a todos los parientes dentro del tercer grado. Cf. VOICI, Pasquale, op cit., pp. 36-40.

⁴⁷ ... la madre tenga en realidad la mitad, y todas las hermanas la otra mitad...

emancipados o no, concurren siempre con la madre. Aunque la madre suceda junto con los hermanos y hermanas del difunto, es precedida por los hijos del mismo, y por el padre del difunto. Si una mujer deja hijos y madre, en época clásica, los hijos forman parte de los *cognati*, sin que prevalezcan sobre la madre de la madre (la abuela), y todos, como mucho, dividen el patrimonio, con ella⁴⁸.

La constitución justiniana del año 529, dada en Calcedonia y dirigida a Demóstenes, prefecto del pretorio, referida en C. Iust. 6, 57, 5, dispone que si es una mujer *illustris*, que deja hijos legítimos e ilegítimos, solamente pueden sucederla los legítimos, pero si es una mujer común, pueden sucederle tanto unos como otros.

Por otra parte, el hijo adoptado por otra familia, según Justiniano, conserva sus expectativas sucesorias en la familia de origen, salvo que sea adoptado por un ascendiente, porque entonces pierde la categoría de *cognatus*, y entra en la primera clase de los *liberi*.

⁴⁸ La *successio in locum* o derecho de representación, se amplía en Justiniano. En época clásica, el *ius civile* lo aplicaba exclusivamente a los descendientes de un *suus* premuerto o devenido incapaz; el *ius honorarium* lo extiende a los descendientes de cualquier hijo, premuerto, incapaz o renunciante, pero rigurosamente restringido a los descendientes *ex filio* (nunca a los de la hija), y a la sucesión en línea de varón: *sui* y equiparados, sin que se aplique a la *hereditas ex Orfitiano*, en la que no hay *sui*. En época posclásica, Valentiniano, Teodosio y Arcadio, en la constitución del 25 de febrero del año 389, referida en C. Th. 5 1, 4, admiten el derecho de representación a favor de los hijos de la hija, y logran los dos tercios de lo que hubiera correspondido a su madre, si concurren con hermanos o hermanas de ella, pero los hijos de la hija no excluyen, cuando no son hermanos o hermanas de la madre, a los *agnati* ulteriores: estos últimos vienen igualmente llamados, pero deben dejar tres cuartos a los hijos de la hija. La misma constitución reconoce la *successio in locum* en el ámbito del SC *Orfitiano*. Justiniano elimina toda limitación en el derecho de los nietos, porque los hijos de la hija adquieren todo cuanto habría correspondido a la madre, y excluyen a los agnados. La división se hace por estirpes. Cf. VOICI, Pasquale, op. cit., pp. 46-47.

Respecto de los *bona adventicia* de los hijos, el emperador de Bizancio dispone que hereden en primer lugar sus hijos; luego los hermanos, y finalmente el padre, insertando en la norma legislativa su justificación, según Justiniano: “por su naturaleza la herencia desciende del padre a los hijos, y es inútil disponer que un ascendiente sea preferido al hermano del fallecido”⁴⁹. Debido a Justiniano, desaparecen todas las restricciones que tenían los derechos sucesorios de las mujeres, de modo que a partir de su legislación, hay paridad absoluta con los hombres, a tenor de la constitución imperial del 531, C. Iust. 6, 58, 14pr, cuyas primeras palabras del *principium* dan la justificación de su reforma, refiriéndolas al espíritu informante de las normas recogidas en las XII Tablas⁵⁰:

Lege duodecim tabularum bene humano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis, et in eorum successionibus, nec non et in liberis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito, quam natura utrumque corpus ediderit, ut maneat suis vicibus immortale, et alterum alterius auxilio egeat, et uno semoto et alterum corrumpatur...

⁴⁹ Este régimen se aplica también al peculio castrense. La posición sucesoria del padre respecto del hijo, en derecho justiniano es: a) el hijo está sujeto de patria potestad: le sucede el padre, si no deja ni hijos ni hermanos o hermanas. B) el hijo es *sui iuris* a causa de la emancipación: le suceden primero sus hijos, y después el padre. C) el hijo es *sui iuris* sin haber sido emancipado: su situación es la misma que la anterior. D) Si el padre y madre sobreviven al hijo, que no deja descendientes, sino solo hermanos y hermanas, estos adquieren la propiedad de los bienes, y aquellos dos terceras partes del usufructo, a tenor de C. Iust. 6, 56, 7, del año 528.

⁵⁰ Se queja el emperador, que la posteridad, empleando demasiada sutileza, introdujo una diferencia nada benévola, como había demostrado muy claramente el jurista Julio Paulo, en el inicio de su comentario al SC Tertuliano.

Es lo que reitera el emperador en Inst. Iust. 3 2, 3, cuando afirma taxativamente:

*In plenum omnia reducentes, et ad ius duodecim tabularum eandem dispositionem exaequant, nostra constitutione sanximus, omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sint, simili modo ad iura successionis legitimae ab intestato vocari secundum gradus sui praerogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis iura, sicut germanae, non habent*⁵¹.

Destacaba el francés Troplong⁵², que Constantino, el año 321 acuerda a la madre el derecho general de tomar parte en la sucesión de sus hijos, frente a las limitaciones de época clásica, y este principio lo desarrollarán los siguientes emperadores cristianos, matizando abiertamente: “*innovation memorable par laquelle la femme balança les droits attribués à la parenté masculine, et qui rendit à la nature l’une de ses prérogatives les plus sacrées*”.

Analizando el derecho contenido en los papiros, relativos a la sucesión intestada, el romanista italiano Arangio Ruiz⁵³ entiende que en los mismos no se reconoce el sistema de grados de tipo

⁵¹ En Justiniano, como hemos indicado anteriormente, se admite la *successio graduuum* en supuestos que el derecho clásico no la admitía: C. Iust. 6, 4, 4, 20, del año 531; Inst. 3, 2, 7 (“por inspiración de humanidad”); C. 6, 58, 15, 3, del año 534. En la sucesión de los libertos, se distingue si su patrimonio no llega a los 100 *aurei* o lo superan. En el primer caso son herederos los hijos, que pueden ser varones o hembras, naturales o adoptivos; los descendientes ulteriores pueden provenir o de un hijo o de una hija: C. Iust. 6, 4, 4, 10, 10. A falta de ellos, los hermanos y hermanas, junto al padre y a la madre, y si no existen, el patrono, conforme al sistema del *ius civile antiquum*. No se acogen las disposiciones del *ius honorarium* y las de la lex Papia. Cf. VOCI, Pasquale, op. cit., pp. 48-50.

⁵² TROPLONG, Raymond Théodore, op. cit., pp. 292-293.

⁵³ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, “Osservazioni sul sistema della successione legitima nel diritto dei papiros”, en *Scritti di Diritto romano*, vol. I, Camerino, Università-Jovene, 1974 pp. 461-487.

romano, y con los parientes de grado más próximo concurren parientes de grado posterior, nietos *ex filio* o *ex filia* con hijos del difunto, nietos *ex fratre* con los hermanos. Al mismo tiempo se niega las categorías de agnación y cognación, tal como las entendían los romanos: al menos con sus descendientes, la mujer tiene la misma relación de parentesco en la que se encuentra el marido, mientras para el derecho romano el marido sería agnado y la mujer cognada, con todas sus consecuencias⁵⁴.

En el Libro siro-romano, según Arangio Ruiz, se equiparaba las hijas a los hijos, y las hermanas a los hermanos del difunto, pero se hacía distinción en la sucesión necesaria en razón de sexos, derogando el principio de representación, y colocando en orden bastante más bajo a los nietos, descendientes de hijas o de hermanas⁵⁵.

⁵⁴ En derecho sucesorio griego no se mira la mayor o menor proximidad de grado respecto al derecho de suceder, sino la pertenencia a la estirpe llamada: el nieto *ex fratre* no sucede como pariente, agnado o cognado, en tercer grado, sino por su parentesco fraterno. Impera el principio de la representación, sustancialmente ignoto para el derecho clásico. El parentesco masculino y los varones son en cualquier caso preferidos a los parientes femeninos y a las mujeres, lo cual significa que los primeros parientes llamados a la sucesión, después de los descendientes, son los parientes paternos: hermanos consanguíneos, tios paternos etc., y después de agotar su llamada se cita a los parientes maternos. En cada línea de llamada los varones y sus descendientes excluyen a las mujeres y sus descendientes.

⁵⁵ Sin embargo en el derecho greco-egipcio de papiros, ninguna estirpe griega ni helenística ha procedido tanto a la equiparación de sexos, especialmente la equiparación de la hija núbil al varón, en contraposición con la hija casada y dotada. Estudiando la misma fuente jurídica posclásica del siglo IV d C., Biondi observa que, a diferencia del derecho siríaco, admite la equiparación de las hermanas a los hermanos, como ya había puesto de relieve Mitteis. Esta equiparación pareció tan conforme a los preceptos religiosos, que el compilador anónimo de la *Collatio* 16, 1, al tratar de la sucesión legítima, recuerda como referencia el caso de las hijas de Salfada, las cuales se presentan "*in foribus tabernaculis*", y asumen: "*pater noster mortuus est, et filii non fuerunt ei sed filiae; ideo non deleatur nomen patris nostri de medio tribus suae; non est ei masculus; date nobis possessionem in medio fratrum patris nostri*". Moisés presenta la petición

La regla provincial, fundada sobre razones naturales, era muy diferente a las reglas romanas. La constitución imperial del año 389⁵⁶, C. Th. 5, 1, 4 = C. Iust. 6, 55, 9, 9, y 10-11, de los años 420-426, reconoce el parentesco descendente sobre la base de la igualdad entre los sexos. La constitución iba dirigida a las Galias, pero fue reconocida como *constitutio generalis*. Justiniano la confirmó finalmente, eliminando las pocas restricciones que quedaban, en una epistola al prefecto del pretorio de Oriente: C. Iust. 6, 55, 12. De este modo, la mayor iniquidad y de más frecuente aplicación quedó eliminada, y esto puede explicar por qué motivo no hubo normativa posclásica posterior hasta la compilación justiniana⁵⁷.

2.4 Las Novelas justinianas

"coram Deo et locutus est Dominus Moysi dicens: 'recte filiae Salfadae locute sunt; et ideo dabitur eis possessionem hereditatis in medio fratrum patris earum'": Numeros 27, 1. La referencia es tan significativa, que el pasaje está mutilado, para poner de relieve la equiparación entre varones y hembras. Es importante la diferencia, incluso en época avanzada, entre el derecho hebraico y el derecho romano en este punto.

⁵⁶ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Osservazioni sul sistema della successione legittima...*, op. cit., pp. 486-487,

⁵⁷ No hay duda que en las tendencias del sentimiento jurídico provincial se encuentra la primera raíz de la Novela 118, y del principio que expresa con toda claridad, de la parificación entre los sexos. La Novela conserva huellas de la lucha entre sistemas opuestos, cuyos elementos mal se componen juntos: el sistema griego del parentesco, que de la línea descendente se extiende al primer grupo de colaterales, hermanos y sus descendientes, mientras persiste el sistema romano de los grados; obliga solamente la distinción entre agnación y cognación, de modo que el tío excluye todavía a los primos de otros tíos premuertos. Fue una reforma parcial y por tanto ilógica e injusta, lo que nada evita la sobrevivencia de los dos sistemas que persiste posteriormente a causa de la inercia. Como ya puso de manifiesto Herrera Bravo (HERRERA BRAVO, Ramón, "Reformas posclásicas y justinianas en la sucesión intestada, y su evolución en la tradición jurídica romano-germánica", *Revista internacional de Derecho romano (RIDROM)* 21 (2018) 326-398), las reformas desde el Bajo Imperio hasta Justiniano no tuvieron continuidad estable.

Destacaba el antiguo rector florentino, Archi⁵⁸, que se ha de valorar para la comprensión del *Corpus Iuris* el contenido de las Novelas. Es preciso para la historia del Derecho poner el acento prevalentemente en las reformas, en los desarrollos que supone un cambio de principios normativos de cada instituto. Llama mucho nuestra atención, en una norma de Justiniano, el modo de concebir y de resolver problemas singulares, dignos de relieve, que presentaba la vida práctica y encuadrarlos en nuevas síntesis.

Desde otro punto de vista, Biondi⁵⁹ afirma que mientras Justiniano en el campo del derecho privado acoge, aunque con profundas transformaciones, toda la precedente tradición jurídica, y en materia eclesiástica aparece como el primer legislador.

Max Kaser⁶⁰ se muestra muy preciso, al sostener que en la Novela 118 del año 543, completada por la 127 del 548, Justiniano regula de nuevo, aunque no de modo completo, la sucesión de los parientes, porque silencia lo relativo a los cónyuges, a los lihertos, a la concubina y sus hijos, a los hijos adoptivos y legitimados, sin olvidar la herencia vacante, entre otros aspectos. La nueva regulación sustituye completamente la agnación por el parentesco de sangre, y equipara a efectos sucesorios la mujer al hombre, y el parentesco por parte de aquella al parentesco por parte de éste. La Novela distingue cuatro clases, cada una de las cuales excluye a la siguiente, aunque hay *successio ordinum et graduum*. En la primera

⁵⁸ ARCHI, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, Il Mulino, 1970, pp. 221-222.

⁵⁹ BIONDI, Biondo, *Giustiniano primo, príncipe e legislatore cattolico*, Milano, Vita e Pensiero, 1936, pp. 4-6.

⁶⁰ KASER, Max, *Derecho privado romano... op. cit.*, pp. 309.

clase se llama a los descendientes, y si concurren varios suceden por estirpes.

Los estudiosos que se han ocupado de la influencia del cristianismo han pretendido verificar en qué medida los preceptos éticos cristianos han podido determinar en el derecho justiniano la modificación del régimen aplicable a las relaciones privadas, especialmente patrimoniales, adhiriéndose al criterio de Salvatore Riccobono, quien concluye sus indagaciones con la afirmación: “después de maduras experiencias, sostengo que es casi todo fruto de la presencia de la ética cristiana todo lo que en el *Corpus Iuris* aparece como verdaderamente y sustancialmente nuevo respecto al derecho elaborado por los jurisconsultos romanos”, calificando a Justiniano como “monarca romano-católico”.

Uno de los fines perseguidos tenazmente en la nueva legislación justiniana, conforme al planteamiento de Biondi⁶¹, y en materia de sucesión hereditaria, es la equiparación total entre los dos sexos⁶². A las consideraciones político-sociales contrarias a la sucesión de las mujeres que inspiraba la ley Voconia, le sustituye un principio

⁶¹ BIONDI, Biondo, *Diritto romano cristiano, vol. III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, A. Giuffrè, 1954, pp. 339-342.

⁶² Es el criterio del alemán Coing (COING, Helmut, *Derecho privado europeo,...*, t. I, op. cit., pp. 758), para quien el derecho hereditario legal del *Corpus Iuris* se basa en las Novelas 118 y 127 de Justiniano, fijando el siguiente orden: a) los descendientes por estirpes, sin distinción de sexo y sin atender al sometimiento a la *patria potestas* del *decius*... El objetivo de esta regulación nueva era ordenar la sucesión sólo en atención al parentesco de sangre. La pertenencia a la *patria potestas* del *decius*, la preferencia de los agnados y la postergación de las mujeres ya no debían tener más influencia en el orden de sucesión. Esta legislación de Justiniano había tenido una evolución larga y cambiante; todavía la legislación del Bajo Imperio conoció muchas regulaciones en muchos puntos diferentes, que están contenidas en los textos de las Instituciones y del *Codex*.

general de equiparación, fundado en la *natura* o sobre el *ius naturale*: C. Iust. 6, 58, 14, del año 531⁶³.

La legislación posclásica procuró la equiparación entre hijos e hijas, como demuestra C. Th. 5, 1, 4 = C. Iust. 6, 55, 9 (Valentiniano, Teodosio y Arcadio, del año 389), en cuya constitución se pone sumo cuidado en especificar que se trata de "*defunctus cuiuscumque sexus, y de cuiuscumque sexus nepotes, y de pars fratribus sororibusve... filiis filiabus*". Esta misma especificación la encontramos en las leyes posteriores. Resulta del máximo interés la Novela de Maiorano 6, 3 del año 458, que intenta reprimir la costumbre según la cual el *pater*, para reservar el patrimonio íntegro a sus hijos varones, obliga a las hijas a que ingresen en un convento, a fin de no darles su dote. Esta conducta paterna, calificada como "*parricidialis quodammodo ars... ne aequa cum reliquis filiis successione potiatur*", viene entonces prohibida⁶⁴.

⁶³ Cual fuese la conciencia pagana en la materia antes del cristianismo, vigente tanto en la República como en el Principado, se deduce, según Biondi, de la *Laudatio Murdiae*, del siglo I d. C., en la cual, como elogio de la madre, se afirma que no hizo diferencia alguna entre sus hijos "*omnes filios aequae fecit heredes, partitione filiae data, amor maternus caritate liberorum, aequalitate partium constat*". También en D. 45, 3, 20, 1, de Paulo, libro 15 de sus Cuestiones, se aborda el supuesto en el que, frente a la sucesión intestada del padre, la hija "*eo animo semper fuit, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere*".

⁶⁴ Este abuso es lamentado por San Jerónimo, ya que no es conforme a la fe cristiana, según su Epístola 130, 6. PL 22, 1111: "*solent miseri parentes et non plenae fidei christiani, deformes et aliquo membro débiles filias, quia dignos generos non inveniunt, virginitati tradere... quod nuper in hac urbe dives uidam presbyter ut duas filias in proposito virginali inopes relinqueret et aliorum ad omnem copiam filiorum luxuriae atque deliciis provideret*". Este escritorista, muy documentado en su tiempo, exhorta a la mujer para que tenga hijos, especialmente si es noble, a fin de que "*egentes filios non dimittat, sed ex aequalitate eos amet*". Epístola 120, 2: PL 22, 984.

Justiniano critica acerbamente la discriminación normativa vigente en el derecho clásico, calificándola como *non pia differentia, maxima iniuria, vulnus intestinum*, en plena correspondencia con la frase de San Agustín, el cual exclama: *quid iniquius dici aut cogitari possit ignoro*⁶⁵. La orientación de la Iglesia en aquel momento, y aunque no hay disposiciones conciliares que sean similares, está bien representada por San Ambrosio⁶⁶, quien advierte: “*par debet esse circa omnes formas iustitiae; plus confertur dilecto, cui fratrum amor requiritur: plus autem adimitur ei, qui praelationis iniustae operatur invidia... fiat aequalitas... ac aequalis parentum amor et gratia conferatur*”.

Toda la nueva legislación justiniana, a partir del año 528, toma como referencia la *aequalitas*. En la clase de los descendientes, el legislador pretende actuar el principio de igualdad, no solamente entre hombres y mujeres, sino también entre todos los descendientes. A este fin surge el instituto de la colación, dispuesto por el emperador León, C. Iust. 6, 10, 17, del año 472, muy distinto de la *collatio bonorum y dotis*. El instituto habría tenido como lejano precedente C. Iust. 6, 20, 4 de Gordiano, del año 239, y como habla de *variae prudentium opiniones*, pudo tomar como precedente el criterio expuesto por juristas de finales de época clásica⁶⁷.

⁶⁵ San Agustín, *De civitate Dei* 3, 21.

⁶⁶ San Ambrosio, *De Jacob et Vita beata* 2, 2, 5-7; PL 14, 476.

⁶⁷ En la Novela 92, del 539, Justiniano comienza declarando que a él no le agrada la excesiva desigualdad acerca del tratamiento de los hijos. Consciente que el ánimo humano a menudo se siente atraído a engañar, dispone que la colación de las donaciones deba hacerse incluso en el caso de que el hijo se haya abstenido. El emperador León, por su parte, dispuso que tanto en la sucesión intestada como en la contra el testamento, hubiera una *aequa lance y aequitatis studio*, por lo que los descendientes, emancipados o no, deben aportar la dote y la donatio ante nuptias que hayan recibido del ascendiente. El objeto de la colación se amplía en las leyes de Justiniano: C. 6, 20, 19 del año 528 y C. 6, 20,

Troplong⁶⁸, después de referir cómo el antiguo *ius civile* produjo la notoria discriminación de las hermanas en la sucesión⁶⁹, no duda en reconocer que Gayo, en Inst. 3, 25, afirma tajantemente que “*hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*”, para lo cual introdujo las reformas necesarias, otorgando la posesión de bienes a todos los hijos sin distinción, emancipados o no, de modo que el vínculo civil, derivado de la paternidad entre padre e hijo, no se rompe con la emancipación. Además, en el tercer grupo o clase de llamados, el

20 del 529. La *collatio* vino extendida a la sucesión testamentaria en la Nov. 18, 6 del año 536, pero conserva la función de igualar a los descendientes. Justiniano habla de igualdad conforme a las leyes precedentes, las cuales tratan de equiparar a todos los descendientes; pero la igualdad se debe referir al ámbito de la cuota asignada a cada uno de los herederos, porque si lo entendiéramos de modo absoluto llegaríamos a la conclusión que, respecto de los descendientes, debería abrirse la sucesión intestada solamente porque el ascendiente ha hecho liberalidades a los descendientes y no les haya dispensado de la colación.

⁶⁸ TROPLONG, Raymond Théodore, op. cit., pp. 317-340.

⁶⁹ Después de poner de relieve que legislación decenviral se ha fundado la base del sistema de sucesión en la idea fundamental que constituye la familia: el vínculo de poder, y no el de sangre, por lo que podía ser un pariente próximo e incluso hijo, sin adquirir la condición de heredero legítimo, ya que esta condición nacía de la sujeción al poder paterno, por lo que el emancipado perdía sus derechos sucesorios, no conservando más que el parentesco natural, pasa al análisis de las tres clases de herederos, en primer lugar están los *sui heredes*, personas bajo poder inmediato del padre, tanto hijos por sangre como por adopción, en razón de la sumisión al poder. Las hijas que estaban bajo *potestas* sucedían igual que los varones y recibían una parte igual: no se les aplica ni la primogenitura masculina, ni la inferioridad de su sexo a diferencia de lo dispuesto en otras legislaciones coetáneas y más primitivas. La esposa *in manu* ocupa el lugar de hija, pero si es del hijo, ocupa lugar de nieta. Había un entero desconocimiento del parentesco por línea femenina, ya que la agnación venía solo por línea de varón. Entre los agnados la diferencia de sexo establece una diferencia de derechos: la hermana es agnada de su hermano si tienen el mismo padre, y entonces sucederá a su hermano; la madre bajo *manus* sucede a su hijo en poder del padre, porque pertenece a la familia en concepto de hija y hermana. En este punto de la hermana, se acaba el derecho de sucesión para las mujeres, y más lejos no suceden, es decir, en este sistema, las mujeres agnadas, salvo las hermanas, no tienen ningún derecho a la sucesión.

pretor coloca a las personas que tienen vínculo derivado del parentesco natural, basado exclusivamente en la sangre. Por ello, las mujeres agnadas, además de las hermanas, entran en la sucesión en este tercer grupo, sucediendo a falta de herederos suyos y agnados. También incluye en esta clase a los parientes de sangre por línea femenina, y a los hijos adoptivos que forman parte de otra familia, pero que se vinculan a su familia natural mediante la sangre.

Las hijas heredaban de sus padres, pero los hijos de sus hijas no formaban parte de la familia del abuelo materno, del que no son *heredes sui*, ni agnados, viniendo llamados en el tercer orden o clase, cognados. El cambio final se debe al influjo del cristianismo, porque una constitución de Valentiniano, Arcadio y Honorio, da preferencia al vínculo de sangre, y llama a heredar a los hijos de la hija para suceder al abuelo materno, junto con los herederos suyos de este último, y reciben las dos terceras partes que correspondían a su madre: C. Th. 5, 1, 4. De este modo, los hijos de las hijas sobrepasan la clase de agnados, y entran en el grupo de *heredes sui*, aunque no excluyen totalmente a los agnados, porque reciben un cuarto de la herencia⁷⁰.

⁷⁰ No obstante, antes, el SC Orficiano, bajo Marco Aurelio y Cómodo, Ulpiano 26, 7, llama a la sucesión materna a los hijos de las hijas excluyendo a los agnados, como reconocimiento del parentesco natural. El SC Tertuliano favorece a la madre con *ius liberorum*. Constantino inicia una reforma, aunque el gran reformador es Justiniano. El año 321, a tenor de C. Th. 5, 1, 1 y 2, las madres son sucesores legítimas sin necesitar el *ius liberorum*. Esta normativa no se ocupaba de los hijos de hermanos consanguíneos, y a estos se refiere Valente el año 369, porque si los hermanos consanguíneos no están emancipados, excluyen a la madre en su totalidad, pero la madre tiene preferencia si estaban emancipados. Valentiniano III, el 426, determina que las madres precede a los agnados más lejanos que tíos y sus descendientes, pero si hay estos últimos o hijos de hermanos, se sigue la división de Constantino y Valiente: la madre

Sobre esta base legislativa posclásica, Justiniano dispone el imperio del derecho natural a través de dos memorables constituciones del año 528⁷¹. En la primera, *respicientes ad naturam*, rechaza como impiedad el *ius liberorum*: las mujeres con un hijo o con cuatro, libertas o ingenuas, tienen iguales derechos, por lo cual dispone en C. 6, 55, 12, inciso final: “*soli descendentes ad mortui successionem vocentur*”, y agrega: “*quod tantum in futuris, non etiam praeteritis negotiis seruari decernimus*”. Todas las madres son llamadas igualmente, sin distinción alguna, a la sucesión de sus hijos, y el derecho privilegiado se convierte en derecho común. La segunda constitución declara la preferencia de la madre sobre los agnados, que son excluidos si concurre a la herencia. La madre concurre con los hermanos y hermanas del difunto, y la cognación se declara igual a la agnación con sus mismas prerrogativas. Si no tiene más que hermanas, la sucesión se reparte por mitad entre las hermanas y la madre; si hay hermanos, tiene una porción viril. De este modo la sucesión asume el rango que le asigna la naturaleza.

