

www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradicón Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

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

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

Ramón Herrera
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Jaén

sangre (*cognatio*) frente a la *agnatio*, fruto del impulso aportado por el derecho pretorio, junto posteriormente con la influencia del Cristianismo². Pero, además, se iguala el parentesco materno y paterno y se eliminan las diferencias entre *filiifamilias* y emancipados. Al abrirse la posibilidad de la *successio ex lege* los cambios se suceden en el ámbito patrimonial y personal de la familia, aumentando la capacidad patrimonial de los *fili* y reconociendo la legitimación de los hijos naturales *per subsquens matrimonium*, adquiriendo éstos la condición de *sui*, además de equiparar a los agnados con los cognados³. Igualmente, a partir de Valentiniano y Teodosio se implanta la equiparación de sexos, cuya máxima expresión la encontramos en la Compilación de Justiniano, atribuyéndose derechos a la mujer, aboliendo el privilegio de los agnados del sexo masculino⁴.

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

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

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

⁴ C. 5, 27,10; C. 8,47,10, I. 3,1,14.

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

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

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

⁵ KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. esp., Barcelona, 1977, p. 447.

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

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

presente, ofreciendo a veces diferentes formas, resultado de la oposición entre principios locales e importados. Las causas de esta situación, apostilla el citado autor, radican en diferentes aspectos como: la organización económica y personal de la familia; el concepto de propiedad; organización social; efectividad del ordenamiento jurídico e ideas filosófico religiosas⁸. Aunque resulta obvio que la visión personalista de la sucesión, propia del Derecho romano, pervive a través del Derecho visigodo y revive en la Baja Edad Media por medio del Derecho Común; pero en continua tensión con la perspectiva patrimonialista que se implanta en los reinos hispánicos en la Alta Edad Media. Si bien es obvio que los «motivos que abren la sucesión ab intestato son los enunciados en el Derecho romano (falta de testamento, anulación de éste o no aceptación de la herencia», la evolución está marcada «por los principios del Derecho romano justiniano, del Derecho canónico y algunos de los elementos que se habían ido desarrollando durante el sistema jurídico medieval a través del Derecho local»⁹.

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

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

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

A partir de la época clásica y su desarrollo posterior en el ámbito de los llamados a la herencia intestada se producen grandes cambios; y, efectivamente, la nueva configuración de la idea de familia trae como consecuencia una nueva situación jurídica para el *filius familias*, donde deja de estar bajo la absorbente *patria potestas* del *pater familias* y puede ostentar un patrimonio de forma independiente¹⁴. En el proceso de creación pretoria empieza a vislumbrarse la tendencia de hacer, primero, a los hijos herederos antes que a los progenitores. El *ius honorarium* viene, además, a equiparar a los hijos emancipados como *sui* (Gayo 3,26). Y eso que, ni siquiera a través de la *fictio* pretoria, algunos *fili* aparecen como meros *cognatis* del padre, como aquellos que se encuentran por *adoptio* en otra familia. Y es que: «siguiendo la línea marcada por el edicto pretorio, los senadoconsultos y las constituciones imperiales trataron de poner remedio a aquellas iniquidades, concediendo derechos sucesorios en base a los vínculos de consanguinidad»¹⁵.

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

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

herederos y no como *bonorum possessores*. Sin embargo, Voci³² entiende que la reforma de Constantino tiene dos lagunas:

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

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

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

³² VOCI, *Diritto ereditario*, cit., pp. 38 ss.

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

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

La regulación de la sucesión intestada va a venir perfilada de cara a la sucesión de la madre respecto a los hijos que mueren intestados. En una serie de constituciones, recogidas en C. 8,58 (59), 2 y C. 6,56,7, queda claro la abolición del *ius liberorum* y, además, la madre dividía con los hermanos agnados y emancipados, excluyéndose los colaterales ulteriores³⁷.

Un caso especial es el que se recoge en C. 6,57,5, donde ante el supuesto de que una *illustris mulier* hubiera concebido un hijo en legítimo matrimonio (*iustis nuptiis*) y tuviese otro espurio de *pater incertus*. Cuando concurren ambos se reservan los bienes para los primeros, en función de la *ratione castitatis* de la mujer³⁸.

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

Ahora bien, la inclusión de una serie de constituciones en el Codex son el resultado de una continuidad histórica, pues en época postclásica los emperadores ya habían regulado ciertos temas, aunque de manera tardía. Siguiendo a Archi encontramos algunas de estas conexiones³⁹:

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ LAMBERTINI, *I caratteri della Novella*, cit., p. 15.