Por otra parte, la desigualdad, que generaba la normativa Anastasiana, la eliminó Justiniano en la constitución del año 532, fundada sobre la igualdad natural de hombre y mujer: C. 6, 58, 14, eliminando las diferencias impías: *non piam differentiam*, refiere el legislador, entre agnados y agnadas. Sin embargo, la distinción entre los agnados y cognados subsistió, hasta que el emperador bizantino las suprimió con un sistema fundado sobre las leyes de la

hereda dos terceras partes de la herencia, y todas las madres son tratadas en régimen de igualdad, con *ius liberorum* o no.

⁷¹ Cf. C. 6, 56, 7.

naturaleza: ya no es el vínculo de poder, sino el de sangre; el principio aristocrático desaparece ante la igualdad natural, y hará caer todas las preferencias agnaticias, reemplazadas por el parentesco de sangre: primero descendientes, estén bajo poder paterno o sean *sui juris*; en su defecto, los ascendientes, sin que haya privilegio de la paternidad sobre la maternidad, y si existen hermanos y hermanas, se divide la herencia entre ellos y sus ascendientes; luego la línea colateral, sin distinguir sexos, ni origen de los bienes, porque las líneas masculina y femenina se confunden e igualan: Novela 118.

Con estos precedentes, Troplong pudo afirmar⁷² que este sistema de Justiniano, "*le plus philosophique et le plus parfait qui ait jamais été formulé*", sienta un sistema de sucesión intestada basado exclusivamente en los vínculos de sangre e igualdad, tanto de sexos como de cuotas para los hijos legítimos, que ha sobrevivido a los ataques de la barbarie, a la resurrección del principio aristocrático de la Edad Media (mayorazgo), y a los intereses muy directos del feudalismo. Desde su punto de vista, el *Code civil* francés de 1804, "*s'en est emparé et a trouvé en elle sa plus belle page. Elle est le programme des opinions les plus libérales et les plus sagement progressives*".

Si los romanistas italianos ponen el acento de la fundamentación reformadora de Justiniano en la influencia del cristianismo, no se olvidan del posible influjo provincial a favor de la consanguinidad. Troplong insiste en la igualdad de los seres humanos conforme a la

⁷² TROP LONG, Raymond. Théodore, op. cit., pp. 341-343.

naturaleza⁷³, que era un principio cristiano. Al mismo se refiere Lanata⁷⁴, resaltando el proemio de la Novela 118, en el cual el emperador bizantino trata de presentar una justificación radical para la enésima modificación introducida en una materia tan atormentada, y motivar en el plano teórico la necesidad de una normativa nueva.

Después de haber indicado que en materia de sucesión en Roma existía una copiosa literatura jurisprudencial, verificable en los libros de los antiguos juristas, y una rica producción normativa por parte del poder de los emperadores que le precedieron, con sus textos legislativos, afirma Justiniano: “dirigiendo siempre nuestro pensamiento a Dios, para serle agradecidos, y comportarnos en modo digno de los favores con los que nos colma, buscamos encontrar siempre cualquier medida ulterior que se conforme a la naturaleza y corrija los precedentes”⁷⁵. Que la naturaleza o *physis* constituya un criterio fundamental de la actividad normativa, especialmente respecto a la determinación de las relaciones de parentesco, se reitera en la Novela citada, sobre todo donde el legislador bizantino se pronuncia decididamente contra las distinciones artificiosas, como la individuación de un sexo

⁷³ Según LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, p. 202 y nota 37, *natura* en latín es ocasionalmente la *physis* en el griego justiniano del Código, y puede indicar, entre otros extremos: desde la perspectiva sucesoria, la reafirmación enérgica de la paridad de sexos.

⁷⁴ LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, op. cit., p. 34.

⁷⁵ Novela 18 pr., y 128. 3-7.

privilegiado en relación a la procreación, o a la sucesión que el considera extraña a la naturaleza⁷⁶.

La Novela 18, del 1 de marzo del 536, prescribe al testador que se ocupe primero de los hijos legítimos, elevando su cuota de reserva, pero también debía tener presente, en cierta medida, en base a un sentido de filantropía, medido únicamente con la naturaleza, de los hijos naturales, sin introducir distinción alguna entre varones y hembras, porque a este respecto, dice la Novela, la naturaleza no prescribe alguna partición artificiosa. En el plano de la procreación y el de la determinación de sexos, la naturaleza procede en modo regular, produciendo expectativas legítimas que no pueden ser frustradas con distinciones artificiosas. Por ello, está formulada aquí, por primera vez, la hipótesis de que la naturaleza puede adoptar procedimientos similares a los del arte-techne, hipótesis que en otros casos dará ricas consecuencias⁷⁷.

Destaca el carácter conforme a la naturaleza, que se manifiesta en: a) el impulso sexual; b) en la capacidad de procrear; c) en las relaciones de sangre que unen a progenitores e hijos; d) de los afectos que les ligan; e) en las prohibiciones relativas a las nupcias incestuosas, y más todavía a las relaciones homosexuales; f) en las divergencias inevitables entre los individuos; g) en la fragilidad humana y sobre todo la femenina, que constituye, según las Novelas de Justiniano, un criterio seguro directivo para el legislador, capaz de tomar un signo, y medir las intervenciones normativas propias a las leyes de

⁷⁶ Nov. 118, cap. 5; Nov. 130, 34; Nov. 131, 4, y Nov. 132, 14-7.

⁷⁷ LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, op. cit., pp. 172-173.

la *physis*, especialmente en el terreno de la familia, para que haya una perfecta consonancia entre naturaleza y ley.

Con Justiniano, en las Novelas 118 y 127, de los años 543 y 548, respectivamente, la llamada intestada se basa exclusivamente en la consanguinidad, derogándose íntegramente la familia agnaticia, y adquiriendo por ello la mujer una plena capacidad sucesoria. Se llama a heredar a los hombres y mujeres en la sucesión de sus parientes de sangre, sin distinguir las líneas, paterna o materna. Los parientes consanguíneos se agruparon en cuatro categorías, de las cuales la primera estuvo constituida por los descendientes, que sucedían *per capita* o *per stirpes*, según la proximidad de grado⁷⁸. Recogiendo la normativa pretoria, el Emperador bizantino exigió, en una de sus Novelas, la obligación de la *collatio*, ahora denominada *descendentium*, que implicaba la dote, la *donatio propter nuptias*, o los dineros recibidos por el hijo para el desempeño de un oficio público, lo cual podía consistir en añadir los bienes a la masa hereditaria antes de la partición, o computar su valor en el acto de la división⁷⁹. La novela 118 de Justiniano abandona la tradición clásica⁸⁰, y señala que el único fundamento de la sucesión *ab intestato* es la *cognatio*, con un orden de llamada que viene determinado por la proximidad de

⁷⁸ Le seguían los ascendientes, que heredaban por líneas, paterna o materna, junto a los hermanos y hermanas de doble vínculo, o hermanos germanos y sus descendientes; en la tercera clase estaban los hermanos y hermanas, consanguíneos y uterinos, llamados por stirpes; en la cuarta clase, el resto de parientes de sangre, conforme a la proximidad mayor o menor en grado.

⁷⁹ Sigue llamando ahora a la viuda o cónyuge supérstite en último lugar, pero siendo viuda de un marido rico, se le otorga el usufructo de una cuota igual a la de los hijos del decuius que hubiera alumbrado, y careciendo de hijos comunes, una cuota en propiedad.

⁸⁰ Cf. VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano...* vol. II, op. cit., pp. 54-58:

grado. Establece cuatro clases de herederos, que comienzan, a tenor del cap. 1, con los hijos y ulteriores descendientes, admitiendo la *successio in locum*, y dividiendo por stirpes. Los hijos pueden ser legítimos, legitimados, adoptivos, naturales: estos últimos suceden a la madre. No tiene importancia si el difunto es *sui iuris* o *alieni iuris*⁸¹.

Esta Novela del 16 de julio del año 543, numero 118 de la *collectio* griega, dispone una reforma general del sistema sucesorio intestado⁸², sustituyendo el antiguo por el esquema del siguiente tenor⁸³:

⁸¹ La segunda clase está formada por los ascendientes, junto a los hermanos y hermanas germanos, cap. 2, que dividen la herencia *per capita*, admitiendo el derecho de representación, a favor de los hijos *ex fratre* y *ex sorore*, no de sus descendientes. Viniendo juntos ascendientes, hermanos y hermanas a la sucesión, se dividen la herencia *per capita*. En este caso la novela 118 no admite representación, que sí es introducida por la novela 127,1 del año 548. TERCERA clase que integran los hermanos y hermanas de vínculo sencillo, independientemente que el generante común sea el padre o la madre, y se admite el derecho de representación a favor de los hijos, exclusivamente. CUARTA clase: está constituida por los otros *cognati*, según el criterio de proximidad de grado y sin limitación hasta el sexto grado cap. 3, 1. Finalmente: la Novela 118 admite la *successio ordinum et graduum*.

⁸² La constitución es muy conocida y figura en todos los manuales, apareciendo como el sistema justiniano por antonomasia, reduciendo la consideración del derecho posclásico, y reformas justinianas anteriores a esta Novela. Se presenta como una ruptura de Justiniano con el pasado, e incluso con la tradición romana, como entienden, entre otros, Girard, Fadda, Bonfante, Scialoja, Longo o Schulz. Será ejemplificativa la síntesis de Volterra (VOLTERRA, Edoardo, *Instituciones de Derecho romano*, Roma 1975, p. 779): Justiniano en las Novelas coloca en el primer grupo de herederos *ab intestato*, a los hijos legítimos, legitimados, adoptivos, naturales y sus descendientes. No se tiene en cuenta la sujeción a la patria potestad, ni si son descendientes por vía paterna o materna, ni el grado de parentesco. Entran hijos e hijas, de padre o madre, sin distinción de sexo.

⁸³ LAMBERTINI, Renzo, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, A. Giuffrè, 1977, pp. 1-3.

Abolida toda distinción de trato entre agnatio y cognatio, los primeros llamados son los descendientes. El derecho de representación, con el corolario de la división por stirpes, opera sin limitaciones. Si el difunto es un *alieni iuris*, al que tiene potestad sobre el mismo, se le reserva, como en precedencia, el usufructo.

El segundo orden es el de los ascendientes, que dividen solamente con hermanos y hermanas germanos, excluyendo al resto de colaterales. Si solo hay ascendientes los más próximos excluyen a los más lejanos; la división se hace *per capita* si todos pertenecen a la misma línea, pero si son de las dos líneas, paterna y materna, cada una recibe la mitad del as hereditario, independientemente del número de los herederos. Entre ascendientes más próximos en grado y los hermanos, la herencia se divide siempre *per capita*.

El tercer orden viene ocupado por los colaterales. Hermanos y hermanas germanos que dividen con los ascendientes. La representación se admite pero con dos limitaciones: solo opera a favor de los hijos, pero no de los ulteriores descendientes; viene excluida en caso de concurso con uno o varios ascendientes del decuius. Este límite será abolido por la Novela 127, proemio y cap. I del 1 de septiembre del 548. A continuación vienen los hermanos y hermanas unilaterales, consanguíneos o uterinos, y la representación opera con esos dos límites señalados. Luego vienen los colaterales ulteriores, conforme a la proximidad de grado, y la división se hace siempre *per capita*.

Se afirma definitivamente el vínculo de sangre, dejando en segundo plano la abolición del principio discriminatorio entre agnados y

cognados⁸⁴. En esa legislación posclásica, el emperador bizantino encontró principios y soluciones que insertó en la normativa que promulgó, antes de la Novela 118, y en la que el emperador no innovó sino que asumió, atribuyéndole alcance general a reglas

⁸⁴ Examinando la legislación romana precedente del emperador Justiniano, en materia de sucesión intestada, es preciso recordar que comienza con tres constituciones del año 528: C. 6, 55, 12; C. 8, 58 (59), 2 y C. 6, 56, 7, todas ellas dadas en Constantinopla y destinatario el prefecto del pretorio Mena. La primera trata de los descendientes de una mujer (C. 6, 55, 12) y las otras dos del SC Tertuliano. La primera se conecta con la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 389, C. Th. 5, 1, 4 = C. 6, 55, 9. En esa norma y por primera vez se da la posibilidad a los nietos, hijos de una hija, que sucedan al abuelo en representación de la madre en concurso con hijos e hijas del difunto, aunque obteniendo solamente 2/3 de lo que hubiera conseguido su progenitora difunta. Faltando hijos del difunto, los nietos *ex filia* no excluían por sí solos a los agnados colaterales, porque a estos se les asignaba una cuarta parte del as = la Falcidia, y a los nietos el dodrante = 3/4 (el fragmento que recoge este reparto está en C. Th. 5, 1, 4, 1 pero los compiladores lo han suprimido en C. 6, 55, 9). Estas disposiciones se aplicaban también a los nietos, *ex filio* y *ex filia*, de una difunta *de cuius*: esto es una novedad absoluta, porque el derecho de representación tanto para los hijos del hijo como para los de la hija, contemplados en el SC Orficiano, no conocía la *successio in locum*. Justiniano, en C. 6, 55, 12 abole la cuarta de los agnados, de manera que desde entonces los descendientes, tanto en línea masculina como femenina, excluyen siempre a los colaterales. La constitución no menciona el tercio que corresponde a los descendientes de primer grado, y por tanto no puede considerarse abolido. C. 8, 58 (59) 2 y C. 6, 56, 7 se refieren principalmente a la sucesión de la madre respecto de sus hijos intestados. Justiniano abolió el *ius liberorum*, con la primera constitución, fuente de iniquidad y complicaciones, y dispone, con la segunda, que la madre divida con los hermanos, agnados o emancipados, excluyendo a los colaterales ulteriores: el as viene repartido en cuotas viriles si son solo hermanos varones o hermanos junto con hermanos, conforme al viejo principio, mitad y mitad, en caso de concurso con solas las hermanas. pp. 17 y ss, Muchas innovaciones y profundas en la disciplina de las sucesiones ab intestato se produjeron entre el año 530 y el 534. Sobre la adopción, sobre la sucesión en los bienes de los libertos, con la C. 6, 58, 6, 1 traslada a los hijos e hijas de las hermanas, incluidas las uterinas, de la clase de los cognados a la de los legítimos. En las Instituciones, publicadas el 21 de noviembre del año 533, presenta la justificación de las innovaciones precedentes, refiriendo fielmente las innovaciones introducidas en el Código, y cierra la serie de reformas anteriores a las Novelas, C. 6, 58, 15 del 15 de octubre del 534. Algunas Novelas anteriores al 543 introducen reformas.

preexistentes, que estaban restringidas a sectores específicos y no reducidos a unidad, como son: a) absoluta prioridad de los descendientes, de cualquier sexo o grado, sobre ascendientes y colaterales. El mejor derecho de los descendientes no tiene excepciones por razón de sexo del *decius*, o bien por su situación de sujeción a la *potestas*. b) derecho de representación ilimitado en el ámbito de los descendientes, tanto por línea masculina como femenina, y consiguiente división por estirpes. Nietos y bisnietos que suceden *in locum*, obtienen siempre, sin merma alguna, la cuota que habría correspondido a su ascendiente premuerto al *decius*. c) si son difuntos *alieni iuris*, el que los tiene bajo potestad, conserva el usufructo, como anteriormente, aunque sea excluido por los descendientes⁸⁵. Todos los criterios sustanciales enunciados se aplicaban con anterioridad a la emanación de la Novela 118. d) el concurso general entre ascendientes y hermanos, tal como aparece en la Novela, no se encuentra precedentemente, porque es una innovación justiniana. e) prioridad de los hermanos y hermanas germanos sobre los consanguíneos y los uterinos. f) división *per capita* entre colaterales por encima del tercer grado. g) paridad de trato, en los respectivos órdenes, y paridad de grado en cada uno, entre hombres y mujeres⁸⁶. Subsiste, además, con plena operatividad, la *successio ordinum et graduum*. Aunque la Novela 118

⁸⁵ Por lo que respecta a la sucesión de los descendientes, la Novela 118 no ha cambiado propiamente nada.

⁸⁶ No se debe confundir el trato igual dispensado a los dos sexos, con la equiparación de agnados y cognados, porque esto último se realiza plenamente con la Novela 118, mientras el primero, relativo a la igualdad de sexos, estaba ya operante desde el año 531 con Justiniano: C. Iust. 6, 58, 14 pr-5.

insiste en esa equiparación de los dos sexos como tales, no era la primera vez que se eliminaba dicha discriminación.

Esto demuestra la continuidad sustancial del sistema sucesorio intestado, respecto de la tradición jurídica precedente⁸⁷. En el

⁸⁷ LAMBERTINI, Renzo, *I caratteri della Novella 118...*, op. cit., pp 39 y ss. El análisis realizado por Lambertini, (*I caratteri della Novella 118...*, op. cit., pp.43-4), permite a este romanista interpretar que el sistema de la Novela 118 es una síntesis romano-oriental, acercándose al punto de vista de Arangio Ruiz, que hemos expuesto más arriba, quien tenía la convicción de que en el régimen de la novela se acogen tendencias del sentimiento jurídico provincial, que serían su primera raíz. En la epígrafe de Gortina (isla de Creta, del siglo V a. C.) en la primera parentel o stirpe, se llama a la del difunto, y en caso de concurso entre hijos e hijas del difunto: se llama en primer lugar a los hijos de ambos sexos y a sus descendientes; a continuación al padre del de cuius: hermanos y sus descendientes; hermanas y sus descendientes. En el segundo parentesco, los varones y sus descendientes preceden a las mujeres y sus descendientes, además, las hijas concurren con sus hermanos en condiciones de inferioridad. Ibid., pp. 50- 53: En el sistema sucesorio ático, del siglo IV a. C., según Demóstenes, la sucesión intestada se basa en los parentescos, y en primer lugar vienen los hijos y descendientes del difunto, las hijas y sus descendientes, más tarde la del padre del difunto (hermanos consanguíneos y descendientes, hermanas consanguíneas y descendientes), finalmente abuelo paterno y familiares próximos. Son las stirpes paternas, pero si en ellas no se encuentra el heredero, se pasa a las maternas, siguiendo el mismo mecanismo, la parentela de la madre del difunto, hermanos uterinos y descendientes, hermanas uterinas y descendientes, concluyendo con el abuelo materno, etc. Se da preferencia al privilegio masculino, y a falta de las stirpes paternas entran en la llamada las maternas. Acogiendo lo expuesto por Filón de Alejandría, ibid., pp. 61-63, Lambertini comenta el sistema sucesorio mosaico en *De Vita Moisis*, 2, 243-245 y *De specialibus legibus* 2, 124-133. En la primera obra se refleja la llamada que aparece en el Antiguo Testamento. En la segunda aparecen también las tías, hermanas del padre, que heredan después de los hermanos de este último y antes que los ulteriores parientes más próximos en grado. Se aplicaría un sistema de stirpes, que aparece de modo inequívoco en la Mishnah, sistema fundado sobre las parentelas. En el Talmud, ibid., p. 65, hay los siguientes órdenes en la sucesión intestada: A) a) hijos y descendientes; b) hijas y descendientes. B) a) padre; b) hermanos consanguíneos y descendientes; c) hermanas consanguíneas y descendientes. C) a) tíos paternos y descendientes; b) tías paternas y descendientes. D) Parientes próximos ulteriores Por lo que se refiere al derecho sirio-egipcio, este investigador se remite a Carlo Alfonso Nallino, quien ha reconstruido el siguiente sistema, basado en la parentela: A) primer grado de parentela: 1. hijos e hijas, con cuotas iguales. El derecho de representación era por stirpes no per capita, y corresponde solo a los hijos,

sistema intestado romano se rechaza por parte de Justiniano el principio vinculado al origen del patrimonio a heredar, según el cual los bienes paternos a los parientes paternos y los maternos a los maternos, aplicándose en exclusiva la regla de la proximidad de grado. Se hace división entre ascendientes por línea paterna y materna, independientemente del número de integrantes de cada una, sin que los más próximos de grado al *de cuius*, de una línea, dividan con los ascendientes más lejanos de la otra.

Arangio Ruiz⁸⁸, duda en sostener que el emperador bizantino llevara a cabo la completa parificación de la línea masculina a la femenina, y de los varones a las hembras, porque se limitaría a recoger legislativamente las verdaderas tendencias existentes en la sociedad bizantina, además de reflejar una de las abstracciones moralísticas, "*che fanno impunemente bella mostra nelle leggi quando l'interessato ha molto di derogarvi*".

Este planteamiento contrasta con el de Juan Iglesias⁸⁹, para quien el emperador bizantino, con las Novelas 118 y 127, instaura un nuevo orden sucesorio, donde triunfa rotundamente el principio de la

varones y mujeres, de los hijos varones. 2. Padre. 3. Hermanos y hermanas, con cuotas iguales; si la madre está viva, conurre con ellos en una porción igual. El derecho de representación por estirpes corresponde solo a los hijos, varones y hembras, de los hermanos varones. B) Genus agnatorum, o parientes machos de la parte masculina de la parentela del padre del difunto: 4. Tíos paternos, varones y su representación... C. Genus cognatorum, o parientes machos de la parte femenina de la parentela del padre del difunto: 5. Hijos varones de las hijas. 6. Hijos varones de las hermanas. 7. Hijos varones de las tías paternas. D) Parientes varones de la línea de la madre del difunto, siguiendo el orden dispuesto para los grupos B y C.

⁸⁸ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Osservazioni sul sistema della successione legittima...*, op. cit., p. 467.

⁸⁹ IGLESIAS, Juan, "La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno", en *Estudios. Historia de Roma - Derecho Romano - Derecho Moderno*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, p. 264 y 270.

cognación. El derecho de los legitimarios se coloca en primer plano, por fuerza de razones morales, en perjuicio de la posición preeminente que a lo largo de muchos siglos tuvo el testamento. La herencia romana y la moderna coinciden en un punto: una y otra entrañan un traspaso de bienes.

3. Derecho altomedieval

En este período se derogan estos principios de absoluta equiparación de los herederos, hijos legítimos del difunto, por razón de sexo, salvo en alguna normativa particular de los pueblos germanos, que expondremos a continuación. Como hizo notar Coing⁹⁰, Justiniano había equiparado en la sucesión legal a hombres y mujeres, mientras en los derechos medievales con frecuencia se postergaban a las mujeres.

a) Visigodos

A propósito de la legislación visigoda, Pérez-Prendes⁹¹ puso el acento en el dato según el cual la mujer recibe solamente el usufructo de los inmuebles, mientras la propiedad va a sus herederos legítimos, aunque este principio fue abolido por Leovigildo, remitiéndose a CE 320⁹² y LI 4-2-1, *antiqua*.

El primero de los textos normativos citados, lleva al estudioso a CE 320.5⁹³, según el cual:

⁹⁰ COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín*, vol. I, (1500-1800), Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996, p. 704.

⁹¹ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Historia del Derecho español*, vol. I, Madrid, Universidad Complutense, 2004, p. 656:

⁹² Álvaro D'Ors apelaba como origen del precepto euriciano, entre otros, a la *lex Voconia*, que es un texto relacionado con la LRV, pero no con el CE de matiz germánico.

⁹³ *El Código de Eurico*. Edición, palíngenesia, índices por Álvaro D'Ors, Roma-Madrid, IJE, 1960, p. 37: título de *successionibus*, 320.5.

Quod si parentes sic transierint, ut nullum fuerit testamentum, ea puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suum terras suis heredibus relinquat; de reliqua facultate faciendi quod voluerit in eius potestate consistat.

Interpreta Álvaro d'Ors⁹⁴, cuyo criterio compartimos, que el texto de esta ley resulta difícil, porque fue sustituida por otra muy breve de Recesvinto: LV 4.2.1, en la que tan solo se afirma la paridad de hijos e hijas para heredar *ab intestato* del padre o de la madre, lo que se corresponde tan sólo con el §5 de la ley Euriciana antes citada⁹⁵:

*Ut sorores cum fratribus aequaliter in parentum haereditate succedant.
Si pater vel mater intestati discesserint, sorores cum fratribus in omni parentum haereditate absque aliquo obiectu aequali divisione succedant.*

Este §5 introduce la hipótesis de la sucesión intestada, pero siempre en atención a la posición de la mujer. Las hijas heredan la misma porción que sus hermanos, pero sobre los inmuebles no pueden realizar actos de disposición, pues deben quedar para los sucesores legítimos de las mismas; sí, en cambio, sobre los muebles. Se reafirma el principio que es fundamental en la legislación de Eurico: las mujeres no tienen poder de disposición sobre los inmuebles, porque éstos deben reservarse para sus sucesores legítimos. En este sentido puede hablarse que tienen un usufructo sobre los inmuebles, pero entendiéndose que no hay una atribución *a priori* de la nuda propiedad, pues eso depende de que tenga descendencia (sin haber incurrido en el delito de casarse, sin el consentimiento familiar), o

⁹⁴ *El Código de Eurico*. Edición, palingenesia, índices por Álvaro D'Ors..., op. cit., pp. 255-257.

⁹⁵ *Fori iudicum* IV, 2, 1.

no: el nudo propietario de los inmuebles, que ella hereda, son los que resulten ser su sucesores legítimos: *suis heredibus*.

No resulta exacto afirmar, que las mujeres ceden a los herederos varones, con quienes concurren, la nuda propiedad de los inmuebles que heredan, puesto que tal afirmación vale para la que no tiene otros herederos legítimos preferentes, pero no, por de pronto, para la que tiene hijos⁹⁶.

⁹⁶ Álvaro d'Ors insiste en una realidad histórica, según la cual las mujeres no heredaban como los hombres en derecho romano clásico. Aparte de la *Lex Voconia*, caída en desuso en fecha incierta, que prohibía a los ciudadanos acaudalados instituir las herederas, y las limitaciones impuestas por las leyes caducarias, con el *ius liberorum*, así como las restricciones del SC Tertuliano, y la exclusión de las hijas y sus descendientes del patrono en el llamamiento legítimo a la herencia del liberto, Nov. Val. 25 (24), 4, es necesario tener presente que las agnadas de tercer o ulterior grado de línea colateral, es decir, sobrinas, tías, primas, quedaban excluidas de la herencia *ab intestato*, según Gayo 3, 23, y solamente podía pedir la *bonorum possessio unde cognati* (Gayo 3, 29, CJ 6, 58, 14, del año 531, e Inst. 3, 2, 3), sin respetarles el parentesco agnaticio y como simplemente cognadas. Esta postergación se entendió como simple exclusión de la herencia *ab intestato*, en PS 4, 8, 20 (22), que es una fuente del siglo IV: *feminae ad hereditates legitimas ultra consanguíneas successiones*, es decir, de los hermanos, *non admittuntur*. Por tanto, quedan excluidas de la herencia legítima de un pariente más lejano que el hermano, lo que es una limitación que se entiende como medida antifemenina, y por ello se la pone en relación con la citada *Lex Voconia*, en el fragmento de Paulo: "*idque iure civil Voconiana ratione videtur effectum*". En el siglo IV, como hemos visto más arriba, agnados son los sucesores varones por encima del segundo grado, hermanos, por línea viril, a tenor de PS 4, 8, 13: "*agnati autem sunt cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes*", excluyendo de este grupo a los hermanos o *consanguinei*, puesto que no son descendientes, tal como indica PS 4, 8, 17, por lo que la inclusión ahora de los hermanos entre los agnados se entiende que obra de la interpretación jurisprudencial: PS 4, 8, 3. Interpreta Álvaro d'Ors que hubo en el siglo IV una contaminación entre la postergación de los cognados, parientes *per feminam*, y la incapacidad de heredar *ab intestato* de las mujeres por encima del segundo grado colateral, de modo que ya en el siglo V, las mujeres quedaban excluidas de la sucesión *ab intestato* de los parientes colaterales, más allá de la hermana. *El Código de Eurico*. Edición, palingenesia, índices por Álvaro D'Ors..., op. cit., pp. 250-252.

Este régimen es el que encontraron los visigodos como derecho vigente, y Eurico colocó a las mujeres, y parientes *per feminam*, en una situación menos indigna. La LV aparece con un régimen sucesorio continuador del sistema de llamadas según un orden más próximo a Justiniano, sin ocuparse de los problemas afrontados por Eurico, cuyas leyes giran en torno a la posición sucesoria de la mujer y de los parientes por línea femenina, en el título *de successioneibus*, a partir de CE 332⁹⁷.

Más recientemente, Remedios Morán⁹⁸ ha insistido que, entre los visigodos y en materia sucesoria, por influencia del derecho germánico, a la mujer se le impide la herencia de bienes inmuebles: CE cap. 320, prohibición derogada posiblemente por Leovigildo en el *Codex Revisus*, de manera que en materia sucesoria fue desapareciendo la desigualdad hombre-mujer, equiparándose en época de Chindasvinto: *Liber Iud.* 4, 2, 1; 5, 9-10⁹⁹.

⁹⁷ En el CE se admite la capacidad sucesoria de la mujer, pero se le inhabilita para disponer de los bienes inmuebles en beneficio de sus herederos legítimos, a los cuales se reserva la propiedad, lo que implica que adquiere el usufructo de los mismos, ante un posible heredero varón. Así se establece en CE 320 para las hijas que concurren con sus hermanos, y se extiende a los bienes para la uxor que concurre con sus hijos en la herencia de su marido, CE 322, Interpreta d'Ors que este régimen legal más que imponer una limitación a la capacidad hereditaria de la mujer, es un sustitutivo de la desaparecida *auctoritas tutoris*, ya que sin consentimiento de los parientes varones no podía disponer de los inmuebles, porque tenían estos una como nuda propiedad sobre los inmuebles. Además, la mujer tiene otra limitación en la capacidad sucesoria, cuando los cónyuges concurren juntos a la herencia de los ascendientes, porque no heredan partes distintas, sino una sola, que hereda el marido, en CE 336, *pater aut mater*, por lo que la abuela materna solamente concurre con el abuelo paterno si no vive su marido. *El Código de Eurico*. Edición, palingenesis, índices por Álvaro D'Ors..., op. cit., pp. 252-253.

⁹⁸ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 83.

⁹⁹ Esta igualdad contrasta con el régimen aplicable más tardíamente en algunos territorios hispanos, a tenor de las *Costums de Tortosa*, 4, 9, 12, respecto de la

Si examinamos los preceptos del *Liber Iudiciorum*¹⁰⁰, y su traducción castellana bajo medieval, intitulada *Fuero Juzgo*, podemos verificar que en el primero de los cuerpos legales visigodos citados, *Fori iudicum* IV, 2, 2, se dispone: “*Quod in haereditatis successione filii primi sunt*”:

In haereditate illius, qui moritur, si intestatus discesserit, filii primi sunt: si filii desunt, nepotibus debetur haereditas: si nec nepotes fuerint, pronepotes ad haereditatem vocantur: si vero qui moritur nec filios, nec nepotes, seu patrem, vel matrem relinquit, tunc avus, aut avia haereditatem sibimet vindicabit.

En *Fori Iudicum* IV, 2, 9, del rey Chindasvinto se proclama abiertamente el derecho de la hija a recibir la herencia paterna y materna sin discriminación alguna frente a los hijos varones:

Flavius Cindasvintus rex. Quod in omnem haereditatem femina accipi debeat

Femina ad haereditatem patris aut matris, avorum vel aviarum, tam paternorum quam maternorum, et ad haereditatem fratrum vel sororum, sive ad has haereditates, quae a patruo vel a filio patru, fratris etiam filio vel sororis relinquuntur, aequaliter cum fratribus veniat. Nam iustum omnino est, ut quos propinquitas naturae consociat, haereditariae successionis ordo non dividat.

protección del *nasciturus*, diferencia entre varón o hembra, ya que se asigna distinta cuantía en razón del sexo. En Castilla, desde el nacimiento, se discrimina a la mujer respecto a los varones en el caso de partos múltiples: Partida 7, 33, 12. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 375: si nacen niño y niña, y se duda cual fue primero, hay presunción a favor del hijo que toma los derechos de primogénito; en cambio, si son dos varones o dos hembras y hay duda, se supone nacidos simultáneamente. Con el avance de la Recepción y la naturaleza de los hijos, se consolida la discriminación de los ilegítimos frente a los legítimos, que son los que tienen plena capacidad en materia sucesoria.

¹⁰⁰ FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, pp. 50-52 y 59-60.

El precepto siguiente, del mismo cuerpo legal visigodo, insiste en el derecho de la hija en la herencia materna, conforme a la proximidad de grado, junto a los varones, en régimen de completa igualdad¹⁰¹, mientras que en *Fori Iudicum* IV, 5, 4¹⁰², a propósito de los hijos nacidos de diversos progenitores, concurrirán las hijas con los hermanos respecto del mismo padre¹⁰³.

¹⁰¹ FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 51. *Fori Iudicum* IV. 2. 10. “*Item ut in omnem haereditatem femina accipi debeat, et quod qui gradu alterum praecedit, ille successionem vicinior capiat. Has haereditates, quae a materno genere venientibus, sive avunculis, sive consobrinis, seu materteris relinquuntur, etiam feminae cum illis, qui in uno propinquitatis gradu aequales sunt, aequaliter partiantur. Nam omnem haereditatem, qui gradu alterum praecedit, obtineat*”.

¹⁰² FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, pp. 59-60: *Fori Iudicum*, IV, 5, 4. “*Flavius Chindasvindus Rex. De filiis ex diversis parentibus natis, et qua discretione parentum adsequantur haereditatem ...Si ex uno patre, et diversis matribus filii nati fuerint, facultatem, quae de patre venerit, illi tantum inter se erunt aequaliter divisuri, qui ex uno patre fuerint procreati. Similiter et si de una matre, et de diversis patribus filii nati fuerint, id praecipimus observari. Nam et si una mulier de plurimis maritis filios habeat...*”.

¹⁰³ FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 67: IV. 2. 1. Que las ermanas deven venir egualmientre con los ermanos a la buena del padre. Si el padre o la madre mueren sin fabla, las ermanas deven aver egualmientre la buena del padre con los hermanos. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 67: IV. 2. 2. Que los fijos deven eredar primeramientre en la buena del padre. En la heredad del padre vienen los fijos primeramientre. E si non oviere fijos, devenlo aver los nietos; é ei non oviere nietos, devenlo aver los bienietos. E si non oviere fijos, ni nietos, ni padre, ni madre, dévenlo aver los avuelos. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 68. IV.2.9. Que la muier puede aver parte en toda heredad. La muier debe venir egualmientre con sus ermanos a la buena del padre, e de la madre, e de los avuelos, e de las abuelas de parte del padre e de parte de la matre; e otrosi a la buena de los hermanos e de las ermanas. E otrosi debe venir a la buena de los tios, e de las tias, e de sus fijos Ca derecho es que aquellos que natura fizo igualmente parientes, egualmientre vengán a la buena. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 68. IV.2.10. Que la mugier puede heredar, e aquel que fuere en grado mas propinquo debe aver la heredad. Las heredades de parte de la madre, e de os tios, e de las tias, e de sus fijos, las muieres deven partir igualmente con aquellos que son tan propinquos cuemo ellas. Ca toda heredad deven aver aquellos que son en mas propinquo grado. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 68. IV.5.4. De los fijos que non son dun padre... Si son dun padre e non duna madre, la buena del padre deven

Besta insiste que¹⁰⁴, en el *Breviario de Alarico*, la hermana germana y la consanguínea concurrían con el hermano, nacido del mismo padre, mientras se postergaba a la hermana uterina. Si se pone en relación con la normativa de Justiniano, el derecho justiniano distinguió entre hermanos bilaterales o unilaterales, concurriendo los primeros con los ascendientes, mientras que los segundos venían después, tanto si eran uterinos como consanguíneos.

Examinando los capítulos de la LRV y la *interpretatio*¹⁰⁵, observamos que en C. Th. 5, 1, 3, la *interpretatio*, afirma que si la hija emancipada muere intestada, y deja sobrevivientes al padre, la madre e hijos, excluidos el padre y la madre, "*filiis soli in eius hereditate succedunt*", que es una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio, mientras que C. Th. 5, 1, 4. Constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, dispone, conforme a la *interpretatio*: si alguien muere intestado, dejando supérstites hijos e hijas, o nietos de la hija fallecida, los hijos suceden en su porción; los nietos de la hija pierden una tercera parte de porción en la herencia de la madre...", con lo cual los descendientes no reciben la misma porción de la herencia, lo que se reitera en C. Th. 5, 1, 5, de Arcadio y Honorio, respecto de la herencia de los nietos de una hija en la sucesión de sus abuelos. A tenor de C. Th. 5, 1, 6, de Honorio y Teodosio, la

aver los filios que son dun padre. E otrosi los filios que son duna madre e non dun padre, deven aver la buena de la madre..."

¹⁰⁴ BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, op. cit., pp. 93-95.

¹⁰⁵ AA.VV., *Le Bréviaire d'Alaric. Aux origines du Code civil*, dir. M. Rouche et Bruno Dumézil, París, PUPS, 2009. P. 317: La *expositio* del libro V sustituye a los doce títulos del Breviario en cinco secciones o *capitula*: el primer grupo esencial del título 1 se intitula *De legitimis heredibus*: LRV C. Th. 5, 1 3-8. HÄNEL, Gustav F., *Lex romana visigothorum*, reimpr. de la ed. de Leipzig, Teubner, 1849, Pamplona, Analecta, 2006, pp. 136-141.

emancipación del padre o de la madre no afecta a la sucesión de los nietos en los bienes de la abuela, pero pierden una tercera parte de dicho patrimonio, merma que contemplamos para el hijo adoptivo en la constitución C. Th. 5, 1, 7 de Teodosio y Valentiniano¹⁰⁶.

Remedios Moran¹⁰⁷ interpreta que la sucesión visigoda se fundamenta en tres fuentes: romana, germánica y canónica, y uno de sus principios rectores es: en la sucesión intestada, la herencia va a los parientes más próximos, según el orden de descendientes, ascendientes y colaterales hasta el séptimo grado, pero no hay igualdad de trato en todos los llamados.

b) *Los burgundios*

La *Lex romana burgundiorum* promulga diversas normas que se aplican en la sucesión intestada. En ellas se muestra la vigencia del Derecho clásico romano, pero también las del Código Teodosiano, con remisión directa a este cuerpo legal posclásico.

Basta recordar la regla del título X, 1: “conforme a la disposición de Gayo, si no hay testamento, los hijos suceden al padre o a la madre con igual derecho”, previendo el derecho de representación a favor de nietos y nietas, en la segunda parte del precepto.

En X, 2 está prevista la merma adquisitiva para los descendientes de la hija que son llamados a la herencia: “Si muriese una hija, viviendo los padres, pierdan sus hijos un tercio de la porción de la madre, y

¹⁰⁶ Estos mismos emperadores promulgan otra constitución, recogida en C. Th. 5, 1, 8, cuya *interpretatio* es muy simple: La madre con *ius liberorum*, muerto el hijo o la hija, y dejando otras hijas supérstites, pero ningún hijo, se reparte la herencia con las hijas, pero para ella será la mitad y la otra mitad se divide entre todas las hijas, con independencia de su número.

¹⁰⁷ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I. Parte teórica, Madrid, Universitas-UNED, 2002, p. 390.

sucedan doblemente en la porción materna. El otro tercio es para los tíos, hermanos o hermanas de la madre, según la ley del Teodosiano libro V...

En esta misma orientación, la regla X, 9 da prioridad a los agnados sobre los cognados, que fue una de las supresiones realizadas por Justiniano. En dicha norma se declara que los agnados, aunque sean de grado menor, se anteponen a los cognados más próximos. Y especifica: agnados son los que provienen de sexo viril, y cognados los que provienen por vía femenina.

Por último, en XXXVI,4, se dispone que si la madre no pide un tutor para el hijo dentro del año, pase o no a segundas nupcias, pierde la sucesión del hijo que muera en la pubertad, y dicha herencia es adquirida por los agnados.

c) *Longobardos*

El derecho germánico, en general, postergó a las mujeres frente a los varones. El derecho longobardo partió de la falta de igualdad de la mujer frente al varón. Las mujeres fueron discriminadas respecto de los varones del grupo familiar más restringido, es decir, frente a los hermanos y a los nietos, sucediendo solo si estos ya no existían. En la propia casa tuvieron solo el derecho a los alimentos, si quedaban en la misma y no se marchaban por matrimonio. No obstante, concurrían con los varones de grado posterior, es decir, con los nietos *ex fratre*. Será suficiente dar a conocer algunas disposiciones principales de su normativa, comenzando por el Edicto de Rotario, n.º 154¹⁰⁸:

¹⁰⁸ *De filiis, legitimus et naturalis*. De los hijos legítimos y naturales.

Si alguno deja un hijo legítimo, es decir, un fulboran, y uno o varios hijos naturales, el hijo legítimo obtenga dos tercios del patrimonio del padre y el natural un tercio. Si los legítimos son dos los naturales tengan un quinto, independientemente de cuántos sean; si los legítimos son tres, los naturales obtengan un séptimo; si los legítimos son cuatro, los naturales tengan un noveno; si los legítimos son cinco, los naturales reciben una undécima parte; si los legítimos son seis, los naturales una décimo tercera parte; si los legítimos son siete, los naturales ganan una décimo quinta parte; si son más, se dividan el patrimonio del padre conforme a tal proporción¹⁰⁹.

Por su parte en el n° 155, bajo el título *Nulli sit licentia*, dispone:

A nadie le está permitido dar al propio hijo natural igual o semejante al propio hijo legítimo, a no ser que los hijos legítimos, una vez llegados a la edad legal, den el propio consentimiento al padre¹¹⁰.

Atendiendo al objetivo de nuestro estudio, tienen mayor interés las reglas jurídicas de Rotario que se refieren a las hijas legítimas, en las que se constata la discriminación que sufrían respecto de los varones:

N° 158. Si alguno deja una hija legítima, y uno o varios hijos naturales y otros parientes próximos o herederos, estos se dividan los bienes del difunto en partes iguales, es decir, en tres partes: la hija legítima reciba cuatro onzas, los hijos naturales cuatro onzas, es decir un tercio, y los parientes próximos o herederos cuatro onzas o una tercera parte. Si no hay parientes próximos, entonces adquiera las cuatro onzas la corte del Rey.

¹⁰⁹ AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germánico*, Milano, La Storia, 1992, pp. 42-43.

¹¹⁰ La edad legal son los doce años cumplidos.

N 159. Si alguno deja dos o más hijas legítimas y uno o más hijos naturales y otros parientes próximos, las hijas adquieren seis onzas, es decir, la mitad; los hijos naturales cuatro onzas, o sea, un tercio, y los parientes legítimos dos onzas, esto es, un sexto. Si no hay parientes, la corte del Rey perciba las dos onzas.

Nº 160: Si alguno deja una o varias hijas legítimas, y una o más hermanas legítimas, y también uno o más hijos naturales, las hijas y las hermanas reciban seis onzas, es decir, la mitad que dividirán entre ellos a partes iguales los hijos naturales cuatro onzas, esto es un tercio, y los parientes legítimos o la corte del Rey en su caso a falta de parientes legítimos, dos onzas, es decir un sexto...¹¹¹.

Este posicionamiento de postergación de las mujeres en el Edicto de Rotario, respecto de los agnados, sufrió una reforma con Liutprando, en cuya regulación de las leyes añadidas, fueron preferidas a los agnados, como ya observó Enrico Besta¹¹². Recordaremos algunos de sus preceptos que indican la vigencia de este régimen legal:

¹¹¹ Edicto de Rotario nº 171, (AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp.48-499): si alguno por enfermedad física o edad avanzada no tiene hijos y cree que no los va a tener, puede hacer donación de los bienes, pero si nacen después hijos legítimos queda anulada la donación y heredan estos al padre en calidad de herederos. "Si después de hecha la donación, nace una o más hijas legítimas, o bien uno o varios hijos naturales, tengan sus propios derechos, tal como se ha expresado anteriormente, y quede nula la donación". Edicto de Rotario, nº 181, (AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 60-61): *De nuptiis*. Si un padre da en esposa a otro su propia hija o un hermano a la hermana legítima, ella quede contenta con los bienes que ha recibido del padre o de la madre o del hermano el día en el que fue dada como mujer y no reclame nada. Nº 225, pp. 64-65: si un liberto deja hijas, tengan su derecho.

¹¹² BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961, p. 61: La equiparación entre varones y hembra parece que se conserva en la *Summa Perusina*: en ella se encuentra afirmada la equiparación entre macho y hembra, y responde a la paridad de cuotas: C. 20 1, 16.

*De successione filiarum*¹¹³: n° 1: “Si un longobardo muere sin hijos varones legítimos, pero deja hijas, estas le sucedan como herederas en toda la herencia de su padre y de su madre, como si fuesen hijos legítimos varones”; n°, 2: Si un longobardo durante su vida casa a algunas hijas y deja otras en su casa aptas para casarse, todas sucedan con igual derecho como herederas de su patrimonio, como hijos varones”. N°, 4: “Si un longobardo deja en casa hermanas e hijas aptas para casarse, estas han de suceder en partes iguales y con el mismo derecho en su herencia, igual que si hubiera dejado hijos legítimos”. Leyes del año quinto, n°. 14¹¹⁴: “si las hermanas permanecen en casa del padre, o se casan, sucedan en ambos casos a su padre y a su madre en todo su patrimonio, como está dispuesto precedentemente...” y n° 145¹¹⁵: Recordamos, como hemos dicho precedentemente, que si alguno muere y deja una o varias hijas, o una o varias hermanas aptas para casar, las hermanas y las hijas deven sucederle en partes iguales y con igual derecho; y si fallece una de las hermanas núbiles, la hermana que queda suceda de igual modo a la hermana....

El expositor del edicto, según Besta¹¹⁶, proporcionaba los criterios para la aplicación de las leyes sucesorias longobardas. Las *quaestiones et monita* llamaban a suceder: a) en primer lugar a los hijos; b) los padres; c) los hermanos y hermanas bilaterales y unilaterales; d) las hermanas del padre o de la madre; e) al agnado más próximo con exclusión de las demás mujeres. El famoso

¹¹³ Liutgrando, en AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 128-131.

¹¹⁴ AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 134-135.

¹¹⁵ AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 204-206.

¹¹⁶ BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano...*, op. cit., p. 54.

capítulo 11 de Liutprando dispuso que los notarios *quoad hereditatem* deberían *secundum legem longobardam scribere*. Enrique II, el año 1019, introdujo una gran novedad, atribuyendo al marido un derecho hereditario sobre los bienes de la mujer con preferencia a todos, excepto a los hijos¹¹⁷.

4. **Recepción del Derecho justiniano en la Baja Edad Media**

La opinión tradicional, recordada por Calasso¹¹⁸, define el Derecho común como el Derecho romano adaptado a las nuevas condiciones de vida. Sin embargo, en la revisión crítica de este enfoque se parte del hecho, según el cual *ius commune* es siempre y solamente el derecho contenido en la compilación justiniana, la *lex scripta in corpore iuris*, como reguladora suprema de todos los negocios y relaciones temporales, pero al cual confluyen otros elementos ideales, es decir, otras fuerzas históricas, y su elaboración dogmática, lo que permite expresar que hay una modernización del Derecho romano, convirtiéndolo en el *unum ius* del Imperio, otorgándole de nuevo una universalidad juntamente con la individualidad que era propia de aquel ordenamiento.

Respecto de la sucesión intestada, el autor de la *Summa Codicis trecentis*, mirando al régimen justiniano, proclamó la falta de toda diferencia entre varones y hembras, pero los estatutos municipales mantuvieron las costumbres, que eran divergentes. El principal

¹¹⁷ Este estudioso italiano insiste en afirmar que en el derecho longobardo, Enrique II quiso que no solo entre los romanos sino también entre sus súbditos, el marido sucediese a la mujer en todos sus bienes, procedieran de cualquier fuente, si no tenían hijos, con preferencia al resto de posibles herederos. BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, op. cit., p.105.

¹¹⁸ CALASSO, Francesco, "Il problema storico del diritto comune", en *Studi di Storia e diritto in onore di Enrico Besta*, per il XL anno del suo insegnamento, vol. II, Milano, A. Giuffrè, 1939, pp.463-513.

derecho de la mujer, en el régimen estatutario italiano, consistió en ser alimentada o dotada. La exclusión de las mujeres *propter masculos* fue presentada por los romanistas como una *consuetudo Lombardie*¹¹⁹. En realidad vigía, como ya observaba Alberico de Rosciate, *in tota fere Italia*: en Véneto, Piamonte, Liguria, Emilia, Romagna, Toscana, Umbría y las Marcas¹²⁰.

Los glosadores acogieron las clases de sucesibles que impuso Justiniano, y las resumieron en los famosos versos¹²¹:

*Descendens omnis succedit in ordine primo:
Ascendens prior geramus filius eius
Tunc latere ex uno frater quoque filius eius
(hi cuncti in stirpe succedunt: in capita autem)
Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola
Cognatusque heres quem continet ultima classis,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.*

La sucesión de los hijos nunca fue discutida, porque como enseñaba *Lo Codi*: “*naturalis ratio vult quod pater et mater (et avus vel avia) quando moriuntur dimittant avere suum et possessiones filiis suis*”¹²². Respecto de la sucesión de los descendientes legítimos, en origen rigió el

¹¹⁹ Alberto da Gandino la consideraba ya como tal.

¹²⁰ Así lo reconocen, según Calasso, los estudiosos más relevantes, como Bruni, Nata, Campeggio y Palazzi

¹²¹ BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961, pp. 61-62.

¹²² *Lo Codi* VI, 57: “*Filii et filiae et nepotes ex his, qui sunt in potestate patris vela vi cum moriuntur sunt patri et avo sui heredes et necessarii... 58. Filii dicuntur heredes necessarii et filie, quis si filii sunt in potestate patris cum moritur, statim quando patermortuus est ipsi sunt heredes omnibus modis, sive velint sive non...*”. *Lo Codi, in der Lateinischen übersetzung des Ricardus Pisanus*. Herausgegeben von Hermann Fitting, Aalen, Scientia verlag, 1968, pp. 214-215. Cf. *Lo Codi en castellano, según los mss. 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional. Edición y estudio preliminar de Juan A. Arias Bonet*, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 305-306: VI,59-60.

principio de igualdad. Sin embargo, pronto surgieron causas para que hubiera diferencias entre ellos, como fueron el sexo y el orden del nacimiento, el tipo de unión en que habían nacido, y la sujeción o no a la patria potestad. En la *Summa perusina*, de finales del siglo XI o principios del XII, se dispone en 10, 1, 16, que estando en el mismo grado de parentesco, varones y hembras, heredan en paridad de cuotas.

Irnerio, en su *Summa*, 39, 1¹²³, comienza por significar el cambio operado en el Derecho romano respecto de la sucesión intestada a través de las nuevas constituciones de Justiniano, al que no cita, para defender en el n° 3:

Primo loco liberi admittuntur omni differentia sublata tam sexus quam potestatis patriae. Item cuiuscumque gradus sint vocantur et omnibus... si persona que precedebat de medio sublata est, filii et nepotes eius in stirpes admittuntur sine omni delectu et sine omni diminutione, sive ex masculino sive ex feminino genere sunt...

La equiparación entre sexos, que impera en el derecho justiniano, llegó con las novedades introducidas por la Novela 118 del emperador bizantino. Con referencia al sexo, no se puede hablar de discriminación en la sucesión del hijo o de la hija, pero sí en la del padre y de la madre. La igualdad que impone Justiniano fue la excepción: la regla, incluso en los pueblos romanos, era la diferencia, acentuada en las leyes germánicas, y particularmente en el derecho longobardo, que trató a las hijas como si fueran un grado detrás

¹²³ *Summa Codicis des Irnerius, mit einer Einteilung*. Herausgegeben von Hermann Fitting, Berlin, J. Guttentad, 1894, p. 208.

respecto de los hermanos varones. La hija no fue llamada a suceder más que faltando los hijos varones, e incluso faltando los nietos¹²⁴.