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

Para Lambertini⁴⁵, la Novela 118 es la síntesis entre el derecho provincial o griego helenístico y el Derecho romano, aspecto que ya fue señalado por Arangio Ruiz⁴⁶ al afirmar la raíz griego-oriental de la parentela. Se establecen cuatro clases de posibles sucesores, en cada clase el más próximo en grado es llamado a la herencia, en caso de que falte éste o renuncie se pasa al grado siguiente y solamente faltando los herederos de la clase se pasa a la siguiente, no existiendo diferencias por razón de sexo. En definitiva, el nuevo régimen abandona todo criterio de *agnatio* y solamente toma en consideración la *cognatio*⁴⁷.

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

⁴⁵ LAMBERTINI, op. cit., pp. 43 ss. y 82.

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

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

⁴⁸ Así lo manifiesta TURIEL, G., *La sucesión intestada*, cit., p. 77.

La expresión *germani* según D'Ors supone un nuevo empleo de la terminología, a diferencia del Código Teodosiano donde el término *germani* se refiere a los hermanos del padre en contraposición a los *uterini*, solo de la madre. En cambio, Justiniano entiende que los *germanos* son los hijos del mismo padre y madre, mientras que *consanguinei* son hijos del mismo padre y distinta madre⁵².

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

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

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

entendiendo que si concurre con cuatro o más descendientes obtiene una cuota viril y si concurre con menos de cuatro, obtiene la cuarta parte (*quarta uxoria*), aunque la cuota no puede superar las cien libras de oro⁵⁵.

Igualmente, se reconocen derechos a los impúberes arrogados o adoptados y, posteriormente, emancipados, reservándoles la cuarta parte del patrimonio paterno (*quarta divi Pii*) (D. 5,2,8,15; D. 10,2,2,1; D. 38,5,13; I. 1,11,3). Para un sector de la doctrina se trataría de un legado de cuota dispuesto por ley, del cual nacería un crédito sobre la cuota misma contra los herederos⁵⁶. Como proyección de estos principios, los nacidos en concubinato, y en ausencia de hijos legítimos y esposa, recibían un sexto del patrimonio del padre natural. Además, la madre biológica divide con los hijos recibiendo una cuota igual a cada uno de ellos, excluyéndose de tal prerrogativa a los hijos incestuosos (Nov. 89,12).

IV.- DOS SUPUESTOS CONCRETOS: LA SUCESIÓN INTESTADA DEL LIBERTO Y LOS BONA VACANTIA.

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

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

A partir de Augusto, las herencias abandonadas (*bona vacantia*) se atribuyen al fisco en concepto de *caduca*. Ahora bien, si estos patrimonios hereditarios se encontraban sobrecargados de deudas, en función del Edicto, se dejaban a los acreedores⁶³.

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

Una de las cuestiones más polémicas que se suscitan en este punto está relacionada con lo siguiente: ¿El *fiscus* adquiere los *bona vacantia* a título de heredero? El tema no está exento de un fuerte debate doctrinal. Si partimos de Schulz, el fisco no es considerado un heredero, pero su posición jurídica es muy similar. Y es que la dificultad se origina en que los llamamientos de la sucesión intestada se fundamentan en lazos familiares de parentesco entre el causante y los llamados⁶⁵.

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

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

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

éste pertenecía a la misma (C. 6,62,1-5); la Iglesia o el monasterio para los eclesiásticos (C. Th. 5,3,1; C. 1,3,20; Nov. 131,13)⁶⁸; en otras ocasiones, cuando el *de cuius* es militar y muera intestado y sin parientes, la adquisición de la herencia corresponderá a la *vexillatio* (unidad de veteranos)⁶⁹; por último, a favor de la Curia, si el miembro que dejaba los *bona vacantia* era uno de sus curiales⁷⁰.

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

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

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

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

⁷⁰ C. 6,62,4.

El fisco tiene un afán recaudatorio y, si no se prodiga más, es porque se da una primacía absoluta al principio general de respeto de la voluntad de testar, así como a la protección de la familia a través de los distintos llamamientos en la sucesión intestada⁷¹.