El *privilegium masculinitatis* se hizo más relevante a partir del siglo XI, porque entonces la mujer era excluida, según el derecho longobardo, solamente por los varones de igual grado, lo que se agravó a finales de esa centuria, ya que incluso le preferían los tíos, hermanos del *decuius*, y en general los agnados del cuarto y quinto grado. De este modo, eran llamadas a la sucesión con los nietos, con los ascendientes paternos femeninos, y con otros parientes colaterales.

En los territorios donde la sucesión femenina fue admitida en paridad de grado con los varones, como en Grecia¹²⁵, se asignó a las hijas una cuota inferior de la que recibían los hijos, llegando incluso a la mitad, pero en ocasiones dependía del número de hijos. Si los

¹²⁴ La sucesión de la mujer tenía lugar cuando faltaban los varones, que eran *caput et finis familiae*.

¹²⁵ Según Beauchet (BEAUCHET, Ludovic, *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, t. III. *Le droit de propriété*, Amsterdam, RODOPI, 1969, pp. 445-457), el primer rango de herederos corresponde a los descendientes, si bien es la naturaleza más que la ley la que hace esa llamada a la sucesión del difunto, y este es un principio común a todo el derecho griego. Además, los descendiente llamados en primer lugar comprende no solamente los hijos legítimos nacidos del matrimonio del difunto, sino también los adoptivos, ya que el adoptado adquiriría todos los derechos de los hijos legítimos. Los hijos legítimos suceden sin distinción de los vínculos conyugales, de modo que los del primer matrimonio tuvieran mayores derechos que los del segundo. Si el difunto dejó hijos e hijas, en criterio de este autor, los hijos heredan pero no las hijas y este esquema se aplica en Atenas, así como en general en el derecho ático. En otros lugares, las hijas heredaban muy probablemente con los hijos, admitiendo la igualdad de hijos e hijas en muchas ciudades helenísticas, por influjo de los pueblos vecinos, sin que estuviera vigente el privilegio de masculinidad. (Ibid., pp. 457-465).

hermanos eran más de dos, todo varón debía recibir, en cualquier caso, el doble de las mujeres¹²⁶.

Respecto de la sucesión intestada, Lalinde¹²⁷ reconoce como principio general que los descendientes disfrutaban de condición preferente, sin distinción de épocas, lo que es normal donde impera el Derecho común, aplicándose en Valencia, desde principios del siglo XV, el derecho de representación de los descendientes de segundo grado por fallecimiento de su progenitor. Entre los descendientes hay discriminación “en base a la relación agnaticia, en

¹²⁶ La filiación física es la relación natural que se establece entre la pareja humana y los frutos de su unión sexual. Frente al Derecho, ocupa lugar preferente la que éste considera aparecida de conformidad con sus prescripciones o “filiación legítima”, es decir, del matrimonio¹²⁶. Los hijos naturales, definidos por las Leyes de Toro, como los que al tiempo de nacer o ser concebidos, los padres podían casarse sin dispensa, en la codificación se reduce al tiempo de la concepción, y pueden ser nacidos de barragana o bastardos, en terminología de las Leyes de Toro, admitiendo la legitimación. El resto de hijos ilegítimos no permiten la legitimación, y hay hostilidad general, mayor a causa de la concepción cristiana del matrimonio. A los hijos ilegítimos se les priva de derechos hereditarios, lo que hace el Derecho navarro-aragonés respecto de los adulterinos, aunque se permite dejarles algo, pero sin reclamar, a favor de los concubinarios. A los adulterinos, el Derecho romano les priva del derecho de alimentos, lo que otorga el Derecho canónico desde Clemente III, y se les concede con dudas en el Derecho castellano. Son los incestuosos, nacidos entre parientes colaterales; nefarios, nacidos de uniones entre ascendientes y descendientes; adulterinos, nacidos de adulterio; notos, nacidos de adulterio, aunque vivan en casa del marido agraviado; espúreos, nacidos esporádicamente, como los de barraganas que no viven en casa del señor y se entregan a otros hombres; los mánceres, que son los hijos de prostitutas, y se consideran hijos de pecado infernal. No entra en nuestro estudio el régimen sucesorio de los hijos ilegítimos, porque ya fue objeto de estudio muy minucioso, a través de la Recepción, desde Roma hasta la Edad Moderna, en la monografía GARCÍA FUEYO, Beatriz, *Recepción de las instituciones romanas en la biografía de Alonso Antonio de San Martín, hijo de Felipe IV*, Santiago de Compostela, Andavira, editora, 2015, 1147 pp., siendo complemento de la misma, con igual autora, la intitulada *Alonso Antonio de San Martín, obispo de Oviedo y Cuenca e hijo de Felipe IV*, Oviedo, Universidad, 2012, 512 pp.

¹²⁷ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español...*, op. cit., pp. 836-838.

el Derecho romano¹²⁸, pero también existió en época posclásica por el sexo y la legitimidad.

En cuanto al sexo, este historiador del Derecho español¹²⁹ entiende que al perder importancia la relación agnaticia por la cognaticia, la mujer “camina hacia su equiparación con el hombre”, mientras en derecho visigodo antiguo afecta a los descendientes de primero y segundo grado, lo que no ocurre en Roma, que solamente afecta a estos últimos¹³⁰.

La discriminación por sexo entre los descendientes de segundo grado aparece en el Código Teodosiano C. Th. 5, 1, 4 como privilegio de masculinidad, porque nietos y nietas, hijos de una hija, *ex filia*, pierden una tercera parte de la porción que correspondería a su madre, a favor de los tíos o hermanos de la madre fallecida (*avunculi*), o con los hijos de aquellos (*nepotes ex filio del causante*), y

¹²⁸ La discriminación aparece en las XII Tablas porque son llamados como herederos sui solamente los descendientes bajo potestas en el momento de la muerte. Esta discriminación se atenúa con el pretor, al sustituir a los sui por los *liberi*, aunque obligándoles a colacionar. Progresivamente se cambia de la familia agnaticia a la cognaticia, de manera que en época posclásica se tiene la condición de *suus* aunque viva el abuelo. La mujer en derecho republicano y clásico no hereda a su paterfamilias si el matrimonio es *cum manu*, y no transmite la herencia a sus descendientes hasta el SC Orficiano, del año 178 d. C.

¹²⁹ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español...*, op. cit., p. 837.

¹³⁰ La discriminación por sexo de los descendientes de primer grado aparece en el Código de Eurico, equiparando en principio a las hermanas con los hermanos, pero con algunas variaciones: a) pérdida de la porción en las hermanas que se casan después del fallecimiento de los padres, sin el permiso del grupo parental, o que se hacen religiosas en las mismas condiciones, y b) sustracción de la facultad de disponer sobre las tierras a las hermanas solteras y religiosas con el consentimiento familiar, que deben reservarlas a sus herederos, sin perjuicio de disfrutarlas. Reducido el poder de la familia, y disminuido el valor de la tierra, Leovigildo suprime las diferencias entre hermanos y hermanas, que reafirma, como hemos indicado anteriormente, Chindasvinto.

una cuarta parte si concurren solo con hermanos y hermanas del difunto-causante, es decir, tías y tíos abuelos, u otros agnados del *decius*, como los *patru*¹³¹.

Desde las constituciones imperiales del Bajo Imperio romano, según observa Besta¹³², se aplica la tendencia vulgar a postergar a la mujer respecto al varón, especialmente si fuera dotada (C. 6, 58, 1, 3), aunque, como hemos reiterado, la equiparación no se produjo hasta Justiniano. Dicha *aequatio* está reafirmada en la *Summa perusina*, y se reafirma la *aequa divisio* entre hermanos y hermanas en la *Lex Romana Rhaetica Curiensis*: IV, 4, 2, aunque, en criterio de Besta, hay duda que se llevara a la práctica, salvo en Cerdeña. En otras regiones se afirmó con carácter general el *favor masculinitatis*, de modo que la equiparación pudo producirse en algunos lugares por influjo del mundo germánico¹³³.

En el medievo, el *favor masculinitatis* llevó a distinguir entre *nati ex femina* y *nati ex masculo*, dando preferencia a estos sobre aquellos. La diferencia entre las dos líneas desaparece con la Revolución francesa, que divide el as hereditario en dos partes, una paterna y

¹³¹ Eurico confirma la solución en el primer caso, y elimina la del segundo, solución que prevalece hasta el *Liber Iudiciorum*, en que desaparece totalmente la discriminación por el sexo.

¹³² BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, op. cit., p. 94-95.

¹³³ En el derecho longobardo, frente a los hermanos, las hermanas tuvieron solo derecho al faderfio: las hermanas fueron además herederas de sus hermanas, a tenor del *De ordine successionis ab intestato secundum ius longobardum* &6, y las *Quaestiones et monita* &61, aunque algunos longobardistas no dan crédito a este planteamiento. Desde Liutprando, las hermanas casadas, salvo la carga de la colación, fueron llamadas a dividir *pariter atque aequaliter* la herencia de la hermana premuerta. Concurrían con las hijas del *decius*. Astolfo llama incluso a concurrir con ellas a las tías.

otra materna, y no hay trasvase de una línea a otra más que si se había agotado.

Ya hemos referido cómo el cristianismo influyó decisivamente en la equiparación de los sexos en el derecho de la sucesión intestada de manera eficaz, y triunfó plenamente en la legislación justiniana¹³⁴, pero en las regiones italianas en las que no se asentó el derecho de Justiniano, el predominio del viejo derecho quedó vigente¹³⁵.

Actualmente, es una *communis opinio*, que la Recepción del Derecho común, con el influjo de elementos de Derecho canónico, romano y germánico¹³⁶, por este orden, hace que prospere la tendencia a defender intereses particulares de acumulación patrimonial, no solamente en lo relativo a adquisición y conservación de bienes inmuebles, sino también lucros que se obtienen de la actividad creciente derivada del comercio. Entre los principios fundamentales de este período se encuentra la aplicación de vinculaciones del patrimonio, como el mayorazgo en Castilla, y la pervivencia de la comunidad patrimonial en el resto de territorios españoles, pero no hay diferencia en el llamamiento entre hijos legítimos y legitimados¹³⁷.

¹³⁴ BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano...*, op. cit., pp. 61-62.

¹³⁵ En el Paulo visigótico se afirma que regularmente las mujeres no pueden suceder con los varones de igual grado; solamente *deficientibus agnatis* suceden *cum viris qui equalis gradus sunt*. Y lo mismo se expresa en el Gayo visigótico y en la *Lex Romana Burgundiorum*: X, 9; 36, 4; 37, 2. La *Lex Romana Curiensis* dirá además: *hereditas ad feminas venire non potest*. Pero no aclara si esto tiene lugar solamente cuando hay agnados de igual grado, o incluso cuando existan agnados de cualquier grado.

¹³⁶ Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 392.

¹³⁷ Por influjo del Derecho canónico se restringen los derechos hereditarios de los hijos naturales y de los ilegítimos. Por otra parte, en el derecho sucesorio medieval priman como principios generales la indivisión del patrimonio y la

Al exponer los perfiles generados por un Derecho romano renacido y recreado, Pérez Prendes¹³⁸ no deja de colocar en lugar destacado la sucesión intestada, en la que enuncia como características más relevantes la igualdad de sexos y la eliminación del vínculo de agnación por la cognación, equiparando a los hijos legítimos con los adoptivos en base a la *imitatio naturae*. Además, haciéndose eco de la normativa de Alfonso X¹³⁹, en *Las Siete Partidas*, recuerda que la regla de prelación u orden de llamadas a la sucesión legítima fue: hijos, ascendientes, colaterales, cónyuge supérstite y fisco público, porque este sería el orden presumible en la voluntad del legislador y el que debe coactivamente establecer la ley, que es la que otorga su título al heredero, y no el difunto.

En Decretales X 3, 26¹⁴⁰, se trata de la sucesión *ab intestato* después de la sucesión mediante testamento, conforme al título 27 del mismo

igualdad de los hijos en la herencia. Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 397. Para el alemán Coing (COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 75), y por lo que se refiere al *Ius Commune*, tres hechos fueron decisivos para la evolución del derecho de sucesión intestada: la interpretación de las fuentes que era especialmente difícil, porque la nueva regulación de Justiniano dejó abiertas muchas cuestiones, en particular la relación con las vigentes hasta entonces. El sistema de la sucesión especial en determinados bienes vinculados, como feudos y mayorazgos, desplazó la ordenación del *Corpus Iuris*. Por último, el Derecho común casi en ningún lugar estuvo vigente ilimitadamente, porque fue excluido o cambiado en regulaciones territoriales tanto del derecho estatutario como del consuetudinario. Ibid., p. 759: la representación por estirpes se aplica a la primera clase de herederos, es decir, a los descendientes, y en los colaterales respecto de los hijos del hermano premuerto, pero no se aplica a los ascendientes.

¹³⁸ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, op. cit., pp. 109-110.

¹³⁹ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Historia del Derecho español*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 2004, pp 1719 y ss. Recepción del Derecho común, II, Derecho privado. Las llamadas, pp. 1726-1728.

¹⁴⁰ Título: "*De testamentis et ultimis voluntatibus*".

libro¹⁴¹, “porque a menudo los hombres fallecen *ab intestato* y pudiera dudarse acerca de la sucesión”. Como observa Bussi¹⁴², ello no indica más que el reconocimiento al individuo y a su última voluntad, también proclamado en el Derecho canónico, porque lo normal u ordinario es la sucesión mediante testamento, y la llamada legítima o intestada representa una excepción, por lo que a esta no se acude más que en defecto de la primera, siguiendo el planteamiento de las XII Tablas, y acorde con la doctrina de Bártolo de Sassoferrato¹⁴³: “*Successio ab intestato cessat donec potest habere locum successio ex testamento*”, lo que ocurre en cuatro supuestos: a) el testamento es nulo; b) el testamento es inválido o hecho *non iure*; c) el testamento se ha roto, porque ha nacido un heredero necesario después de su confección; d) el heredero no puede aceptar la herencia¹⁴⁴.

¹⁴¹ “*De successionibus ab intestato*”.

¹⁴² BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, rist. anast., Padova, Antonio Milani, 1971, pp. 125 y ss.

¹⁴³ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Tractatus de successionibus ab intestato, en Consilia, quaestiones et tractatus*, Venetiis 1590, fol. 157, n. 28. En el mismo sentido, cf. SUSA, Enrico da, *Summa aurea*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1568, parte III, *De successionibus ab intestato*, n. 1,

¹⁴⁴ Vid. DINO DA MUGELLO, *De successionibus ab intestato*, en *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum caesarei iurisfacultate iurisconsultorum*, Venetiis 1584, vol. VIII, parte I, fol. 138r y ss. CINO DA PISTOIA, *De successionibus ab intestato*, fol. 319. MATTESILANO, Matteo, *De successionibus ab intestato*, Bologna, Ugo Rugerius, 1489, fol. 321r; ROLANDINO DEI PASSEGERI, *De successionibus ab intestato*, fol. 355r; COVARRUBIAS, Diego de, *De successionibus ab intestato*, fol. 587: *Quo ordine agnatio, vel familia sit admittenda ad ea bona quae vel ex fideicommissio, vel primogenio familiae, vel agnationi deferuntur*, en *Practicarum quaestionum, caput 38, Opera omnia*, t. II, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574. Los comentaristas del *ius commune*, como aprecia Bussi, no destonocen las diferencias entre el *ius vetus* y el *novissimum* del Derecho romano, por lo cual Bártolo enumera sus características: 1) Inicialmente el hijo emancipado no sucedía más que por derecho pretorio, pero “*hodie*”, siguiendo

El orden legal de sucesión intestada para los comentaristas debe seguir el orden natural de los afectos, los cuales primeramente descienden en los hijos, luego se remontan a los que nos han dado la vida, y finalmente se expanden lateralmente a los que llevan nuestra misma sangre, cuyo planteamiento es asumido por las sentencias de la Rota romana, cuando afirman que el heredero legítimo encuentra el fundamento de la sucesión en la ley, la cual se presume que ha interpretado la voluntad del difunto¹⁴⁵.

Bártolo interpreta que la primera causa de sucesión corresponde a los “*liberi*”, pero más que remitirse al Derecho romano, opera el precepto del apóstol Paulo, segunda carta a los Corintios, 12, “*nec debent filii thesaurizare parentibus, sed parentes filiis*”¹⁴⁶, recordadas

al derecho pretorio y justiniano, ha desaparecido cualquier diferencia entre sujetos a la patria potestad y emancipados. 2) Inicialmente el nieto, hijo de la hija, no se admitía a la sucesión con los abuelos más que disminuyendo un tercio, según C. 6, 55, 9 y C. Iust. 6, 20, 19, pero en su tiempo anota: “*aequaliter succedunt*”, en virtud de la Novela 18, cap. 4. 3). Existiendo hermanos, el padre era llamado con la madre “*in bessem ususfructus*”, pero en el Medievo, “*in viriles admittuntur*”. 4) Finalmente, mientras que los consanguíneos eran admitidos por derecho civil, y los uterinos por el pretorio, en época Bajomedieval, según Dino de Mugello, “ha desaparecido la diferencia entre agnados y cognados”. BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., p. 127,

¹⁴⁵ BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., p. 140 y nota 2. Por este fundamento, vienen llamados a heredar: a) primero los hijos, b) le siguen los ascendientes, c) prosiguen los transversales, y d) finalmente el cónyuge supérstite. Finalmente, faltando todos los anteriores pasa e) al fisco.

¹⁴⁶ 2 Cor. 12, 14: “... Efectivamente no corresponde a los hijos atesorar para los padres, sino a los padres atesorar para los hijos”.

textualmente en el Decreto de Graciano C. 16 q. 1 c. 64¹⁴⁷, aunque no tiene conexión alguna con la materia de las sucesiones¹⁴⁸.

En el Derecho común, según Bussi, y en línea de principio, no parece conocerse diferencias por razón de sexo entre los hijos, ya que varones y hembras tienen derecho a los bienes que deja quien les ha dado la vida, aunque estaría en suspenso este principio si el estatuto no reconoce en la categoría de hijos más que a los de la línea masculina: *“filiorum appellatione non veniunt filiae quando exstat statutum foeminas excludens propter masculos”*, o *“filia statuto exclusa sicut non succedit ab intestato, ita nec in bonis quae a lege deferuntur”*¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Episcopi turpis lucri gratia nichil a monachis vel clericis suis exigere debent.... Non debent filii thesaurizare parentibus, sed parentes filiis...* Cf. BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., pp. 141-142:

¹⁴⁸ El canonista del Bajomedievo Juan Andrés, entiende que la herencia va a los hijos *“prout voto parentum”* (*votum est alicuius boni Deo facta promissio vel publicatio*), mientras que la de los hijos va a los padres *“solo pietatis causa”*, pero esta remisión es tan importante que permite sostener el principio de que los hijos merecen más que las causas pías, salvo que tengan ya asegurada la legítima.

¹⁴⁹ BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., pp. 142- 146, Aunque los estatutos demuestran en este planteamiento más severidad que los doctores y las varias Rotas, sin embargo se muestran más comprendidas en el tratamiento de los hijos ilegítimos. El Derecho canónico, en X 4. 17, se muestra mucho más dispuesto a perdonar las debilidades humanas y favorecer la causa de las personas miserables, entre las cuales se enumera a los hijos de la culpa, aunque diferencia unos hijos legítimos y los que son absolutamente irreconocibles. Por ello distinguen, como hace Bártolo, hijos legítimos, naturales, espúreos, incestuosos, nefarios y adulterinos. Estos tres últimos grupos reciben nombres diversos como *damnati* o *spurii* en Inst. 1, 10, 12, o *manzeres*, o *nothi*, o *spurii* en X 1, 9, 10 y X 4, 17, 13. Las restricciones para suceder comienzan con los naturales no legitimados, porque no pueden ser llamados a la sucesión del padre, sino solo a la de la madre. La situación se agrava para los espúreos (hijos de prostituta o de persona que no se puede declarar porque no lo permite *“honestas nostra”*, p. ej. hijo de alguien que tiene hábito religioso o de la unión de esclavo con mujer libre), porque no pueden suceder al padre, al ser una persona incierta, y a la madre no le sucedan si es de ilustre linaje, solo cuando no es de linaje ilustre. Algunos estatutos eliminan estas restricciones, y no solo suceden a la madre sino también al padre, aunque

Después de los descendientes vienen los ascendientes, que según Azón, en su *Summa Codicis* 6, 59, n. 6 in fine¹⁵⁰, el más próximo excluye al más lejano, pero matiza: “*sublata differentia sexus, patriae potestatis et cognationis*”, y los hermanos *ex utroque parente coniuncti*, pero no los de un único ascendiente, que vienen completamente excluidos¹⁵¹.

Respecto de los hijos, como hemos indicado, el *Ius commune*, como tal, no discriminó por razón de sexo, como sí lo hacen diferentes *iura propria* que trazaron exclusiones de la mujer¹⁵². Los hijos legítimos y los naturales legitimados pueden ser llamados a la sucesión intestada sin diferencias entre ellos, porque a causa de la legitimación se “quita toda obstáculo y toda mancha de derecho y de hecho”. Los hijos naturales no legitimados solo pueden ser llamados en el *ius commune* a la sucesión de la madre, pero no a la

los juristas declaran que el estatuto es nulo e inválido. Los incestuosos (nacidos de parientes en grado prohibido), los nefarios (ascendientes y descendientes) y los adulterinos, son procreados de una unión que la ley condena o que sea punible, no pueden suceder ni al padre ni a la madre, según el Derecho civil, y en el Derecho canónico se restringió esta situación a los hijos nacidos de estupro, unión con *virgo* o *vidua*, si bien las Rotas todavía restringieron su alcance, porque lo excluye si fuese de condición vil, y la Rota Romana si fuera de condición plebeya o de mala conducta, dando lugar al principio según el cual “*spurius un dubio praesumitur natus ex non damnato coitu*”.

¹⁵⁰ Cf. AZONIS, *Lectura super codicem, Augustae Taurinorum*, ex of. Erasmiana, 1966, pp. 543-544.

¹⁵¹ Vid. BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., p. 149: Luego vienen los colaterales, hermanos de padre o consanguíneos y hermanos de la madre o uterinos, “*sublata differentia cognationis et agnationis*”. Señala Bártolo que los hermanos espúreos no suceden el uno al otro, salvo que otra cosa disponga la ley de modo explícito.

¹⁵² Rasgo general del *ius commune*, muy patente en Juan de Andrés, es considerar odiosas las desheredaciones, reforzando los criterios justinianeos: Nov. 115,5.

paterna, si la madre no es persona con linaje de libres privilegiados¹⁵³.

En las reglas nemotécnicas de las escuelas medievales, para recordar el sistema de llamadas en la sucesión intestada, se comienza por la que afirma: “*Descendens omnis succedit// In ordine primo...*”. sin matización alguna respecto al sexo. Por ello, y en plena consonancia con este planteamiento, Las Partidas del Rey Sabio, después de

¹⁵³ Reconoce Pérez-Prendes, que hubo planteamientos más o menos rigoristas, para los supuestos de filiación centrada en la cognación natural, como hizo Bártolo de Sassoferrato y sus secuaces, que negaban al espúreo la llamada a la sucesión paterna, mientras el Derecho canónico simplificó la materia considerando solo la prohibición al nacido *ex damnatu coitu*, o de dañado ayuntamiento en la ley de Toro, extendiendo la prohibición a cualquier hijo extramatrimonial sin distinción alguna: todos ellos no podían suceder tanto al padre como a la madre, conforme a la máxima *illegitimi non vocantur ad legitimam hereditatem quae ab intestato defertur*. Esta exclusión no fue muy bien vista por la equidad canónica, que percibió que se castiga indirectamente a los contraventores de la normativa matrimonial, y directamente a los hijos que eran inocentes de los actos de sus padres. Desde la *aequitas* canonica se llegó a restringir el *dannatus coitus* a los casos de estupro, rechazando el amplio significado que tenía este acto en Azón, quien lo definía como sociedad o convivencia torpe, y reduciendo esta última figura al supuesto estricto de pérdida de la virginidad de la mujer sin mediar promesa de matrimonio, engañando su voluntad. La ley 9 de Toro calificó como nacidos *ex damnatu coitu* los supuestos de que la madre debiese sufrir pena de muerte a causa de esa unión y de su relación sexual con persona eclesiástica, reiterando la prohibición de heredar a sus padres por parte de los hijos de clérigos que había impuesto Juan I en 1380, coincidiendo con ello en la idea canónica de la Decretal *Per venerabilem* de Inocencio III: “*In terris ecclesiae Papa potest libere illegitimos legitimare, in terris vero alienis non, nisi ex causis multum arduis, vel nisi in spiritualibus; tunc tamen indirecte et per quandam consequentiam intelligitur legitimare etiam quoad temporalia. Hoc tamen ultimo non est sine scrupulo. Hoc dicit secundum intellectum, qui placet Panormitano, et est caput difficile et multum famosum*”. que aludía a las leyes seculares que no debían permitir heredar a esos hijos los bienes del padre¹⁵³. Esta tesis fue fuertemente criticada por Domingo de Soto, quien defendía coherentemente la concurrencia hereditaria de hijos legítimos e ilegítimos, la cual encontró otros defensores en la doctrina hispana del siglo XVI, como Luis de Molina.

señalar en qué supuestos se aplica la sucesión intestada¹⁵⁴, pasa a disponer cuáles son los herederos más inmediatos¹⁵⁵:

Partida 6, 13, 3: Como el padre e el abuelo muriendo sin testamento, debe el fijo, o el nieto heredar los bienes del.

Muriendo el padre o el abuelo sin testamento, o alguno de los otros que suben por la liña derecha, el fijo, o el nieto que nasciese de otro su fijo, ganen e heredan todos los bienes del finado, quier sean varones, quier mujeres: maguer aquel que// murió sin testamento oviesse hermano, o otros parientes propincos de la liña de traviesso. Pero dezimos, que quando algún ome muriesse sin testamento, dexando un fijo con nieto fijo de algún su otro fijo, o de fija que fuesen ya muertos amos a dos: el fijo e el nieto herederan la heredad del defunto igualmente. E non empesce al nieto, porque el tyo es mas propinco del defunto: porque aquella regla del derecho que dize, que el que es mas propinco de aquel que fino sin testamento, debe aver los bienes del, ha logar quando el finado non dexa ningún pariente de los descendientes Otrosi dezimos, que si estos nietos fuesen muchos nascidos de un padre/ todos heredaran en logar del padre con el tyo, e avran aquella parte de los bienes del abuelo, que avria el padre dellos si biviesse.

¹⁵⁴ ALFONSO X EL SABIO, *Las siete Partidas*, t. III. *Partidas quinta, sexta y séptima. Sexta partida con la glosa de Gregorio López*, en Salamanca, por Andrea de Portonariis, 1555, ed. facs., Madrid, BOE, 1974, fol. 87r-88v: Partida 6, 13, 1: *Ab intestato* es palabra de latin: que quier tanto decir en romance, como ome que muere sin testamento. E esto puede ser por quatro maneras. La primera es, quando ome muere e non faze testamento. La segunda es, quando faze testamento non cumplido, non guardando la forma que devia ser guardada en fazerlo... La tercera es quando el testador fizo testamento, que se rompió por algún fijo que nascio después: del qual fijo non fizo enmiente en el testamento. O si por aventura aquel que fizo el testamento, se dexo después porfijar a otro: de manera que passasse a poder de aquel que lo porfijo. La quarta es, quando faze testamento acabado, e establece el heredero en el e aquel heredero non quiere la heredad deschandola.

¹⁵⁵ ALFONSO X EL SABIO, *Las siete Partidas*, t. III. *Partidas quinta, sexta...*, op. cit., fols. 87v y 90rv.

E si alguno muriese sin testamento, e fincasse un nieto de un su fijo, que fuese ya muerto, e de otro fijo que fuese ya finado le fincassen tres nietos o mas: este uno solo, tanta parte abra en la heredad del abuelo, como todos los otros sus primos, porque pocos o muchos que sean, fincan en lugar de su padre, e heredan todo lo que heredaría si biviessse.

Gregorio López¹⁵⁶, comentando el precepto, en relación con la cita directa que se hace a la mujer, no duda en afirmar que a veces, *ex natura oneris appositi*, parece que son llamados los varones y excluidas las mujeres, p. ej. si el rey otorga un castillo u otra cosa, para que el hijo mayor u otros descendientes sirvan al rey en un oficio varonil, aunque matiza que el estatuto en el que se excluye la hembra a favor del macho, aunque sea por motivos de un bien público de conservar el patrimonio familiar, “*tamen non est aequum: imo odiosum quia quidquid est contra iustitiam aequitatis, est odiosum*”, según Baldo en la ley *certum* col. 1 C. *unde cognati*¹⁵⁷ y en l. *omnes populi* col. 9 del Digesto 1, 1, *de iustitia et iure*¹⁵⁸. Si el estatuto afirma que sucede el primogénito, y no el segundo génito, sin que se extienda a la primogénita, afirma el glosador de Partidas que “*tale*

¹⁵⁶ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas*. T. III. *Partidas quinta, sexta y séptima. Sexta partida...*, eod. loc., fols. 87v-90r nota s. v mujeres.

¹⁵⁷ C. 6, 15, 5. Diocleciano y Maximiano. “Es cierto que por derecho de cognación nadie puede suceder sin la admisión de la posesión de los bienes, pero los cognados del difunto que no quieran suceder no son apremiados a pedir la posesión de los bienes”.

¹⁵⁸ D. 1, 1, 9. “Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte de su propio derecho, y en parte del derecho común a todos los hombres... el derecho que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se denomina derecho de gentes, como derecho del que usan todos los pueblos”.

statutum esse odiosum et irrationabile, eo quia in natura pati non debent contraria statui"¹⁵⁹.

El Fuero Real en 3, 5, 1 excluye de concurrir con los hijos legítimos a los hijos naturales¹⁶⁰, aunque en 3, 5, 4 protege el supuesto de buena fe. En 3, 5, 5 dispone que si faltasen hijos legítimos, y el difunto adoptase alguno, éste heredará, salvo que nazca algún hijo legítimo, que será el único heredero, a no ser que haya privilegio regio a su favor, conforme a 3, 5, 17.

A principios del siglo XVI, la ley 6 de Toro¹⁶¹, que luego pasa a Nueva Recopilación 5, 8, 1¹⁶², dispone:

Recopilación 5, 8, 1. Sus descendientes sean legítimos herederos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean. Es el mismo texto que la Nov. Recop. 10 20, 1¹⁶³.

¹⁵⁹ Gregorio López hace un excursu muy largo sobre la sucesión en los mayorazgos y la primogenitura, que permite la exclusión de las mujeres, en general, aunque observa que hay estatutos que les reconocen el derecho, y no solamente en caso de defecto de hermanos varones.

¹⁶⁰ ALFONSO X EL SABIO, *Fuero real. Edición, estudio y glosario de A. Palacios Alcaine*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 72-74: 3, 5, 1; "Todo ome que oviere fijos o nietos, o dent ayuso, de mugier de bendición, non puedan heredar con ellos otros fijos que aya de barragana... Fuero real 3, 5, 4: Si ome que ovier casare con otra e oviere fijos della, si esta con quien casa non sopiere que él era casado, estos fijos sean herederos et ella aya la meetat de los bienes que ganaren de con so uno. E si, por aventura, lo ella sabie, los fijos non sean herederos... Fuero real 3, 5, 5: Todo ome que non oviere fijos de bendición et quisiere rezebir a alguno por fijo et heredarle en sos bienes puédalo fazer. E si, por aventura, después oviere fijos de bendición, hereden ellos et non aquel que recibió. E esto mismo sea por el fijo de la barragana que fue recebido por fijo et heredero. Fuero real 3, 5, 17: Maguer que el fijo que non es de bendición non debe heredar, segund que manda la ley; pero si el rey quisiere fazer mercet, puédal fazer legitimo et sea heredero, tan bien como si fuesse de mugier de bendición...".

¹⁶¹ Ley de Toro 6: Derecho y modo de suceder los ascendientes legítimos a sus descendientes, como esos a aquellos *ex testamento* y *ab intestato*. Vid. LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico-jurídico-literario a las 83 leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, Compañía de impresores y libreros del Reino, 1852, pp.57-62.

¹⁶² Novísima Recop. 10, 20, 1.

¹⁶³ Recopilación 5, 8, 3: D. Fernando y doña Juana, leyes de Toro, cap. 19: “Quando los hijos vienen a heredar a sus padres y partir la herencia, que es lo que han de traer a colación... Quando algún hijo, o hija viniere a heredar, o partir los bienes de su padre o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos a traer a colación, y partición, la dote y donación propter nuptias, y las otras donaciones que uvieren recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar. Recopilación 5, 8, 6: Que los hijos de los clérigos no le hereden, ni ayan por título oneroso los bienes de los padres, ni de los parientes de parte de padre. Recopilación 5, 8, 7: Leyes de Toro de 1505, cap. 9: Como y quando los hijos bastardos, y de dañado ayuntamiento, y de frayles, y clérigos, y monjas pueden suceder a las madres, o aver alimentos. Los hijos bastardos, o ilegítimos de qualquier calidad que sean, no puedan heredar a sus madres ex testamento, ni abintestato, en caso que tengan sus madres hijo, o hijos o descendientes legítimos... mandamos que el hijo o hijos o descendientes que tuviere naturales, o espurios por su orden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que non puedan heredar a sus madres ex testamento, ni abintestato. Recopilación 5, 8, 9: Leyes de Toro cap. 11. Quales se dizen ser hijos naturales. Y porque no se pueda dudar quales son hijos naturales, ordenamos y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no aya tenido la mujer de quien lo uvo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural. Novísima Recopilación 10, 20, 1: Derecho y modo de suceder los ascendientes legítimos a sus descendientes, como estos a aquellos *ex testamento* y *ab intestato*. Los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha sucedan ex testamento y ab intestato a sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes a ellos, en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos, o que hayan derecho de los heredar... Recopilación 5, 8, 1. Nov. Recop. 10 20, 4: Incapacidad de los hijos de clérigos para heredar los bienes de estos y de sus parientes. Recop. 5, 8, 6. Nov. Recop. 10, 20, 5. Ley 5 de Toro. Casos en que los hijos bastardos e ilegítimos pueden o no heredar a sus madres ex testamento y ab intestato (en caso que tengan sus madres hijo o hijos, o descendientes legítimos,.. En caso que no tenga la madre hijos o descendientes legítimos, aunque tenga padre o madre o ascendientes legítimos, mandamos, que el hijo o hijos, o descendientes que tuviere naturales o espurios, por su orden y grado le sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos, que no puedan heredar a sus madres ex testamento ni ab intestato... Entonces queremos que se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos o frayles, o de monjas

No se puede ignorar la situación creada respecto de los hijos legitimados, que ya fue equiparada a la de los legítimos en Derecho justiniano, pero a los que se les excluye, por influencia del Derecho canónico en la normativa patria de la Edad Moderna, como podemos apreciar en Recopilación 5, 8, 10: Que el hijo legitimado, aviendo descendientes legítimos, no pueda suceder a sus padres: pero en todas las cosas sea avido como nacido de legitimo matrimonio.

Leyes de Toro, de 1505, cap. 12. Si alguno fuere legitimado por rescripto, o privilegio nuestro, o de los Reyes de que de Nos vinieren aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, o madres, o de sus abuelos, y después su padre, o madre, o abuelos huvieren algún hijo, o nieto, o descendiente legitimo, o de legitimo matrimonio nacido, o legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos o descendientes legitimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes ab intestato, ni ex testamento...¹⁶⁴.

En Derecho romano, entre los *sui heredes* del *ius civile*, y más tarde en el orden sucesorio intestado de las Novelas justinianas, la herencia se reparte por cabezas, sin distinción de sexo¹⁶⁵. En época

profesas, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde la ley Nov. Recop. 10, 20, 4. Recop. 5, 8, 7.

¹⁶⁴ Nov. Recop. 10, 20, 7: Sucesión de hijo legitimado por Real rescripto, para heredar a sus padres, en defecto de legítimos (o por subsiguiente matrimonio), dispone (el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos o descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes *ab intestato* ni *ex testamento*... Recop. 5, 8, 10.

¹⁶⁵ Como en el Derecho romano, en el Derecho común, la sucesión intestada se aplica si falta el testamento, es nulo o el heredero no acepta, presentando principios que obtiene del derecho romano-justiniano, del derecho canónico y

Bajomedieval se estableció una regla de prelación con un orden de llamadas en la sucesión legítima, cuyo fundamento canónico estaba en razones afectivas generales, suponiendo que era el orden seguido por el *decius*, si hubiera manifestado su voluntad: descendientes, primando hijos legítimos sobre naturales, ascendientes, colaterales hasta el décimo grado, cónyuge supérstite y el fisco, que es el orden de Partidas. Este orden se modificó en las Leyes de Toro, que pasaron a las Recopilaciones ulteriores, diferenciando a los legítimos de los que no lo eran, y restringiendo las posibilidades de los colaterales, y excluyendo al cónyuge viudo, que hereda por vía de usufructo una cuota igual a la de uno de los hijos, omitiéndose además la llamada al fisco¹⁶⁶.

En Cataluña, el *usatge Si a vicecomitibus*, Constituciones 6, 4¹⁶⁷, se aplica supletoriamente el Derecho romano-justiniano, llamando en la sucesión intestada: descendientes, ascendientes, colaterales, cónyuge sobreviviente. En Derecho aragonés se excluye a los hijos que no sean los legítimos y adoptados. En el Derecho navarro, se mantuvieron los principios de troncalidad y diferenciación según la

algunos elementos desarrollado durante la época medieval a través del derecho local.

¹⁶⁶ El orden de llamada en caso de sucesión *ab intestato* era: en primer lugar los descendientes, pero ante todo correspondía a los hijos y descendientes legítimos, y a los legitimados por subsiguiente matrimonio; después venían los legitimados por rescripto del rey con derecho a sucesión; posteriormente los hijos naturales (con diferencias respecto al padre y a la madre), los hijos espúreos, los hijos adoptivos, con diferencia entre los juristas. Venían a continuación los ascendientes, hermanos de doble vínculo, hermanos consanguíneos y uterinos y sus hijos, colaterales hasta el cuarto grado y finalmente el fisco. Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., pp. 404-406.

¹⁶⁷ *De successió abintestat. Constitutions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtut del capitol de Cort 82...*, introducció J. M. Pons i Guri, Barcelona, Generalitat, 1995, p. 358

naturaleza de los bienes, pero hay diferencia si se trata de nobles o hijos de padres hidalgos e infanzones, o bien hijos de padres villanos y labradores, matizando en el primer supuesto el principio de primogenitura masculina. En Vizcaya hay principio de troncalidad, conforme a la naturaleza de los bienes, y además no admite el derecho de representación en la línea recta: heredan los hijos legítimos o descendientes por su orden y grado: Fuero de Vizcaya 21 8¹⁶⁸.

En lo relativo a las regulaciones de la primera clase de herederos¹⁶⁹, se discutía en este período Bajomedieval, e incluso a principios de la Edad Moderna, si por la Novela 118 se había derogado o no el Edicto *de coniugendis cum emancipato liberis* (D. 37, 8), a favor de cuya interpretación se mostró partidario Jacques Cujas¹⁷⁰. Es decir, se debatía si eran llamados hijos de diversos matrimonios del *de cuius*, y se defendió muchas veces que la herencia del padre, y causante de todos los bienes patrimoniales que éste había recibido del

¹⁶⁸ En el derecho medieval español, uno de los principios rectores esta consideración inicial de igualdad de los hijos, tanto de mujer de bendición como de barragana, aunque hay tendencia a la exclusión de derechos hereditarios en estos últimos, por influencia de la Iglesia, mediante la simple omisión o por la exigencia del previo reconocimiento de derechos por parte del padre, proceso que se observa en Castilla, y aparece en los fueros de Soria, Brihuega y Molina, pero también en Aragón, *Compilación privada del Derecho aragonés*, 41. Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 391,

¹⁶⁹ COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., p. 760.

¹⁷⁰ "Novela 118. *De aequalitate agnatici et cognatici juris... videamus quis inter eos ordo servetur in successione ab intestato. P4imo loco vocantur liberi tam sui quam emancipati, sed diverso iure: sui iure civil; emancipati iure praetorio*<<. *Qua differentiam haec Novella non tollit... primo ordine liberos vocari tam cognatos quam agnatos, ut avo non tantum nepotes ex filio succedunt, sed etiam nepotes ex filia et pronepotes proneptesve ex nepte ex filio filiave nata, vel ex nepote ex filia nato cum cartae partit deminutione, quae suis heredibusd vel agnatis defuncti accrescit ex Constitutionibus: hodie sine ulla deininutione ex hac Novella et 18...*". CUJAS, Jacques, *Operum*, t. II, Neapoli, ex typ. Moriana, 1758, cols. 1141-1143.

patrimonio de su madre, correspondían a los hijos del primer matrimonio de, es decir, había que hacer una división de los bienes de acuerdo con su procedencia u origen, de donde arrancó la máxima *paterna-paternis* y *materna-maternis*.

No obstante, en general fueron recibidas las reglas sobre el derecho hereditario de los ilegítimos¹⁷¹. En los *libri feudorum* no tienen derecho a heredar las hijas: *Libri feudorum* II, 36, ni tampoco los ascendientes, II, 50, ni el fisco. En caso de fideicomisos, se aplica regularmente el principio de la primogenitura¹⁷².

El Derecho común, en criterio de Coing¹⁷³, casi nunca se aplicó en toda su integridad, como afirmaba Stryk: "*vix ullibi locorum Ius Civile per omnia observatur, ut ei per statuta particularia vel per consuetudines speciales derogatum non sit*". Sobre todo, son excluidas o postergadas en la herencia las hijas, madres y parientes maternos, en interés de la conservación del patrimonio familiar. En Francia, las costumbres tienen reglas sucesorias propias. Respecto del feudo y de los bienes alodiales de la nobleza, el hijo mayor recibe no solo el castillo

¹⁷¹ COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 762-763. Básicamente heredan solo de la madre y de sus parientes.-- La opinión divergente de Cujas, *Observationes* 26, 23 con respecto a los parientes maternos, no logró imponerse--; respecto del padre solamente se puso en vigor en los casos excepcionales de la Novela 89.12.4. En este contexto se discute la diferencia de las fuentes entre los hijos naturales-nacidos de concubinato, y los *spurii* o nacidos de *damnato coitu*, que no tienen derecho a heredar, porque proceden de una unión castigada con pena secular: C. 5, 5, 6, 1, caso del incesto, y Nov. 89.15, adulterinos. Los hijos de los clérigos católicos se consideran como incestuosos. Como señala Pothier, en el derecho francés, los ilegítimos fundamentalmente no tienen derecho a heredar, recordando este planteamiento el francés POTHIER, Robert Joseph, *Traité des successions*, en *Oeuvres*, VIII, París 1847, cap. 1 art. 3. Según una disposición practicada en Derecho Común, proveniente de Roma, C. 6, 57 5, tampoco heredan de una *mater illustris*.

¹⁷² COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., p. 763.

¹⁷³ COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 764-765.

familiar con jardines, sino también una porción hereditaria superior, y no puede olvidarse que en los Países Bajos del Norte, el derecho Romano estaba excluido¹⁷⁴. En Alemania, con frecuencia, las hijas están situadas peor que los hijos, particularmente si han recibido una dote. En muchos derechos, en este caso, son excluidas, incluso de las legítimas. Esta idea es aceptada por las regulaciones estatutarias, mientras que en Austria, en el estamento de la nobleza, las hijas que concurren con hijos, tienen que renunciar a la herencia, si bien esta diferencia fue suprimida solo por la patente de sucesión de José II, del año 1786¹⁷⁵.

Los estudiosos hispanos de este período, hacen una síntesis de la normativa romana y su recepción medieval en los territorios españoles, como vemos en Juan Sala¹⁷⁶, quien comienza por sentar las causas para la sucesión intestada. Este pavorde valenciano se expresa paladinamente respecto de la reforma radical justiniana:

“Las leyes romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira a los hombres, que

¹⁷⁴ Vid. LEPOINTE, Gabriel, *Les successions dans l’Ancien Droit*, Paris 1945.

¹⁷⁵ Es la explicación realizada por COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 766-767. En general, siguen al Derecho romano, sobre todo, *Las Siete Partidas*, en los Reinos de Castilla, y en Alemania, el *Codex Maximilianeus*, así como los Estatutos y Ordenanzas sucesorias de 1720.

¹⁷⁶ SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, t. I Coruña, Imp. de Gregorio, 1837, pp. 235-240: intestado porque o no hizo testamento, o lo hizo pero es nulo, o el testamento se rompió o rescindió: Partidas 6, 13, 1 (Inst. Iust. 3, 1 pr), o si el heredero no acepta la herencia en Roma, pero no en derecho español, que está derogado por Nov. Rec. 10, 18, 1.

primero aman a sus descendientes, después a sus ascendientes, y en tercer lugar a sus parientes laterales o de travieso: Nov. 118”.

A la luz de la historia, puede sostener que nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales: Partidas 6, 13, 2 y ss.

En España el primer orden de suceder *ab intestato* corresponde a los descendientes del difunto, sin distinción entre varones o hembras, retenidos en la patria potestad, o salidos de ella: Partidas 6, 13, 3. Comprende a todos los descendientes, que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son los hijos y los nietos, cuyo padre haya ya fallecido. Estos últimos entran ocupando el lugar de su padre, por representación del mismo, y no obtienen más porción que la que correspondería a su progenitor, si viviera, dividiéndose entre ellos en partes iguales. Los intérpretes han hecho una regla, diciendo que las sucesiones son en stirpes o en cabezas, y la primera es por derecho de representación¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Es similar a la exposición de Jordán de Asso y Manuel (JORDÁN DE ASSO, Ignacio-MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5ª ed., corr. notab. aum., Madrid, Ramón Ruiz, 1792, pp. 128-129), cuando afirman que en las sucesiones *ab intestato* tiene el primer lugar un llamamiento a favor de los descendientes, y entre estos los hijos sin distinción de sexo, que heredan los bienes del finado: Partidas 6,13, 3. Como en la línea recta tiene lugar el derecho de representación de una persona a otra, de aquí nace: 1. Muerto alguno sin testamento, dexando un hijo y un nieto, hijo de algún hijo, o hija, que fuesen ya muertos, y el hijo, y nieto sucederán igualmente: porque el nieto representa a la persona del padre. 2. Si los nietos fuesen muchos, como representan una sola persona, sucederán en la mitad de la herencia, reservando la otra mitad para el tío, o hijo del finado: lo que se llama suceder *in stirpem*. 3. Si el que muerte *intestato* dexare un nieto de un hijo suyo, que hubiese ya muerto, y tres, o más de otro ya difuntos, estos sucederán

En esta línea de descendientes, la representación es infinita, es decir, no tiene término señalado. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos; ceden a ellos los legitimados para heredar a sus padres por rescripto del príncipe, aunque este fuere anterior al nacimiento o legitimación de aquellos, tanto en la sucesión del padre como en la de la madre: Nov. Rec. 10, 20, 7, que es la ley 12 de Toro, con la que corrige lo dispuesto en Partidas 6, 13, 11, en cuanto llamaba a los hijos naturales, juntamente con los legítimos, a la sucesión de la madre¹⁷⁸.

en la mitad de los bienes juntamente con su primo; porque aunque sean muchos, representan la sola persona de su padre. Como suele haber hijos bastardos, incestuosos y de dañado coito de un miso padre, y de diversa madre, o al contrario, se ha de advertir: 1. Que ningún bastardo hereda primero que no esté legitimado: Fuero Real 13, 6, 17: Acevedo a la ley de Recopilación 5, 8, 7, en el n 7. 2. Que aun los legitimados no pueden suceder, habiendo legítimos: Recopilación 3, 18, 10. 3. Que los ilegítimos sucedan a la madre en falta de legítimos, y son preferidos a los ascendientes, porque consta de la madre, pero no del padre. Se exceptúan los habidos de dañado coito, quando la madre por tal ayuntamiento merece pena de muerte: Recop. 5, 8, 17, por la qual cesan las normas de Partidas 6, 13, 89, y 10-11.

¹⁷⁸ Si el padre difunto no dejó hijos legítimos ni legitimados, sino solo naturales, le sucederán en dos partes de las 12 en que regularmente se divide la herencia, que partirán con su madre, Partidas 6, 13, 8, sin que lo embarace la viuda del dicho difunto: Partidas 6, 13, 9. De los espurios no hallamos que estén llamados a la sucesión de su padre, antes persuade no estarlo la ley Partidas 6, 20, 5, que pasó a la ley 9 de Toro, que solo los llama para suceder a su madre. Suceden a la madre los hijos naturales y los espurios, aunque le sobrevivan ascendientes por su orden y grado, Partidas 6, 13, 7, esto es, primero los naturales, y en su defecto los espurios, según la mayor proximidad. La ley 7 citada afirma que tales hijos son herederos de la madre *tam ex testamento quam abintestato*. Los nacidos de dañado coito y punible ayuntamiento están excluidos, conforme a Partidas 6, 13, 5. La misma exclusión tienen los nacidos de clérigos ordenados en órdenes mayores, o de frailes o monjas profesas: Partidas 6, 13, 5 y 4. Hijo natural es el nacido de padre que al tiempo del nacimiento o concepción podían casar justamente sin dispensa: con tanto que el padre lo reconozca su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola. Definición sacada de Nov. Rec. 10, 5, 1, tomada de la ley 11 de Toro, de modo que hay dos maneras de probar ser hijo natural: reconocimiento del padre o el haber nacido de una concubina o mujer que tenía el padre en su casa, sin tener

Jordán de Asso y Manuel recuerdan que en Aragón¹⁷⁹, dentro de la sucesión *ab intestato*, se consideran tres órdenes de sucesores: 1. Descendientes. 2. Consanguíneos. 3. Ascendientes. Todos los hijos, sin distinción de sexo, y de diferentes matrimonios, suceden a los padres. No se admiten a esta sucesión los ilegítimos. El hijo religioso puede adquirir en beneficio de su monasterio. Los nietos suceden a los abuelos, y si hay tíos, suceden con estos *in stirpem* por derecho de representación, que solo se admite en los descendientes. Los padres y abuelos no suceden a los hijos y nietos, salvo que el hijo deje bienes profecticios, o que adquirió de su padre.

5. La Edad Moderna. Iusnaturalismo racionalista

En Alemania, el *usus modernus Pandectarum* es la aportación de los juristas alemanes después de la Recepción, con su orientación positivista¹⁸⁰, ya que se entiende el *Corpus Iuris* no como monumento de historia jurídica sino como fuente del derecho vigente, por lo que incorpora los usos jurídicos divergentes del territorio como modificaciones consuetudinarias del derecho común. El *usus modernus* era positivista, pero cercano a la vida y sirvió a una

otra. El reconocimiento no debe ser necesariamente expreso, y basta que sea tácito. En cuanto a los hijos adoptivos les dan derecho a suceder a su padre las leyes de Partidas 6, 16, 8 y 9, pero conforme a Fuero Real 3, 6, 56 y 4, 22, 1, los intérpretes consideran que debe esto entenderse cuando el padre adoptivo no tuviere hijos legítimos y naturales: Gregorio López glosa 5 a Partidas 6, 16, 8, aunque hay división en la doctrina.

¹⁷⁹ JORDÁN DE ASSO, Ignacio-MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla...*, op. cit., pp. 133-134.

¹⁸⁰ Cf. WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª ed. alemana, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 188-189.

necesidad real¹⁸¹, sentando las bases para la Pandectística¹⁸². Los holandeses y franceses desarrollaron otra corriente intelectual de interpretación de las fuentes justinianas, con un enfoque más amplio y adaptado a las necesidades de la sociedad ilustrada, que dio origen al jusnaturalismo racionalista, base de los modernos códigos civiles europeos e iberoamericanos, especialmente con el *Code civil* napoleónico, por lo que será objeto de análisis en primer lugar, antes de la aportación de los pandectistas germanos.