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

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

Con la caída del Imperio romano de occidente empieza a introducirse en Europa el derecho de los pueblos germánicos. La presencia de unas estructuras familiares fuertes hacía que el heredero fuera el resultado de una expectativa legítima donde se combinaban la idea de condominio y consanguinidad. De forma que, como señala Padovani: «*quanti uscivano dal nucleo domestico non avevano diritto a succedere*». Aunque tales "*foris familiae*", si habían salido de la familia por la vía del matrimonio o de la emancipación, podrían recibir un anticipo de la cuota hereditaria⁷². Esta forma sucesoria es consecuencia de la cohesión familiar, que parte de un patrimonio conyugal, pero que una vez rota la «comunidad matrimonial,

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

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

muchas las discrepancias, pues Braga da Cruz entiende que el Código de Eurico no sancionaba la absoluta libertad de testar, sino que consagraba plenamente la reserva del sistema jurídico germánico⁸⁰. El debate, pues, sobre la influencia romana sería interminable y es una cuestión abierta y, pese a que Schultze considerara que el testamento romano fue aceptado por los visigodos⁸¹, aparecen posturas diferentes como la de Vismara, el cual analiza el grado de recepción del testamento romano que ha penetrado en el Derecho visigodo⁸². Sin ánimo de perdernos en especulaciones teóricas en el Derecho visigodo, la herencia intestada debe ir a los parientes más próximos y los descendientes adquirirían una condición preferente. Aunque en el Código de Eurico se producen unas claras discriminaciones por razones de sexo entre los descendientes de primer grado, quien en principio equipara a las hermanas con los hermanos, pero con dos excepciones:

- a) Pérdida de la cuota correspondiente a las hermanas que se casan después del fallecimiento de los padres, sin el permiso del grupo familiar o ingresan en una orden religiosa.

- b) Sustracción de la facultad de disponer sobre las tierras a los hermanas solteras y religiosas con el consentimiento familiar⁸³.

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

⁸¹ SCHULTZE, A., *Über westgotisch-spanisches Eherecht*, Leipzig, 1944.

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

⁸³ *Antiquae* 4,2,1; 4,2,10; *LI.* 4,2,9.

Según el Código euriciano las hijas heredaban igual cantidad que los hijos, pero no a título de propietarias, sino como usufructuarias⁸⁴. Los llamamientos en la sucesión intestada están marcados por el siguiente orden: en primer lugar, los hijos, a falta de éstos los nietos y en lugar de éstos los biznietos, sin que este último llamamiento cierre el tercer grado de los descendientes, pues debe entenderse como indefinido. El mismo Codex admite el derecho de representación, pues se permite que los nietos deban recibir la misma porción que hubiera correspondido al padre de haber vivido. En cambio, si quien premuere al padre es una hija, los hijos que haya dejado no heredan todo lo que le corresponde, sino sólo las dos terceras partes (CE 327). Sin embargo, en el *Liber Iudiciorum* se reconoce el derecho de representación de los nietos sin hacer diferencia de sexos, de manera que los que heredan en representación de su madre perciben toda la cuota que a su madre le hubiera correspondido⁸⁵.

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

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

⁸⁵ L.I. 4,2,18; 4,5,4.

⁸⁶ PÉREZ PRENDES, J. M., *Curso...*, cit., p. 1.136.

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

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

Todavía en el ámbito de la Alta Edad Media, en diferentes geografías europeas, se viene regulando la sucesión intestada. Así, en Italia la invasión de los longobardos introduce el derecho de los pueblos germánicos⁸⁸. Si partimos del Edicto de Rotario y seguimos a Padovani, el orden sucesorio se fija en el capítulo 153 y «aparece estructurado en líneas y grados (y no sólo por grados como estaba en el Derecho romano) según el sistema establecido en los pueblos germánicos. El primer círculo de parientes estaba constituido por la línea descendente en la cual los sujetos más próximos, ejemplo hijos, excluyen a los más remotos, ejemplo sobrinos y los machos a las hembras; el segundo está formado por los padres y sus descendientes, es decir, hermanos y hermanas del difunto; en el tercer lugar entra en consideración la familia

⁸⁷ PÉREZ PRENDES, J. M., *Ibidem*, p. 1.136.

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

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

En ese discurrir del derecho hereditario por los distintos territorios europeos se presentan diferentes apariciones de las formas sucesorias. En Italia, la doctrina representada por Calasso considera una mayor presencia de la sucesión intestada, por encima de la testamentaria, especialmente en el periodo comprendido entre los siglos XIII y XVI⁹⁶. Mientras que otros autores encabezados por Tamassia, en base a sus estudios sobre la familia, se sitúan en una posición contraria dándole un papel más relevante a las formas testamentarias⁹⁷. En una posición más ecléctica se ubica Padovani, el cual llama la atención sobre la falta de estudios específicos en la historiografía italiana y se decanta por el hecho de que el uso del testamento sería más bien propio de la burguesía y de las clases nobiliarias ante la intención de darle un determinado destino a su patrimonio acumulado⁹⁸.