Esta corriente doctrinal europea sentó las bases del régimen sucesorio intestado que se plasmó en muchos códigos de los siglos XVIII y XIX. La época clásica del Derecho natural pertenece a los siglos XVII y XVIII, gracias a la enseñanza universitaria y a la legislación. Como advierten Wesener-Wesenberg¹⁸³, es un derecho suprapositivo, y una corriente doctrinal que va de Grocio hasta Wolff: algunos iusnaturalistas han deducido de los principios generales normas superiores de conducta concretas. La consideración iusnaturalista del Derecho romano pretendía que el derecho de Justiniano rigiera solamente *imperio rationis*, y lo

¹⁸¹ Los principales representantes de esta corriente intelectual, según Wesenberg-Wesener, son: Hermann Conring, Benedickt Carpzov, Johan Brunnemann, Wolfgang A. Lauterbach, G. A. Struve, Augustin von Leyser, con sus famosas *Meditationes ad Pandectas*, y dio nombre a la corriente Samuel Struk con su *Usus Modernus Pandectarum*.

¹⁸² La obra más monumental pertenece a Federico Glück, quien con sus 34 tomos de comentario a las *Pandectas*, realizó la obra de estudio del Derecho justiniano más importante en toda Europa, siendo traducida al italiano por Carlo Fadda y Filippo Serafini.

¹⁸³ WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª ed. alemana, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 221-225.

proponen como un derecho cuya validez pudiera invocarse para todos los pueblos.

A pesar de su admiración por el Derecho romano, Grocio siempre tuvo la mirada abierta para la práctica e hizo avanzar el Derecho romano en rectitud y equidad. Midió el derecho positivo con la razón del hombre dotado de impulso comunitario. El nuevo derecho natural es un derecho laico, válido para todos los pueblos y épocas, y un derecho determinado por un fin, el del bienestar de los ciudadanos.

Son famosas las palabras del proyecto de la comisión encargada por Napoleón I para el *Code civil* de 1804: “*il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes*”. Desde entonces se utiliza un sistema deductivo para articular un orden normativo sistemático, como vemos en Samuel Pufendorf, con su obra principal *De iure naturae et Gentium*, Christian Thomassius con sus *Fundamenta iuris naturae et Gentium*, y Christian Wolff.

Los cuatro principales artesanos del *Code civil* fueron: Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville y Portalis, autor del *Discurso preliminar*, sin olvidar las decisivas intervenciones reiteradas del Emperador. Destacaba Arnauld¹⁸⁴, que además del notorio influjo de la doctrina del Derecho natural racionalista, representada por los autores holandeses, Grocio, Pufendorf y Thomassius, este último incluso a través de su discípulo Heinecio, con sus *Elementa iuris naturae et Gentium*, no faltaron otros juristas franceses, algunos de ellos

¹⁸⁴ ARNAUD André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, LGDJ, 1969, pp. 215-216.

romanistas muy distinguidos, como Domat y Pothier, por lo que Arnauld no duda en afirmar, siguiendo a Sorel: "*Le code civil, c'est la jurisprudence du Droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble, et adaptés à la Déclaration des Droits de l'Home, selon les moeurs, convenances et conditions de la nation française*", para añadir que hay dos elementos muy importantes para la elaboración del *Code civil*: una aportación estrictamente positivista, consistente en la contribución del Derecho romano y del derecho consuetudinario y, por otro lado, la corriente racionalista moderna, que se expresa, entre otros lugares, en la *Déclaration des Droits de l'Homme*.

Los dos pilares fundamentales fueron: la libertad y la propiedad, y en la pugna entre las diversas fuentes jurídicas precedentes - (Derecho romano, costumbres, legislación real, y Derecho canónico)- , triunfa finalmente el jusnaturalismo racionalista y axiomático moderno, porque como afirma Portalis: quisimos hacer transacción entre el Derecho romano y las costumbres, en la medida posible, para conciliar sus disposiciones, o modificarlas unas por las otras, sin romper la unidad del sistema y sin que pudiera afectar al espíritu general. Por este motivo llegó a afirmar, "es útil conservar todo lo que no es necesario destruir"¹⁸⁵, lo que demuestra que la

¹⁸⁵ CAMBACÈRÈS, Jean-Jacques Régis de, *Projet de Code civil*, París, E. Duchemin, 1977, p. 51: Discurso preliminar. Hemos procurado mantener, con ligeras modificaciones, los cambios que se han solicitado por interés social y por interés doméstico, sin olvidar que la ley debe tener un carácter de inmutabilidad y permanencia que inspiren respeto. Se uniformizan las reglas relativas a las sucesiones, eliminando las distinciones introducidas por las costumbres, y entre otras novedades se quita al aislamiento de las familias haciendo concurrir conjuntamente los parientes de diversas líneas, asegurando un derecho igual en las sucesiones no solamente en los parientes más próximos, tanto en línea directa como transversal sino también a favor de los que las representan, es decir, los descendientes ulteriores: "*il maintient la paix et l'égalité*"

base del Código era el derecho precedente, con un nuevo enfoque, por ejemplo en la filiación, respecto de los hijos bastardos.

A pesar de que la terminología del *Code civil*, que mantenía las expresiones de filiación legítima y natural¹⁸⁶, se equipararon ambas, aunque no absolutamente, porque el art. 334 declaraba la igualdad de derechos entre hijo natural y legítimo, pero la expresión “en general” indicaba que no siempre tenía lugar dicha igualdad. En las reformas del derecho de sucesiones, la ley de 3 de diciembre de 2001 debió ajustar el texto codificado al Derecho de sucesiones de la Convención Europea de los Derechos del hombre, mediante la supresión de la discriminación que todavía se contemplaba en la regulación respecto de los hijos adulterinos, de modo que el nuevo texto del art. 733 se dispone que “*la ley no distingue entre la filiación legítima y la natural para determinar los parientes llamados a suceder*”, reemplazando la discriminación existente en materia de derechos sucesorios para el hijo adulterino, aunque se había mantenido la legitimación a través de la cual el hijo natural o adulterino podía obtener la plenitud de derechos. En la reforma legislativa de 1972 se conservó el instituto de la legitimación, añadiendo a la legitimación por matrimonio, la efectuada por resolución judicial, si el matrimonio entre los padres no fuera posible, y por la posesión de estado.

dans les familles, en apportant également tous les enfans dans la succession des auteurs de leurs jours”.

¹⁸⁶ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, trad. al español, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. LXXXIII-LXXXIV.

Será suficiente recordar los preceptos de los arts. 733-735¹⁸⁷: art. 733: “La ley no distingue entre la filiación legítima y la natural para determinar los parientes llamados a suceder”. Art. 734: “A falta de cónyuge con derecho a suceder, son llamados los parientes como sigue: 1.º Los hijos y sus descendientes...”, y art. 735, p. 384: los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes, sin distinción de sexo ni de primogenitura, incluso si son nacidos de uniones diferentes.

No se puede olvidar que la *Convention europeen*, en su art. 14¹⁸⁸, protege claramente, bajo el ángulo del principio de no discriminación, el derecho a una vida familiar normal. No se admite ninguna discriminación en perjuicio de los hijos naturales, aunque la reforma de la ley de 3 de diciembre de 2001 ha dejado subsistente la ley de 3 de enero de 1972. Entre los principios fundamentales del derecho de sucesiones¹⁸⁹, es evidente que primero son los descendientes y luego los ascendientes; se garantiza la igualdad, tanto entre individuos (igualdad entre hijos) e igualdad entre las líneas (ascendientes y descendientes, en este caso con derecho de representación)¹⁹⁰.

¹⁸⁷ CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, trad. al español..., op. cit., p. 383.

¹⁸⁸ LE CODE CIVIL 1804-2004, *Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz, 2004, pp. 286-287.

¹⁸⁹ LE CODE CIVIL 1804-2004, *Livre du Bicentenaire...*, op. cit., p. 289.

¹⁹⁰ La literalidad de los preceptos vigentes, quedan referidos en CODE CIVIL, 112ª ed., París, Dalloz, 2013, pp. 944-945: art. 733: la ley no distingue ‘*selon les modes d’établissement de la filiation*’ pour déterminer les parents appelés à succéder”. Art. 734: “*En l’absence de conjoint successible, les prents sont appelés à succéder ainsi qu’il suit: 1º. Les enfants et leurs descendants. 2. Les père et mère; les frères et soeurs et les descendants de ces derniers; 3º. Les ascendants autres que le père et mère; 4º Les collatéraux autres que les fr+ere et soeurs et les descendants de ces derniers. Chacun de ces quatre catégories fonstitue un ordre d’héritiers qui exclut les suivants*”. Art. 735:

El derecho consuetudinario, previo al código, mantenía discriminaciones de los hijos por razón de sexo, que hoy no pueden aplicarse, como reconocen Ourliac-Gazzaniga¹⁹¹, al señalar que en Normandía, la igualdad de los hijos es absoluta. Los hijos deben colacionar lo que les hayan donado sus padres. Ningún hijo puede tener ventaja sobre otro, porque como dice la *Summa XXXV, 1*, un hijo no puede ser mejor que otro. Los hijos de matrimonios diferentes tienen los mismos derechos. En estas costumbres, las hijas están excluidas de la sucesión por sus hermanos: si se casan, reciben la dote; y si no lo hacen, están bajo guarda de sus hermanos y recibirán en el futuro la dote para encontrar un marido acorde con su condición¹⁹².

“Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils son issus d'unions différentes”.

¹⁹¹ OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil*, París, Albin Michel, 1985, pp. 321-322.

¹⁹² En otras costumbres, el padre de familia podía hacer que su hijo más querido aventajase al resto de hijos, dando más a uno y menos a otro, permitiendo al hijo dotado que venga a la sucesión sin aportar su dote. La división de bienes se hacía según las uniones, de modo que los bienes del primer matrimonio van a parar a los hijos nacidos de esa unión. En algunas costumbres se ignoraba el derecho de representación, y la herencia se repartía en función de la proximidad de grado. En la región de París, el que vivía en casa se quedaba con todo lo del padre y la madre. El emancipado y dotado podía venir a la sucesión, pero optando entre la dote o la donación y su cuota sucesoria. La sucesión por vínculos de aplicaba en Bourgogne o en Agenais, mientras en el Midi y en el Centro y Este, Montpellier, Toulouse, Bordeaux, Bayonne, el *paterfamilias* tenía una gran libertad, porque el liberalismo estaba muy presente en los países de derecho escrito. En los feudos se aplicaba la primogenitura, y la indivisión del patrimonio inmobiliario. La exclusión de las mujeres fue la más antigua, ya que no podían heredar en Normandía más que faltando cualquier heredero.

La tradición de la igualdad¹⁹³ estaba fuertemente arraigada en el Midi, llegando a aplicarse a los feudos, a través de la co-señoría, e incluso dividiendo el castillo. Los hijos eran siempre llamados igualmente a la sucesión mobiliaria de su padre y de su madre; no obstante, la igualdad podía venir modificada por prácticas comunitarias¹⁹⁴.

En nombre de la igualdad, la ley de los días 8-14 de abril de 1791 suprimió todos los privilegios que se apoyaban en la primogenitura (prioridad de nacimiento), en el sexo o en la sucesión de vínculos matrimoniales¹⁹⁵. En virtud de una ley posterior, la *Convention* admitió el sistema de parentelas, la representación al infinito, la igualdad de hijos naturales y legítimos, y se aplicó a la norma un carácter retroactivo, eliminando la libertad de los padres para favorecer a alguno de sus hijos. No se puede ignorar que los redactores del *Code* eran discípulos de Pothier, formados en el Derecho romano, pero fieles a las soluciones moderadas del *Ius Commune* consuetudinario, introduciendo algunas reglas como la representación, que no se admite más que en caso de descendientes y de los hijos de hermanos, que era la regulación impuesta por Justiniano.

¹⁹³ OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil...*, op. cit., pp. 329 y 321.

¹⁹⁴ El hijo dotado o emancipado no participaba en la sucesión, aunque en París podía ser llamado a la sucesión de sus generantes, aunque normalmente debí aportar lo que ha recibido (colacionar) a favor de sus hermanos y hermanas.

¹⁹⁵ OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil...*, op. cit., p. 334.

Recordaba Coing¹⁹⁶ que para esta Escuela de Derecho natural, la sucesión legal se basa en la idea de propiedad, y con ello solamente en la supuesta voluntad del causante. Tiene la idea que el *decius* presumiblemente habría ordenado lo que es equitativo, como es lo relativo a los cuidados y alimentos. De este modo, Grocio¹⁹⁷ llega a un orden de llamada en la sucesión, a falta de testamento, que incluye los siguientes órdenes: a) descendientes b) padres y hermanos, y c) otros ascendientes, si bien para los bienes heredados debe valer la regla de *paterna paternis, materna maternis*, defendiendo que han de respetarse estas reglas en el testamento. Comparten este planteamiento Samuel Pufendorf¹⁹⁸ y Christian Wolff¹⁹⁹.

Según Grocio²⁰⁰, la sucesión que se dice *ab intestato*, puesto el dominio, y quitada toda ley civil, tiene origen natural proveniente de la conjetura de la voluntad²⁰¹, de modo que puede ser transferido a otro por voluntad del dueño, aun por causa de muerte. Si alguno no hubiese dado testimonio de su voluntad, no siendo creíble, que de tal pensar cediese después de su muerte sus bienes a quien los ocupase, se seguiría que se entendían ser de aquél los bienes de

¹⁹⁶ COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, p. 767:

¹⁹⁷ GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis* II, 7, 3-10,

¹⁹⁸ PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et gentium*, IV, 11.

¹⁹⁹ WOLFF, Christian, *Institutiones iuris naturae et gentium*, pars VII cap. 5

²⁰⁰ GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, Madrid, Reus, 1925, p. 83, cap. VII.3.

²⁰¹ Matiza el jurista holandés: Lo que hemos dicho de la conjetura de la voluntad, se entiende así, a no ser que queden indicios en contrario, como la desheredación entre los romanos. Hase de creer, a falta de indicios expresos de la voluntad, que cada uno estableció acerca de la sucesión propia aquello que quiere la ley o la costumbre del pueblo, no solo por la fuerza del mandato, sino por conjetura. GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op. cit., p. 96, X.2: La sucesión *ab intestato* no es otra cosa que un testamento tácito por conjetura de la voluntad (si no hay hijos, la herencia va a los parientes más cercanos).

quien es muy probable que el difunto quiso lo fueran, porque como afirma Plinio el joven, *Haber entendido la voluntad de los difuntos equivale al derecho*. En la duda, se cree que cada uno quiso aquello que es más justo y honesto. Y en este género, la primera causa es la de aquello que se debe, y la próxima, la de aquello que, aunque no se deba, conviene al oficio.

Para el jurista holandés²⁰², aun cuando a los nacidos de concubito condenado por las leyes nada querían que se les dejase las leyes romanas, como también había prevenido la ley de Solón, que no era necesario dejar cosa alguna a los hijos naturales, los cánones de la piedad cristiana corrigieron este rigor, los cuales enseñan que a cualesquiera hijos déjaseles esto rectamente, y aún, si es necesario, se ha de dejar también lo que es necesario en cuanto a los alimentos²⁰³. Y deben ser alimentados no solo los hijos de primer grado, sino también los de segundo, si así se presenta la situación, y los de grado ulterior; lo cual muestra Justiniano, el cual prescribe que no sólo a los hijos, sino también a sus sucesores que proceden de nosotros por línea femenina, si no pueden ser alimentados por otro lado.

Fuera del auxilio de la ley civil, para Grocio²⁰⁴, la primera sucesión de los bienes se aplica a los hijos. Se entiende que los padres quisieron ubérrimamente proveerles, como a partes de su cuerpo, no solo de lo necesario, sino también de aquello que contribuye a

²⁰² GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op. cit., pp. 85-86.

²⁰³ Se reafirma el jurista: "Ni de otra manera se ha de tomar lo que suele decirse, que la legítima no puede quitarse por las leyes humanas, en cuanto en la legítima se comprenden los alimentos necesarios; pues lo que está de más puede quitarse sin que se oponga la naturaleza".

²⁰⁴ GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op. cit., pp. 87-88, V.2.

hacer pasar con mayor suavidad y honestidad la vida, principalmente desde aquel tiempo en que ellos no puedan ya gozar de sus cosas. *La razón natural*, dice el jurisconsulto Paulo, *como una ley tácita aplica a los hijos la herencia de los padres, como llamándolos a la debida sucesión*. Y Papiniano: *No se debe lo mismo la herencia de los hijos a los padres, como la de los padres a los hijos. A los bienes de los hijos admite a los padres la razón de la misericordia; a los hijos simultáneamente el voto común de la naturaleza y de los padres*.

Es decir, a los hijos les sigue la herencia, parte por la precisa deuda natural, parte por la conjetura natural, por la cual se cree que los padres quieren esto, que se provea a los hijos cuanto mejor pueda ser. *Da a la sangre el debido honor*, dice Valerio Máximo de Quinto Hortensio, que había nombrado heredero suyo al hijo poco grato a él mismo, y a esto se refiere el apóstol San Pablo: *“No los hijos para los padres, sino los padres para los hijos deben almacenar y conservar las cosas”*²⁰⁵.

No se olvida el holandés de los hijos naturales, y de los diversos modos de equipararlos a los legítimos, aunque no eliminara diferencias en algunos supuestos²⁰⁶, lo que le lleva a reconocer que

²⁰⁵ 2 Cor. 12, 14. GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op cit., pp 88-89, VI. Mientras viven los padres, de ordinario no están obligados a darles alimentos los abuelos y abuelas; cuando aquéllos o alguno de ellos faltare es justo que abuelo y abuela tomen, haciendo la vez del hijo o la hija muertos, el cuidado de nietos y nietas; lo cual procede también en los padres más remotos, por parecida razón. Y de ahí trajo origen aquel derecho, que el nieto suceda en lugar del hijo, según expresión de Ulpiano, y esto mismo dijo Modestino y Justiniano, e Iseo acerca de la herencia de Filoctemon, El judío Filón dice: “los nietos, muertos los padres, ocupan cerca de los abuelos el lugar de hijos”. A esta sucesión vicaria, que se hace por la stirpe, prefieren llamarla representación los modernos jurisconsultos.

²⁰⁶ GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op cit., p. 91, VIII.2. Los naturales, aun después de introducida por la ley su diferencia de los

la conjetura no es lo mismo que el derecho, y por ello puede ser objeto de quebrantamiento. Estas son sus palabras²⁰⁷:

Lo que es muy conforme a la conjetura natural, no es, sin embargo, necesario por derecho natural. Por consiguiente puede violarse por las diversas causas que mueven la voluntad humana: pactos, leyes, costumbres, las cuales admiten representación en algunos grados y en otros no la admiten; en unas partes se distingue de dónde vienen los bienes, en otras tienen esto por demás. Hay lugares donde los primogénitos llevan más que los nacidos después, como entre los hebreos; los hay donde son igualados entre sí. Hay lugares donde se tiene preferencia por los descendientes del padre; los hay donde cualesquiera descendientes, de padre o de madre, son igualados. También el sexo tiene en algunas partes importancia, y en otras no la tiene. En unos la razón de parentesco tiénese entre los grados más próximos, en otros se extiende a los más distantes, etc.

Samuel von Pufendorf²⁰⁸ hace su exposición, de modo similar a Grocio a partir de la transferencia del dominio, defendiendo la voluntad presunta del difunto en caso de sucesión intestada, porque en la duda se presume que quiso hacer lo que le impulsaba simultáneamente su inclinación natural y su deber:

legítimos, pueden ser adoptados, si no se opone la ley. Esto lo permitía antiguamente la ley romana de Anastasio, pero después hallóse en favor del matrimonio cierta muy difícil razón de igualarlos a los legítimos, también se pudo hacer por oblación a la cura o por subsiguiente matrimonio. Ejemplo de la vieja adopción de los hijos naturales hállase en los hijos de Jacob, fue fueron igualados por el padre a los hijos de las mujeres libres y llamados a la herencia en partes iguales.

²⁰⁷ GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op cit., pp. 96-97, XI.1.

²⁰⁸ PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io. Barbeyraci* t. I, Francofurti et Lipsiae, ex off. Knochio-Eslingeriana, 1759, pp. 615-617.

Ex dispositione legis naturalis, sine expresso et peculiari facto prioris domini, dominia rerum transire dicuntur in successione ab intestato... Sequendam heic defuncti voluntatem probabilissime praesumptam ratio naturalis dictabat: Nimirum duo sunt, quibus innititur successio ab intestato, ratio naturalis et coniectura voluntatis. In dubio praesumitur quemque id voluisse, quod naturali inclinationi simul ac officio quam maxime congruit.

Reconoce Punferdof que el vínculo de sangre, que relaciona los ascendientes con los descendientes, justifica que la voluntad del difunto, en caso de sucesión intestada, no se aplique como desearía el difunto, sino como corresponde a su deber, asignando porciones hereditarias iguales, en lugar de atribuir alguna porción superior a alguno de los hijos, atendiendo a la inclinación común de los hombres, pero sobre todo para evitar litigios entre los herederos²⁰⁹. Además, los hijos son preferidos al resto de parientes de sangre, incluidos los ascendientes, a lo que contribuye la obligación de alimentarlos y educarlos, a pesar de la conducta delictiva en que

²⁰⁹ “II. Inclinationis naturalis regulariter eo fertur ut nostra opera quam prolixissime sit prospectum iis, qui ex nobis descendunt; et iuxta hos aliis sanguine nobis iunctis... in hac materia voluntas defuncti respicitur non tam qualis fuerit, quam qualis esse debuerit, et prout ad regulas officii congruebat. Nihil frequentius, quam ut pater unum ex pluribus liberis ardentissimo prae caeteris amore prosequatur... Et nihilominus ubi intestatus decesserit, aequis portionibus haereditatem cernent; non quod iuri naturali repugnet uni ex liberis suis eximiam quandam portionem assignare; sed quia infinite lites inter fratres erant surrecturae, si ex modo paterni affectus patrimonium foret dividendum. Unde apparet, rationem naturalem, quae de successione arbitratur, ubi ultimae dispositiones desunt, non nudam defuncti voluntatem respicere; sed prout ea cum communi hominum inclinatione et officio congruit, ac ne litibus fomes suggeratur”. PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., p. 616.

hayan incurrido, o del excesivo rigor en el comportamiento paterno²¹⁰.

Este deber de alimentar a los hijos alcanza a los descendientes de ambos sexos y no solamente a los de primer grado, sino también a los hijos ilegítimos, naturales o incestuosos, matizando: “*Si tamen cum talibus concurrant legitimi, isti vix postulare poterunt, ut cum his ad aequales portiones admittantur, nisi expresse hoc parentes voluerint*”, admitiendo que el padre en el testamento puede dividir la herencia en porciones diversas, atendiendo a los respectivos méritos de los hijos, o al afecto singular, o a una esperanza futura mejor²¹¹.

Si alguien fallece sin testamento, y las leyes civiles no establecen otra cosa, los hijos heredarán partes iguales, porque se considera que fueron amados con la misma intensidad, a lo que contribuye, no solo las leyes civiles, sino también la razón natural, que protege más intensamente a los hijos legítimos, ya que a pesar de tener el mismo origen paterno con los naturales, no se les puede comparar aquellos

²¹⁰ PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., pp. 617-618: “*In successione igitur ex intestato, ipsa duce ratione, et consensu omnium, quas novimus, Gentium liberi proferuntur reliquis etiam ipsis parentibus. 2 Cor. 12, 14. Rom. 8, 17. Aristoteles, Etica ad Nicom. 8, 14, etc. Favet autem liberis tum parentum obligatio, qua ad liberos alendos, et bene educandos a natura adstringuntur, tum affectus vehementissimus, quem non nisi raro enormia liberorum scelera, aut inusitata parentum feritas extinguit. Ibid., pp. 619-620: Sub nomine autem liberorum comprehenduntur non illi tantum, qui primi sunt gradus, sed et qui secundi et ulteriorum, sive ex filiis, sive ex filiabus descendant; siquidem a propioribus parentibus ali nequeant. Alimenta debentur non legitimis tantum liberis, sed et naturalibus, imo et illis, qui ex incesto concubitu nati sunt*”.

²¹¹ PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., pp. 621-622: “*patri quoque non est necessum, ut aequis portionibus bona inter lieros dividat; sed potest uni atque alteri prae caeteris eximii quid assignare ob singularia merita, aut praeclaram spem, vel etiam ob peculiarem affectum*”.

que han sido generados para propagar la familia y convertirlos en sus herederos²¹².

Uno de los últimos representantes de la Escuela de Derecho natural, discípulo de Thomassius, Vinnio, y Voet, fue Heinecio, quien lleva a cabo una exposición sistemática de las instituciones jurídicas romanas, incluyendo la sucesión testada e intestada, sosteniendo que el fundamento de la antigua sucesión romana fue la conservación de la familia, cuyo jefe era el *paterfamilias*, llamando en la delación, por falta de testamento, a los hijos y a los agnados excluyendo a los emancipados y parientes de sangre²¹³, si bien Justiniano, con su Novela 118, dispone un régimen sucesorio

²¹² PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., pp. 623-624: "*ubi sine testamento pater decesserit, neque civilibus legibus aliter dispositum fuerit, liberi aequis portionibus succedunt, quia in dubio aequali gradu defunctum attingentes aequaliter dilecti censentur... Non leges tantum civiles, sed et ipsam naturalem rationem magis favere liberis legitimis, quam naturalibus, licet hi tantundem trahant ex sanguine paterno, quam illi. Nam qui praeter patris intentionem per vagam libidinem provenerunt, nullo modo comparare se possunt cum his, qui procreati sunt ad familiam propagandam, et ut quis suos haeredes haberet*". Cabe la legitimación de los hijos naturales, si las leyes civiles lo permiten. Ibid., p. 625: *Filios ab intestato succedere, si modo constet, eos ab isto esse genitos, aut non contrariae voluntatis indicia extiterint. Praecipuum argumentum habentur ipsae nuptiae.*

²¹³ HEINECIO, Johan G., *Elementa iuris romani*, 1ª ed. hispana, Compluti, E. Amigo, 1808, pp. 233-234: *De hereditatibus quae ab intestato deferuntur, "nullo existente testamento vel eo infirmato"*, n 660. N° 662: "*Fundamentum successionis veteris erat conservatio familiarum, cuius princeps est paterfamilias. Liberi et agnati... tantum succedebant, qui erant pars familiae: non emancipati et cognati. Liberi = heredes sui = naturales et adoptivi, non ergo emancipati emancipataeve, quos praetor naturali aequitate motus ad bonorum possessionem vocabat edicto. Una ratio Veteri iure exponit Iustinianus in Institutionibus, alia ratio ex iure novo per Novellam 118*".

nuevo²¹⁴, en el que se llama en primer lugar a los que se piensa que eran más amados por el difunto, calificados de legítimos²¹⁵:

²¹⁴ HEINECIO, Johan G., *Elementa iuris romani*, op. cit., pp. 250-252: Novela 118. *De successione descendantium: a favor de los que se piensa que más amaba el difunto. Legitimi - legitimati - adoptivi vel illegitimi.*

²¹⁵ En otra obra del mismo autor (HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho civil romano*. Trad. al castellano, anot. y adic. por L. de Collantes y Bustamante, 8 ed., t. II, Valencia, Pascual Aguilar, 1888, pp. 227-231; 236-241 y 242-261): los antiguos romanos, en la sucesión de los intestados, no trataban de que fuesen herederos los que parecía que debían merecer al difunto mayor afecto que los demás, principio que después siguió Justiniano, sino que las facultades permaneciesen en la familia y no pasasen a otras gentes, llamando a los que eran de su mismo tronco y familia: los herederos suyos, en virtud de las XII Tablas: estos eran *ipso iure* herederos, y el derecho de herederos suyos los hacía en cierto modo dueños aún en vida del padre, por lo que más que como herencia, era como una continuación del dominio, según Cujacio. Eran los que estaban bajo potestad del difunto y obtenían el lugar próximo en esta potestad: tales eran los hijos y las hijas. En este punto los decenviros no habían seguido el derecho ateniense, el cual en primer lugar admitía a los hijos, y después de ellos a las hijas, a la herencia paterna: Iseo. Orat. IX. Pero en Roma, desde un principio tenían igual derecho los hijos y las hijas, así como los nietos y nietas nacidos de hijos varones que el abuelo tenía en su poder, con tal que no hubiesen de recaer bajo la potestad del padre, y no era esencial que estos hijos fueran naturales o adoptivos, y aún la mujer bajo potestad del marido, y la nuera bajo la del hijo. El mismo derecho tenían en la edad siguiente los hijos, ya fuesen legitimados por subsiguiente matrimonio, ya por oblación a la curia, ya por rescripto del príncipe, con tal que estos últimos hubiesen sido legitimados con el fin de suceder. También los póstumos, porque si hubieran nacido en vida del padre, estarían bajo su potestad. Los que volvían de la cautividad por el *ius postliminii* y los dados en mancipio por primera y segunda emancipación o venta, ya que hasta la tercera no se liberaban del poder paterno. También los que nacidos de matrimonio contraído por error, cuya causa había sido aprobada, ciudadano y extranjera, erróneamente tomada por ciudadana. En la partición de la herencia, los hijos e hijas sucedían por cabezas, pero los más remotos por estirpes, en el lugar y porción de su padre. No había diferencia alguna entre hijos e hijas, nietos y nietas, pues sin consideración ninguna al sexo conseguían las herencias de los difuntos en iguales porciones, hasta la ley Voconia. Según Polibio, Escipión el Africano había dejado a sus hermanas la herencia materna, “de la cual nada pertenecía a ellas según las leyes”, entendiéndose por leyes la ley Voconia. Los nietos y nietas eran los descendientes por el lado masculino, porque los nacidos de hijas, nietos, y de nietas, bisnietos, no eran llamados juntamente con los hijos e hijas, ni con los nietos por parte de los hijos, sino que entraban entre los cognados, después de los agnados. Los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, dispusieron que los nietos por

Legitimi = omnes sive masculos sive feminas sive suos sive emancipatos. Primi gradus succedunt per capita, posteriores per stirpes, iure repraesentationis. Omnes succedunt aequaliter, licet sint ex diversis matrimoniis nati.

Legitimati per subsequens matrimonium, eodem iure succedunt ac legitimis.

Adoptivi, cuiuscunque generis, patri ab intestato eodem iure succedunt, ac naturales.

Illegitimi indictincte matri succedunt una cum legitimis, nisi mater sit illustris cuius filius vulgo quaesitus sit, a legitimis excluditur²¹⁶.

Heinecio²¹⁷ no tiene reparo en aportar la valoración de Justiniano respecto del orden de llamada precedente, de la que discrepa el iusnaturalista, porque a este derecho lo llama bárbaro Justiniano en la Novela 21, part. II, siendo así que el mismo Dios estableció que los hijos deben ser preferidos a las hijas en la herencia, según Números 27, 8. Los herederos suyos, por ser tales *ipso iure*, aunque lo ignorasen, conseguían la herencia, como los furiosos, los infantes o los que viajaban por países extraños, y los pupilos, que no necesitaban la autoridad del tutor, ni el consentimiento del curador por parte de los furiosos²¹⁸.

parte de hija sucediesen al abuelo materno y a la abuela juntamente con los hijos e hijas del difunto, pero solamente recibirían dos partes de la porción materna y la otra tercera parte quedaba en poder de los hijos e hijas, aunque esto lo mudó después Justiniano en la Novela 118, 1.

²¹⁶ Los naturales suceden al padre a falta de hijos legítimos y de esposa, y reparten la herencia con la madre. Los nacidos de adulterio e incesto nada heredan, ni siquiera alimentos.

²¹⁷ HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho civil romano...*, op. cit, p. 230, nota 1.

²¹⁸ PS 4, 8, 5 y 6.

Interpreta Coing²¹⁹, que ninguno de los códigos de la Ilustración recogió la regulación del Derecho común, sino la influencia de los iusnaturalistas, en lo que coincide la generalidad de los estudiosos de las codificaciones y su fundamentación, aunque en la llamada a la herencia de los hijos e hijas es verificable la influencia justiniana²²⁰, como vemos en el prusiano *ALR II*, 2, &&300 y ss.; 489 y ss; II, 3, 31 y s.; en el austríaco *ABGB* &731 y s.; o en el francés *Code Civil*²²¹, arts. 731 y ss.²²².

²¹⁹ COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, p. 767.

²²⁰ COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín*, vol. II. Siglo XIX, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996, pp. 766-768: Derecho común, que sitúa como primera clase de herederos a los descendientes. Prusia, *ALR*. Primera clase: descendientes. Code civil. Francia. Primera clase: descendientes por estirpes. Austria. *ABGB*. Seis parentelas en primera clase. Italia. Codice civile. Primera clase: descendientes. España. Código civil. Primera clase. Descendientes. Portugal: Código civil. Primera clase. Descendientes. Holanda. *Burgwerlijk Wetboek*. Primera clase, descendientes. *BGB*. Imperio alemán. Primera clase: seis parentelas. Suiza. *ZGB*. Primera clase. Las tres primeras parentelas. Se acudió al sistema de la representación o sucesión por estirpes, especialmente en el llamamiento de los descendientes e hijos de hermanos.

²²¹ Advierten, en síntesis, WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, pp. 252-255, que “El *Code civil* napoleónico parte de varios proyectos de Cambacères, que no fueron admitidos. Luego en 1800, Napoleón, como primer cónsul, nombra una comisión legislativa en la que estuvieron Tronchet y Portalis, aprobándose como resumen de las 36 leyes singulares anteriormente promulgadas, por ley de 21 de marzo de 1804, basándose en los trabajos preparatorios del Antiguo Régimen. El libro tercero relativo a los modos de adquisición de la propiedad, dedica su principal contenido al derecho hereditario y de obligaciones, apoyándose en las doctrinas de R. J. Pothier. Es modelo en Bélgica, Luxemburgo, Holanda, partes de Alemania, Polonia, Italia, España y Rumanía, en varios códigos civiles de Sudamérica, incluido el Código civil de Brasil, América Central y territorios de USA y Canadá. El *Code* se convirtió en un código de los pueblos románicos. Quiso unir sin violencia el presente con el pasado, Es iusnaturalista también sobre la base del Derecho romano el *ABGB* austríaco.

²²² Resultan suficientemente motivadas las reflexiones de WESENBERG, Gerhard - WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., pp. 238 y 248, al tratar de las aportaciones del Derecho de

Ello no impide que la presencia del Derecho justiniano se manifieste en la normativa positiva actualmente vigente tanto en Alemania como en Suiza, tal como puso de manifiesto Mas Kaser²²³, quien no duda en sostener: Este sistema justiniano se asemeja al actual de muchos ordenamientos centroeuropeos, con algunas diferencias, p. ej. en el sistema de Justiniano los hermanos heredan conjuntamente con los padres, mientras en el orden de las parentelas son excluidos por éstos, aunque no hay diferencia alguna en la primera clase de llamadas, en el actual de las parentelas, a saber, sucesión según ordenamientos, §1924 y ss. del *BGB* alemán; líneas de los §§730 y ss. del Código civil austríaco; estirpes, art. 457 y ss. de Código civil suizo.

la razón en el ámbito del derecho sucesorio, porque queda patente que “el orden de parentelas, con derecho de representación, como sistema de sucesión legal, tal como se articula en el *ABGB* austríaco y en el *BGB* alemán, porque son un producto, al menos en parte, de la doctrina del derecho natural: representan un desarrollo racionalista y una transformación de la sucesión abintestato justiniana. En el siglo XVIII, Leibniz defendió en su juventud la redacción de un breve espéculo jurídico que debía contener las ideas principales de la *Compilación de Justiniano*, cuya vigencia no pretendía derogar. Conring promovió la idea de un código alemán en lugar del *Corpus iuris*, cuyas normas pretendía deducir en parte de la equidad natural, pero también de fuentes autóctonas y costumbres, respaldando este programa de codificación Thomasius. Federico II de Prusia encargó a Samuel von Cocceji que redactara un derecho alemán general del territorio, basado simplemente en la razón y en la constitución del país, en lugar del impreciso derecho latino-romano. Para Cocceji el Derecho romano era la *ratio scripta*, de manera que pudo limitarse a mejoras sistemáticas, eliminando sutileza de los doctores, para que resultara un *ius certum et universale*. El *ALR* prusiano se basa en el *usus modernus* y en el derecho natural, bajo el influjo de Thomasius y Wolff. Sus redactores manifiestan que “quieren fijar el derecho romano aplicable”.

²²³ KASER, Max, *Derecho privado romano...* op. cit., p. 310.

Será suficiente recordar el parágrafo 1924²²⁴, a tenor del cual son herederos legales de primer orden 1. Los descendientes del causante. 2. Un descendiente que vive en el momento de la muerte del causante excluye de la sucesión a los descendientes emparentados con el causante a través de aquél. 3. Ocupan la posición de un descendiente que ya no vive en el momento de la muerte del causante los descendientes emparentados con el causante a través de aquel (sucesión por estirpes). 4. Los hijos heredan por partes iguales²²⁵.

Por su parte, el Código civil suizo dispone la siguiente regulación²²⁶, en su art. 457: “1. *Les héritiers les plus proches sont les descendant. 2. Les enfants succèdent par tête. 3. Les enfants précédés sont représentés par leurs descendants, qui succèdent par souche à tous les degrés*”, mientras que en el art. 461, se regula el régimen de los hijos naturales: “*Les parents naturels ont, du côté maternel, les mêmes droits successoraux que les légitimes. 2. Ils n’ont ces droits, du côté paternel, que si l’enfant suit la condition du père en vertu d’une reconnaissance ou d’une déclaration de paternité. 3. Lorsque, dans la famille paternelle, un parent naturel ou son descendant est en concours avec des descendants légitimes du père, son*

²²⁴ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. *Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. al cast. dir. A. Lamarca Marqués, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 445:

²²⁵ Cf. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (BGB), trad. de C. Melón Infante, Barcelona, Bosch, 1955, p. 394, parágrafo 1924: Herederos legítimos de primer orden son los descendientes del causante. Un descendiente que viva al tiempo de la muerte del causante excluye de la sucesión a los descendientes emparentados con el causante a través de él. En la posición de un descendiente que ya no vive al tiempo de la muerte del causante, entran los descendientes emparentados con el causante a través de él (sucesión por estirpes). Los hijos heredan por partes iguales.

²²⁶ CODE CIVIL SUISSE, de 10 de diciembre de 1907, s. l., Chancellerie Fédérale, 1967, pp. 79-80: libro III, primera parte, título 13.

droit est réduit à la moitié de la part afférente à un enfant légitime ou à ses descendants”, y el art. 465 sobre los hijos adoptivos: “*L’adopté et ses descendants ont envers l’adoptant le même droit de succession que les descendants légitimes*”.

6. La pandectística

A partir de Savigny, y con la Pandectística, el Derecho romano plenamente separado de su entorno social, proporcionó el material necesario para una gigantesca construcción de carácter abstracto y sistemático, en la que el ciudadano libre, desligado de sus vinculaciones de clase, podía vivir sus derechos subjetivos en la medida en que no colisionara con el derecho de otro, compaginando la configuración del derecho privado con la organización de la economía liberal.

En las zonas de Derecho común, en principio, siguió rigiendo el derecho sucesorio *abintestato* justiniano²²⁷, que fue presentado en las Universidades como derecho vigente, aunque se introdujeron muchas modificaciones, mediante estatutos y costumbres, que tenían preferencia sobre la ordenación iuscomunitaria, por lo que era un derecho mixto.

La Pandectística resolvió muchas cuestiones dudosas suscitadas por las Novelas justinianas 118 y 127, por ejemplo ya no se discutió sobre la vigencia del *Edictum de coniugendis cum emancipato liberis*. Se resolvió la cuestión de si cuando un *decius* deja hijos de matrimonios diferentes, corresponden a los hijos del primer

²²⁷ COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín, vol. II. Siglo XIX...*, op. cit., pp. 761-769.

matrimonio todos los beneficios patrimoniales que el *decius* había recibido de la madre de ellos sobre la base del matrimonio²²⁸.

En el siglo XIX se consiguió por primera vez una unificación de la sucesión legal en cada uno de los Estados²²⁹. Esta normativa mantuvo firmemente la idea de que para la sucesión legal entraban en consideración en primer lugar los parientes y el cónyuge del *decius*.

La legislación de la decimonovena centuria parte de concepciones distintas a las del Antiguo Régimen, sobre la función social del derecho sucesorio²³⁰. Si en esta etapa, el derecho de sucesiones fue un medio para conseguir patrimonio y poder por parte de las familias dirigentes, ahora es puesto al servicio de la idea de igualdad. En la división de la herencia se ve un medio para desmembrar de nuevo grandes patrimonios, y de este modo impedir numerosas desigualdades en la sociedad. Esto se manifiesta sobre todo en la configuración del derecho hereditario de los descendientes. Todos los hijos deben ser tratados por igual. Se eliminan los derechos preferentes de los hijos, o de los primogénitos, así como la exclusión o posición peyorativa de las hijas.

En la misma orientación se sitúa la tendencia a recibir toda la herencia del difunto de acuerdo con principios básicos iguales. Se

²²⁸ WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette...*, op. cit., p. 228: Si el causante ha contraído varios matrimonios, los hijos del segundo reciben la dote y la donación matrimonial de este matrimonio, del mismo modo que a los hijos del primer matrimonio le fueron devueltas la dote y donación nupcial con la celebración del segundo matrimonio.

²²⁹ COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín*, vol. II. Siglo XIX..., op. cit., pp. 763-769.

²³⁰ COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín*, vol. II. Siglo XIX..., op. cit., p. 764.

suprimen las numerosas sucesiones especiales de determinados bienes existentes en el derecho del Antiguo Régimen, como los feudos y los mayorazgos. Tampoco se sigue la idea de conservar el patrimonio familiar mediante la aplicación de la regla *paterna paternis*, aunque en países como Austria o Prusia se aplicaron divergencias en la configuración del derecho sucesorio para las casas de labranza, cuya desmembración se quería evitar. De esta manera, la nueva regulación legislativa se acercó fuertemente al derecho propiamente romano justiniano de los parientes, suprimiendo muchas formaciones especiales del derecho medieval²³¹.

Arndts²³², después de reconocer que en el antiguo derecho civil romano, la sucesión legítima se basaba en la agnación o parentesco civil, en el que, según observa Filippo Serafini, entre los agnados próximos, las mujeres entraban, pero solo la consanguínea, insiste

²³¹ Un problema especial era el tratamiento del derecho hereditario relativo a los hijos ilegítimos. La solución depende naturalmente de la concepción básica que se tenga sobre su posición en la familia jurídica, por lo que las soluciones son muy diferentes en los diversos ordenamientos. Por lo que se refiere a los hijos ilegítimos, en el Derecho común, hemos visto cómo heredan, siguiendo al Derecho romano, solo frente a la madre y parientes de ella; eventualmente los hijos de la novia frente al padre. Prusia-*ALR*: solo frente a la madre; pero tienen preferencia sus hijos legítimos. Francia-*Code*: cuando son reconocidos. Participación distinta en la herencia según la clase con que concurren. Austria-*ABGB*: solo frente a la madre. Italia-*Code*: si son reconocidos junto a parientes con una participación pequeña. España-Código: tercera clase hijos ilegítimos reconocidos o legitimados, además una cuota $\frac{1}{4}$ junto a descendientes y ascendientes. Portugal-Código civil: Si son reconocidos. Holanda-*Burgerlijk Werboek*: no se contemplan en particular. *BGB*-Imperio alemán: solo frente a la madre y los parientes de ésta. Suiza-*ZGB*: por completo frente a la madre y los parientes de ella; frente al padre solo si es reconocido.

²³² ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette, con note appendici e confronti di Filippo Serafini*, vol. III, ed. riv. e arr., Bologna, Fava e Garagnani, 1879, pp. 140-158.

en su modificación, en parte gracias al pretor, y en parte a una serie de leyes que acordaron fundarla sobre la cognación. Justiniano estableció con su Novela 118 un “nuovo e semplice ordine di successione legittima”, en el que se rechaza la preferencia de los agnados, y se funda exclusivamente en la cognación, aplicándose tanto a los que están bajo potestad del difunto, como de los que ya no están sujetos al mismo²³³:

Praefatio. Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hac causa positibus de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus.

En el capítulo 4 todavía remarca más su objetivo, acorde con nuestro estudio, ya que se refiere a la plena igualdad de sexos:

Nullam vero volumus esse differentiam in quacunq[ue] successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionebus agnatorum cognatorumque differentiam vocare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus²³⁴.

²³³ Es la Novela 118 de la colección griega, pero la 113 *del Authenticum*.

²³⁴ Para indicar la antítesis entre agnados y cognados, el texto griego conserva los términos latinos. En sentido amplio, *cognatio* y *cognati* comprenden *agnati* y

La llamada, por consiguiente, se realiza sin distinción de sexo, a favor de todos los grados de parentesco, con tal que puedan demostrarse ese vínculo, y como este es una relación bilateral, se aplica la posibilidad de ser heredero legítimo por reciprocidad²³⁵. El parentesco ilegítimo se equipara al legítimo por lo que concierne a las relaciones del hijo y sus descendientes frente a la madre²³⁶, y sus parientes. No obstante, respecto del padre no vienen considerados como consanguíneos, con pleno derecho de sucesión ordinaria, aunque los hijos legitimados se equiparan a los legítimos²³⁷, como ocurre igualmente con los hijos nacidos de un matrimonio putativo celebrado con las debidas formalidades, si bien los progenitores que

cognati: D. 38 10, 10, 1. ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette*, con note appendici e confronti di Flippio Serafini..., op. cit., pp. 142-143, nota 4.

²³⁵ La adopción plena y la adrogación general un perfecto y recíproco derecho de sucesión entre el adoptado y sus descendientes agnaticos, de una parte, y el padre adoptante y sus agnados de la otra, mientras subsiste la relación de adopción. También existe el derecho de sucesión cognaticia entre el adoptado y el padre natural. Si la adopción es menos plena, hay un excepcional derecho de sucesión del adoptado respecto del adoptante. Si la adopción se hace por medio de una mujer, hay derecho de sucesión recíproca entre la mujer y su hijo adoptivo, que abarca a los descendientes del hijo, pero no al resto de sus parientes o de la madre. En la práctica germánica moderna, los hijos de los prometidos tienen derecho a la sucesión del padre, si hubo promesa válida de matrimonio, y este no se celebró por muerte de uno de los prometido, o por infundado rechazo del esposo. Esta práctica se funda en la Decretal X 4.17.12, *qui filii sint legitimi*, aunque hubo diversidad de criterios en la doctrina alemana, a favor y en contra de esta interpretación.

²³⁶ Justiniano dispuso, en C. 6, 57, 6, que a la denominada *mater illustris*, con otros hijos legítimos, no pudieran sucederle sus hijos naturales, matización que hoy no tiene valor práctico. Es discutido si los hijos nacidos *ex damnato coitu*, como son los nacidos de adulterio, bigamia o incesto, tengan derecho a suceder a su madre, aunque algunos solamente lo niegan a los incestuosos, C. 5, 5, 6, defendiendo otros que la norma de la Novela 12, cap. 1, está abrogada.

²³⁷ Los de la Nov. 74 caps. 1 y 2, y Nov. 89, caps. 9 y 11, para los hijos legitimados por rescripto del príncipe, pero también en la legitimación per oblationem curiae, carente de valor práctico en derecho moderno, que fundaba un derecho de sucesión solo entre el legitimado y su padre natural, pero no frente a los parientes de este último Nov. 89 caps. 2-4, 11.

sufren el impedimento para el matrimonio, carecen de la sucesión respecto de aquellos²³⁸.

En el orden de llamada a la sucesión intestada, figuran en primer lugar los hijos, sus hijos y ulteriores descendientes, por derecho de representación, los cuales vienen excluidos si el parentesco, que les une al difunto, viene de un progenitor todavía vivo. Este principio básico de la herencia ab intestato, vigente desde Justiniano, queda referido explícitamente en el cap. 1 de la Novela 118, del año 543²³⁹:

Si quis igitur descendantium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sint, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuit, tamen eius filios, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum alias nostras leges patribus non acquiruntur (nam in usu harum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus): sic tamen, ut, si quem horum descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducta differentia, sive masculi sive

²³⁸ Sobre la regulación jurídica de la sucesión intestada para los hijos naturales, en el *Codice Civile* italiano de 1865, vid. ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette*, con note appendici e confronti di Flippio Serafini..., op. cit., pp. 145-146, nota 5.

²³⁹ ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette*, con note appendici e confronti di Flippio Serafini..., op. cit., pp. 146-151.

feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis sive sub potestate sint constituti.

El último gran exponente de este corriente intelectual en la Alemania del siglo XIX, e inspirador del BGB de 1896, puesto en vigor el 1 de enero de 1900, fue Bernard Windscheid²⁴⁰, quien después de reconocer que la sucesión legal o *ab intestato* no tiene lugar más que cuando no hay testamento, o el testamento es inválido, o el testamento resulta ineficaz, por lo que entonces no tiene lugar inmediatamente después del fallecimiento del difunto, llama a heredar en primer lugar a los descendientes “senza riguardo a patria potestà, conforme a la Novela 118, cap. 1, y al sexo, a diferencia del régimen jurídico del antiguo derecho civil, que solamente llamaba a los descendientes bajo *potestas*, aunque el edicto pretorio, bajo el término *liberi*, se incluye a los emancipados.

En comparación con el derecho germano histórico, Windscheid²⁴¹ deja patente que “*una prevalenza del sexo maschile sul femminile, non fu del resto mai conosciuta dal diritto germano nella classe dei discendenti*”, es decir, estuvo siempre vigente en Alemania la igualdad completa de las personas en razón de sexo en la sucesión paterna²⁴².

²⁴⁰ WINDSCHEID, Bernard, *Diritto della Pandette*. Trad. al ital. de C. Fadda y P. E. Bensa, vol. III, rist. st., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1930, pp. 219-232.

²⁴¹ WINDSCHEID, Bernard, *Diritto della Pandette...*, op. cit., p. 226, nota 3.

²⁴² Los llamados en en proximidad de grado heredan por cabezas, y los de grado ulterior, si el ascendiente ha fallecido, por stirpes, porque no reciben la llamada por derecho propio, sino por el derecho de representación, recibiendo en conjunto la parte que habría recibido su predifunto *parens*, si hubiera venido a la sucesión, conforme a la misma Novela 118, cap. 1, además de I. Iust. 3, 1, 6, y Gayo 3, 8.

El italiano Ferrini²⁴³, entiende que Justiniano otorgó otra base más amplia y comprensiva para la sucesión intestada, porque anteriormente, en el *Ius Civile*, donde no hay sucesión ni de clases ni de grados, al referirse al agnado próximo, conforme a la norma de las XII Tablas, no hay distinción en los hijos, pero la jurisprudencia excluyó a las mujeres *ultra consanguineas*, conforme a *Pauli Sententiae* 4, 8, 20. En la llamada pretoria, en los *liberi*, son herederos los hijos bajo potestad y emancipados, con sus descendientes, y añade: “*non chiama liberi emancipati dall’adottante, bensì, dopo tale emancipazione, a quella del loro naturale ascendente*”, según Ulpiano, *Títuli ex corpore Ulpiani* 28, 8. Además, el padre emancipado concurre con los hijos que quedaron bajo potestad del ascendiente, conforme a la nueva cláusula de Juliano, referida en D. 37, 8, 3²⁴⁴.

El emperador bizantino del siglo VI, quitó importancia a las reformas parciales precedentes, frente al “nuovo e grandioso assetto dato da lui nelle Novelle al sistema delle successioni legittime”, con las Noveles 118 y 127.

7. Codificación española

²⁴³ FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*. 4 ed. cur. E int. da G. Grosso, Milano, Società editrice librería, 1953, pp. 613-619.

²⁴⁴ Después de los SC Tertuliano, bajo Adriano, y Orficiano, del 178 d. C., el primero de los cuales llama a la sucesión a la madre con *ius liberorum*, y en defecto de *liberi*, entre otros, a sus descendientes, mientras el segundo llama al hijo a la sucesión de la madre, y en ambos SC no se exige que los hijos hayan nacido de justo matrimonio, confirmada la orientación por una constitución de Valentiniano, Arcadio y Teodosio, referida en C. Th. 5, 1, 4, al disponer el derecho de sucesión legítima sobre los bienes de los ascendientes maternos a favor de los descendientes, Justiniano amplía el derecho a suceder de la madre aunque no tenga *ius liberorum*, además de eliminar cualquier restricción a la sucesión legítima de las agnadas, conforme a C. 6, 58, 14 pr.

Antes de los diversos proyectos de Código, la ley de 11 de octubre de 1820, prohibió toda clase de vinculaciones, de modo que suprimió el régimen de los mayorazgos, además de la inaplicación de la regla *paterna paternis – materna maternis*, para lo sucesivo, y no puede olvidarse la incidencia de la denominada ley de mostrencos, de 16 de mayo de 1835, con influjo directo en la sucesión intestada de Castilla.

El primer proyecto de Código Civil español data del año 1821, y fue elaborado por la comisión especial de las Cortes²⁴⁵, nombrada el 22 de agosto del año precedente, señalando en su discurso preliminar que “la legislación y la moral reconocen un mismo centro”, si bien la circunferencia de esta última es incomparablemente más extensa, para añadir que “jamás perdió de vista las verdaderas máximas de una razón sólidamente ilustrada para adoptarlas en el Código”.

Después de advertir los problemas que planteaba la legislación española precedente, enuncia la Pragmática de 6 de julio de 1792, que “sentó por base la absoluta incapacidad de los religiosos profesos para suceder, por ser contraria a la esencia de su estado de abdicación”, y sin embargo solamente los excluyó de la sucesión intestada

Prueba de la desigualdad de los hijos es la normativa del libro II, título II, cap. I bajo el título “de la diferente calidad de los hijos”, separando en el art. 357, los hijos legítimos de los ilegítimos, y especificando en el precepto siguiente los que tienen este apelativo:

²⁴⁵ LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 7-13.

a) naturales, de personas no impedidas para contraer matrimonio; b) espurios, si nacieron de soltera o viuda y se ignora el padre; c) incestuosos, si son procreados por personas incapacitadas para contraer matrimonio entre sí por parentesco o cuasi parentesco al tiempo de la concepción; d) bastardos, si fueron engendrados por personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, o al menos una, por la profesión religiosa u orden sacro; e) adulterinos, procreados por personas, al menos una, que tenía vínculo matrimonial. Estos últimos quedan excluidos de la legitimación, mientras que el resto pueden convertirse en legítimos, según el art. 364, por subsiguiente matrimonio de los padres, y quedan plenamente equiparados en derechos a los legítimos. Aunque se preveía una normativa sobre los derechos sucesorios de los hijos en la herencia de los padres, dentro del libro III del Código, su falta de redacción hace que no podamos presentar esa regulación que preparaba la comisión codificadora.

El proyecto de CC de 1836, formado por José Ayuso, Eugenio Tapia y Tomás M^a Vizmanos, ya deja notorio en su exposición de motivos, al tratar de las llamadas a heredar, que frente al Derecho romano, distinguiendo hijos emancipados y no emancipados, debe argumentarse conforme a la equidad natural, aunque esta reflexión lo hacen en aras de la transmisión de la herencia. Después de enumerar que en el Fuero Juzgo, existiendo sucesión intestada, se llamaba en primer lugar a los descendientes, a continuación a los ascendientes, y más tarde a los transversales-cognaticios hasta el séptimo grado, y en último lugar, en defecto de ellos, al cónyuge, la Ley de Partidas llamó a los colaterales hasta el décimo grado, y

después al cónyuge, mientras la Recopilación de Felipe II y la Novísima de principios del siglo XIX restringió la llamada al cuarto grado, excluyendo al consorte y beneficiando en último lugar al fisco, de modo que los legisladores pueden afirmar literalmente²⁴⁶:

En el orden de sucesión intestada, establecido por nuestro Derecho, se consultó menos a las leyes de la naturaleza que a la utilidad del fisco que... limitaron el derecho de suceder a los parientes transversales al cuarto grado, derogando la ley de Partida, que lo extendió hasta el décimo... Tampoco se atendió por aquellas leyes en el modo debido al derecho que da la naturaleza o el afecto personal a los hijos naturales, a los legitimados por Real gracia, a los adoptivos y al cónyuge sobreviviente. La ley debe ponerse en lugar del testador para distribuir los bienes de éste según es verosímil que lo hiciera él mismo si pudiese, siguiendo cierto orden de predilección... Así pues, en concepto de la comisión, deben ser llamados a la sucesión intestada todos los comprendidos en la siguiente escala de graduación por el orden que se establece en la misma, a saber:

1º. Descendientes legítimos del difunto, o legitimados por el siguiente matrimonio.

2º. Descendientes legitimados por Real gracia²⁴⁷.

La explicación aportada por los legisladores evita cualquier comentario, ya que expresa de modo explícito que “la comisión se lisonjea de haber procedido con equidad en llamar a la sucesión

²⁴⁶ LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit., pp. 325-327.

²⁴⁷ “3º. Padres... 7º. Hijos adoptivos, a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres. 8º. Hijos o padres naturales reconocidos...”. 10º. Hijos naturales simplemente declarados...Este orden de sucesión en las herencias *abintestato* se recoge literalmente en el libro IV, título I, cap. II, art.2211.

intestada a todas las personas comprendidas en la escala anterior”, matizando que “no está igualmente convencida de su acierto, en cuanto al orden de preferencia que ha dado a las mismas. Esto no se halla sujeto a una exactitud matemática y depende en gran parte del grado de estimación... alguien querrá favorecer todavía más a los hijos naturales no reconocidos, aquel excluirlos de la sucesión”, etc., para concluir: “la comisión desnuda de afectos y miras personales, tratando siempre de conciliar la moral pública con los afectos naturales, ha procurado seguir un rumbo apartado de opiniones extremas o exagerados afectos”.

El proyecto de CC de 1851, redactado por García Goyena, y suscrito por el citado jurista junto al presidente de la comisión, Bravo Murillo, y el secretario de la misma, Sánchez Puy, además de Antón de Luzuriaga, trata de la herencia intestada en el libro III, título II, cap. II, comenzando por la línea recta descendiente, arts. 761-763, que es la que viene llamada en primer lugar²⁴⁸:

Los hijos del difunto le heredan siempre por su propio derecho y en partes iguales.

Mientras el art. siguiente sienta el principio del derecho de representación a favor de los nietos y demás ascendientes, conforme al art. 755 del mismo proyecto codificado²⁴⁹.

²⁴⁸ LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit. p. 386.

²⁴⁹ Art. 763: “Los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación con arreglo al art. 755”. Posteriormente sigue con la línea ascendente, y más tarde la colateral, que ahora se amplía hasta el séptimo grado, mientras se dedica la sección 3 a las herencias de los hijos naturales reconocidos, a partir del derecho de alimentos. Los arts. 101-140 regulan lo

García Goyena reconoce que el régimen legal propuesto coincide “en todos los códigos antiguos y modernos”, aunque algunos introducían privilegios a favor de algunos hijos, como el de Baviera, libro 3 cap. 12, a favor del hijo mayor en caso de familia noble, o el de Cerdeña, art. 942 y ss., con reducción de derechos para las hembras, pero no deja de anotar que los arts. 762-763 equivalen al art. 745 del *Code civil* napoleónico. El autor del proyecto desglosa su contenido en dos preceptos, por motivos que el autor califica “de claridad y precisión”. El primer párrafo de este último artículo del Código francés, presenta el siguiente tenor literal:

Los hijos o sus descendientes heredan a su padre y madre, abuelos, abuelas u otros ascendientes, sin distinción de sexo, ni de primogenitura, y aunque procedan de diversos matrimonios²⁵⁰.

Su reflexión final sobre el origen de su propuesta, deja patente en su discurso la fundamentación del texto normativo que presentaba a debate²⁵¹:

Estos dos artículos (762-763) forman el capítulo 1 de la Novela 118, y se encuentran, aunque con menor espresion, en las leyes 2, título 2, y 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; el Real está más espreso en

concerniente a los hijos legítimos, legitimación de los hijos naturales por subsiguiente matrimonio, y equiparados a los legítimos “para todos los efectos legales”, reconocimiento de los mismos por los padres, y los hijos adoptivos.

²⁵⁰ “Ellos heredan por partes iguales y por cabezas, cuando están todos en el primer grado, y son llamados por derecho propio; pero heredan por estirpes, cuando vienen todos o parte por representación”.

²⁵¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, Sociedad tipográfico-editorial, 1852, p. 180.

las leyes 1 y 7, título 6, libro 3, y todavía lo está mas la ley 3, título 13 Partida 6²⁵².

El proyecto del libro primero del CC de 1869, del ministro Romero Ortiz, refiere en la memoria presentada para las Cortes Constituyentes, asume la diferenciación de hijos, en función del matrimonio o no de sus generantes, partiendo del privilegio que se otorga a los legítimos, a los que se añaden los legitimados por subsiguiente matrimonio, que únicamente procede en los hijos naturales, eliminando la legitimación por rescripto, y limitando la adopción, sin que pudiera investigarse la paternidad y maternidad ilegítima en caso de hijos adulterinos, sacrílegos e incestuosos²⁵³.

Alonso Martínez presentó el anteproyecto de CC de 1882, respecto de los libros primero y segundo, recogiendo la normativa de la filiación y sus diversas situaciones, y poco después lo concerniente al libro IV, en el que se dedica el cap. II a la sucesión intestada²⁵⁴, disponiendo el art. 940 (761 del proyecto): “la ley llama en primer lugar a la línea recta descendente”, para añadir en el precepto posterior, art. 941:

Los hijos legítimos y sus descendientes sucederán a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios²⁵⁵.

²⁵² La merma de derechos otorgada a los hijos naturales reconocidos viene recogida en los arts. 774-780.

²⁵³ LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit., pp. 516-520, arts. 130-175.

²⁵⁴ LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit., p. 639.

²⁵⁵ Tienen en correspondencia el art. 736 del CC italiano de 1865, y el art. 1985 del portugués de ese período.

Después de especificar los que heredan *per capita* y los que suceden *per stirpes*, en los art. 948-954 regula la herencia intestada del hijo natural y sus descendientes, siempre que sean legalmente reconocidos, o bien legitimados por concesión regia, admitiendo para sus descendientes el derecho de representación, sin olvidar los preceptos 826-827 que previnieron la concurrencia de estos descendientes con hijos o ascendientes legítimos.

El proyecto de ley de bases de 1885, dedica la XVII a la sucesión intestada, enumerando los grupos de personas llamadas y su orden:

1.º Los descendientes... desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto a los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro...

En la discusión de la comisión se hizo notoria la concordancia en el criterio de suceder al difunto, en primer lugar, sus hijos y descendientes, suscitándose disputa sobre el lugar que corresponde a los hijos naturales frente a los ascendientes, que eran llamados en segundo lugar, argumentando que las legislaciones positivas han organizado la familia “sobre el modelo de la naturaleza”²⁵⁶.

En una de sus intervenciones, Alonso Martínez presentó un bosquejo histórico de la sucesión intestada en los pueblos antiguos, incluyendo el romano. Según este jurista, los legisladores acomodaron el sistema de sucesión a la organización peculiar de la familia en cada comunidad política, “sin preocuparse mucho, ni

²⁵⁶ LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 495-501.

poco, ni nada de las simpatías y los afectos del difunto”, de modo que han sido “el principio cristiano, junto a las costumbres germánicas y a la civilización moderna”, los que informan los Códigos europeos y americanos, haciendo triunfar “el tipo de familia natural, en la que los derechos y deberes jurídicos guardan perfecta armonía con los sentimientos humanos”.

El art. 658 del Cc previene la sucesión intestada a falta de testamento, y se adhiere al sistema vigente en tiempos de Justiniano, que es el que se mantuvo en Las Partidas, mientras en el Fuero real solamente se reconocía el derecho de representación a favor de los descendientes. La ley de bases de 11 de mayo de 1888, en su base 18, sitúa a los descendientes naturales detrás de los ascendientes legítimos. Posteriores reformas de su articulado, llevó a cabo el reconocimiento de derechos sucesorios del adoptado respecto del adoptante, en la sucesión intestada.

El art. 33 de la Constitución Española de 1978 reconoce el derecho a la propiedad privada “y a la herencia”, aunque la función social de estos derechos delimitará su contenido conforme a las leyes, de donde dimana el derecho de los parientes en línea recta, como hijos y ulteriores descendientes del causante, a recibir parte del patrimonio del *de cuius*, como manifestación del deber que tiene de compartir sus bienes con las personas próximas dentro de la familia, si hubiera disposición *mortis causa*, porque en otro supuesto la ley hace el llamamiento sucesivo a la herencia, comenzando por los descendientes en línea recta²⁵⁷.

²⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil*, vol. V. Sucesiones, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 5-6.

Un precepto anterior, del mismo cuerpo legal, proclama la unidad de la sucesión, sin atender a la filiación matrimonial o extramatrimonial, de un único matrimonio o de varios sucesivos a lo largo de la vida del causante, mientras el art. 14 de la CE de 1978, proclama: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” .

Consecuentemente con este precepto, la reforma del CC de 1981 eliminó la distinción entre parientes legítimos y naturales, otorgando los mismos derechos a ambos grupos. De ahí, que el art. 912 disponga los supuestos en los que tiene lugar la sucesión legítima, aunque sea una enumeración incompleta, y el art. 930 establece que hereden en primer lugar los integrantes de la línea recta descendente, sin limitación de grado, mientras el art. 931 matiza: “los hijos y sus descendientes suceden a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación”, con lo cual elimina los privilegios históricos unidos a la primogenitura y masculinidad, así como la diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales llamados a la sucesión de sus ascendientes. En el precepto siguiente queda dispuesto que los hijos heredan siempre por su propio derecho, y dividen la herencia en partes iguales, mientras los ulteriores lo hacen por estirpes, en virtud del derecho de representación (art. 933)²⁵⁸,

²⁵⁸ Enseñan Díez Picazo y Gullón, que esta sucesión recibe el nombre de intestada porque tiene lugar a falta de testamento, y legal o legítima porque la dispone la ley, encontrando su fundamento en el mismo que el del fenómeno sucesorio en general, habiendo dado prioridad a la sucesión testamentaria,

Recuerdan Díez Picazo y Elvira Perales²⁵⁹, que el texto constitucional español citado, es parte de una constitución rígida y suprallegal, por lo que exige particulares requisitos y solemnidades para su reforma, mientras sus disposiciones prevalecen sobre todo el conjunto del ordenamiento jurídico, elevándose a constitución suprema, y conformando un documento jurídico plenamente eficaz. Algunos de sus preceptos tienen eficacia directa, aplicándose sin necesidad de venir desarrollados por el legislador, como los preceptos que regulan los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el que acabamos de señalar, aunque afortunadamente cuenta con una Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona, que facilita la tutela de los derechos y libertades ante todos los tribunales ordinarios, garantizando la efectividad de los mismos

Martínez Martínez²⁶⁰, discurre sobre la oportunidad de sustituir en la normativa positiva codificada hispana los términos sucesión legítima y herederos legítimos, por los de sucesión intestada y herederos *abintestato*, anteriormente criticada por Mucio Scaevola, Castán Tobeñas, Vallet de Goytisolo y Lacruz Berdejo, entre otros civilistas. Entiende la autora que dada la diversidad de términos

llenando la laguna que generaría la ausencia de un testamento eficaz, discutiendo la doctrina sobre posibles causas de la selección de esas personas y no otras en la llamada intestada. DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 468-471.

²⁵⁹ DÍEZ PICAZO, Luis-ELVIRA PERALES, Ascensión, *La Constitución de 1978*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 62-64,

²⁶⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, 'La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil', en AA VV., *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, Murcia, Universidad, 2006, pp. 460'462.

utilizados como sinónimos, y su reflejo en las legislaciones forales, sería conveniente, para evitar equívocos, ya que bajo la denominación de sucesión legal entraría, por ejemplo, la forzosa o legitimaria, retornar a la denominación romana de sucesión intestada, en los arts. 188, 912 y 981 del CC, aunque en el último precepto se hablaría en plural de “sucesiones *abintestato*”, mientras los arts. 764 y 958, emplean los de “herederos legítimos”, y deberían ser reemplazados por “herederos *abintestato*”.

8. Consideración final

Podemos concluir con algunas palabras del enigma que figura en el claustro del Edificio Histórico de la Universidad de Salamanca, en el que podemos leer: “*iustitia recta... nuda et ponderata liberalitas, regnum firmiter servat*”, completadas con las palabras del jurisconsulto clásico Ulpiano, contenidas en el Digesto²⁶¹ y reproducidas por el emperador bizantino Justiniano en sus Instituciones²⁶²: “*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”, siguiendo la herencia cultural de Roma, de donde proviene el aforismo medieval “*lex non videtur quae iusta non est*”. Recordaba Enrico Besta²⁶³, cómo los padres de la Iglesia, a pesar de combatir ardientemente los vicios de los romanos, sin embargo reconocieron que las leyes de esa comunidad política estaban “*recte et sapienter constitutae*”, sin omitir la necesaria adaptación de sus

²⁶¹ D. 1, 1, 10pr. Ulpiano libro I Regularum.

²⁶² Inst. Iust. 1, 1pr, sustituyendo el futuro *tribuendi* por el participio de presente, *tribuens*.

²⁶³ BESTA, Enrico, *Fonti del Diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano sino ai nostri tempi*, rist., 2ª ed. riv., Milano, A. Giuffrè, 1962, p. 1.

instituciones y preceptos al contexto histórico, cultural, social, económico y político de cada pueblo.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Istituzioni di Diritto romano*, 2ª ed. total. rif., rist., Napoli, Simone, s. a.

AA.VV., *Le Bréviaire d'Alaric. Aux origines du Code civil*, dir. M. Rouche et Bruno Dumézil, París, PUPS, 2009.

ALFONSO X EL SABIO, *Fuero real. Edición, estudio y glosario de A. Palacios Alcaide*, Barcelona, PPU, 1991.

ALFONSO X EL SABIO, *Las siete Partidas*, t. III. *Partidas quinta, sexta y séptima. Sexta partida con la glosa de Gregorio López*, en Salamanca, por Andrea de Portonariis, 1555, ed. facs., Madrid, BOE, 1974.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, "Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri", en *Scritti di Diritto romano*, vol. I, Camerino, Università-Jovene, 1974, pp. 461-487.

ARCHI, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, Il Mulino, 1970.

ARNAUD André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, LGDJ, 1969.

ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette, con note appendici e confronti di Flippio Serafini*, vol. III, ed. riv. e arr., Bologna, Fava e Garagnani, 1879.

AZONIS, *Lectura super codicem, Augustae Taurinorum*, ex of. Erasmiana, 1966.

AZZARA, Cl. - GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germánico*, Milano, La Storia, 1992.

BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Tractatus de successione ab intestato, en Consilia, quaestiones et tractatus*, Venetiis 1590.

BEAUCHET, Ludovic, *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, t. III. *Le droit de propriété*, Amsterdam, RODOPI, 1969.

BESTA, Enrico, *Fonti del Diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano sino ai nostri tempi*, rist., 2^a ed. riv., Milano, A. Giuffrè, 1962.

BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961.

BIONDI, Biondo, *Diritto romano cristiano, vol. III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, A. Giuffrè, 1954, pp. 339-342.

BIONDI, Biondo, *Giustiniano primo, principe e legislatore cattolico*, Milano, Vita e Pensiero, 1936.

BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano, vol. I. Diritto di famiglia*, rit., Milano, A. Giuffrè, 1963.

BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8^a ed. ital. por L. Bacci y A. Larrosa, 3^a ed., Madrid, Reus, 1965.

BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, rist. anast., Padova, Antonio Milani, 1971.

CALASSO, Francesco, "Il problema storico del diritto comune", en *Studi di Storia e diritto in onore di Enrico Besta*, per il XL anno del suo insegnamento, vol. II, Milano, A. Giuffrè, 1939.

CAMBACÈRÉS, Jean-Jacques Régis de, *Projet de Code civil*, Paris, E. Duchemin, 1977.

CODE CIVIL SUISSE, de 10 de diciembre de 1907, s. 1., Chancellerie Fédérale, 1967.

CODE CIVIL, 112^a ed., Paris, Dalloz, 2013.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (BGB), trad. de C. Melón Infante, Barcelona, Bosch, 1955.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. *Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. al cast. dir. A. Lamarca Marqués, Madrid, Marcial Pons, 2013.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, trad. al español, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. LXXXIII-LXXXIV.

COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín, vol. I, (1500-1800)*, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996.

COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín, vol. II. Siglo XIX*, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996.

COVARRUBIAS, Diego de, *Practicarum quaestionum, caput 38, Operum*, t. II, Lugduni, sumptibus Phil. Tinghi, 1574.

De successió abintestat. Constitutions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtut del capitol de Cort 82..., introducció J. M . Pons i Guri, Barcelona, Generalitat, 1995.

DÍEZ PICAZO, Luis - ELVIRA PERALES, Ascensión, *La Constitución de 1978*, Madrid, Iustel, 2008.

DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

DINO DA MUGELLO, *Tractatus peculiaris de successione ab intestato*, en AA. VV., *Tractatus illustrium de successione tam ex testamento quam ab intestato*, Coloniae Agrippinae, apud Johannem Gymnicum, 1590.

El Código de Eurico. Edición, palíngenesia, e índices por Alvaro D'Ors, Roma-Madrid, IJE, 1960.

FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*. 4 ed. cur. E int. da G. Grosso, Milano, Società editrice librería, 1953.

FIRA. *Pars altera. Edidit notisque illustravit, Johannes Baviera*, Florentiae, Barbèra, 1940.

FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015.

GARCIA FUEYO, Beatriz, *Alonso Antonio de San Martín, obispo de Oviedo y Cuenca e hijo de Felipe IV*, Oviedo, Universidad, 2012.

GARCÍA FUEYO, Beatriz, *Recepción de las instituciones romanas en la biografía de Alonso Antonio de San Martín, hijo de Felipe IV*, Santiago de Compostela, Andavira, editora, 2015.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, Sociedad tipográfico-editorial, 1852.

GAUDEMET, Jean, "La transmission des constitutions relatives au droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares", en *RIDA* 7 (1960) 399-435, reimpr. en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 315-351.

GAUDEMET, Jean, "Le statut de la femme dans l'Empire romain", en *Recueils de la Société Jean Bodin XI*, Bruxelles 1959, pp. 191-222, y en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 227-258.

GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, Madrid, Reus, 1925.

HÄNEL, Gustav F., *Lex romana visigothorum*, reimpr. de la ed. de Leipzig, Teubner, 1849, Pamplona, Analecta, 2006.

HEINECIO, Johan G., *Elementa iuris romani*, 1ª ed. hispana, Compluti, E. Amigo, 1808.

HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho civil romano*. Trad. al castellano, anot. y adic. por L. de Collantes y Bustamante, 8 ed., t. II, Valencia, Pascual Aguilar, 1888.

HERRERA BRAVO, Ramón, “Reformas posclásicas y justinianas en la sucesión intestada, y su evolución en la tradición jurídica romano-germánica”, *Revista internacional de Derecho romano (RIDROM)* 21 (2018) 326-398.

IGLESIAS, Juan, “La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno”, en *Estudios. Historia de Roma – Derecho Romano – Derecho Moderno*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, pp. 264-270.

JORDÁN DE ASSO, Ignacio-MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5ª ed., corr. notab. aum., Madrid, Ramón Ruiz, 1792.

KASER, Max, *Derecho privado romano*. Trad. esp. de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil*, vol. V. *Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2009.

LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, Ariel, 1978.

LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

LE CODE CIVIL 1804-2004, *Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz, 2004.

LEPOINTE, Gabriel, *Les successions dans l'Ancien Droit*, Paris, Domat Montchrestien, 1945.

LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico-jurídico-literal a las 83 leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, Compañía de impresores y librerías del Reino, 1852.

Lo Codi en castellano, según los mss. 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional. Edición y estudio preliminar de Juan A. Arias Bonet, Madrid, Universidad Complutense, 1986.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, "La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil", en AA VV., *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, Murcia, Universidad, 2006, pp. 460-462.

MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I. Parte teórica, Madrid, Universitas-UNED, 2002.

OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil*, París, Albin Michel, 1985.

PÉREZ PRENDES, José Manuel, en *Las Bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid, Iustel, 2010.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Historia del Derecho español*, vols. I y II, Madrid, Universidad Complutense, 2004.

PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io.*

Barbeyraci t. I, Francofurti et Lipsiae, ex off. Knochio-Eslingeriana, 1759.

RESINA SOLA Pedro, "La condición jurídica de la mujer en Roma", en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*. eds. A. López, C. Martínez y A. Pociña, Granada, Universidad, 1990, pp. 98-119.

SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, Coruña, Imp. de Gregorio, 1837.

SANTUCCI, Gianni, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Summa Codicis des Irnerius, mit einer Einteilung. Herausgegeben von Hermann Fitting, Berlin, J. Guttentad, 1894.

SUSA, Enrico da, *Summa aurea*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1568.

TROPLONG, Raymond Théodore, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, reimp. de la 3^a ed. de Paris 1868, Darmstadt-Aalen, Scientia Verlag, 1975.

VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano, vol. II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2^a ed. rif., Milano, A. Giuffrè, 1963.

VOCI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985.

WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4^a ed. alemana, Valladolid, Lex Nova, 1998.

WINDSCHEID, Bernard, *Diritto della Pandette*. Trad. al ital. de C. Fadda y P. E. Bensa, vol. III, rist. st., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1930.