El caso es que la sucesión intestada en el ámbito de la geografía del *Ius commune*, cuando se genera el proceso al que denominamos “Recepción”, es muy variado y exige una adaptación y modificación para que tenga validez⁹⁹. El propio Lalinde hablaba de la incidencia del Derecho común en la geografía

⁹⁵ GROSSI, P., *Ibidem.*, p. 224.

⁹⁶ CALASSO, *Medioevo del diritto*. I. *Le fonti*, Milano, 1954, p. 257.

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

⁹⁸ PADOVANI, A., v. “Successione legittima (Diritto interm.)”, cit., pp. 1320-1321.

⁹⁹ COING, H., *Derecho privado europeo*, cit., p. 763.

jurídico medieval a través del Derecho local»¹⁰³. En este periodo, los llamamientos están fundamentados en el orden que hubiera manifestado el causante en función de sus lazos afectivos, que vendrían establecidos: en primer lugar, los descendientes con una superioridad de la filiación legítima sobre la natural; en segundo lugar, ascendientes seguidos de los colaterales hasta el décimo grado; y el orden se cerraba con el cónyuge viudo y el fisco¹⁰⁴. Efectivamente, la apertura de la sucesión intestada en las Partidas respondía al hecho de que un hombre muriese sin haber otorgado testamento (“home muere et non face testamento”) o cuando el testamento “no guarda la forma que sebe se er guardado”; o, a veces, cuando el testamento deja de tener validez por el nacimiento de un hijo póstumo; y, por último, el supuesto de “aquel heredero non quiere la heredat desechandola” (Partidas 6,13,1).

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

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

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

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

sucesión de colaterales. A falta de parientes entraría en juego el cónyuge viudo, si no la Cámara del rey¹¹⁸.

La presencia del Estado como heredero nos permite analizar, aunque sea brevemente, la evolución de este llamamiento. Así, en el ámbito del Derecho germánico se reconoce el derecho del poder público a adquirir los bienes de aquel que moría sin herederos¹¹⁹. Por lo que respecta al Código de Eurico, no se hace mención expresa del derecho del Fisco a la herencia intestada, pero este silencio no debe interpretarse en un sentido negativo, puesto que el texto euriciano contiene mucha tradición romana¹²⁰. En el *Liber Iudiciorum* «se contemplan casos de atribución al Fisco, con carácter de pena, de bienes de los particulares. No está prevista con carácter general la sucesión del fisco para el caso de que alguien muera sin parientes»¹²¹. Y es que, para Zeumer se considera supérfluo indicarlo de manera expresa¹²².

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

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

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

¹²⁰ D'ORS, A., *El Código de Eurico. Estudios visigóticos*, II, Roma-Madrid, 1960, p. 267.

¹²¹ PACHECO CABALLERO, F. L., "Derecho histórico y Codificación. El Derecho sucesorio", *AHDE*, 82, 2012, p. 140.

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

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

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

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

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

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

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

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

hijos de bendición. Y, por último, el Fuero de Ayala atribuye iguales derechos a los hijos de bendición que a los hijos sin haber mediado casamiento¹³⁸.

En relación al Derecho aragonés, contamos con el Fuero de Jaca, donde las situaciones jurídicas del “filtz bort” y del “filtz nat en adulteri” están perfectamente determinadas. Si el padre muere sin testamento, la herencia se partirá por igual entre el “filtz bort” y los hijos de bendición. En cuanto a los nacidos en adulterio, no deben heredar a no ser que el padre les deje alguna cosa por piedad y mediante carta. Este mismo principio se debe aplicar a la mujer casada si tiene algún hijo en adulterio¹³⁹. No cabe duda que los hijos nacidos en adulterio presentan un tratamiento discriminatorio en Aragón, sobre todo debido a los criterios moralistas del Derecho canónico, que influye en la redacción de los Fueros, junto con necesidades demográficas de cara a la repoblación, que tratan de atraer cristianos con escrúpulos poco moralistas¹⁴⁰. Así, por ejemplo, el Fuero de Sobrarbe (2,2) dispone que si hay hijo o hija de barragana deben de compartir la herencia con los hijos de bendición. En el caso de que el padre no tuviera hijos de bendición, entonces deben heredar la totalidad de los bienes¹⁴¹.

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

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

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

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

¹⁴¹ FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia*, cit., p. 203.

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

Tanto en el Derecho francés, como en el alemán, la regulación de la sucesión intestada está configurada desde la perspectiva de hacer llamamientos a la familia del causante, en función de sus deseos. En ambos ordenamientos se le da preferencia a los hijos, así como a la representación “per stirpes” de los hijos premuertos. En una línea análoga al tratamiento que le imponía el Derecho romano, si no existen herederos entre los descendientes, el llamamiento hereditario corresponde a los padres y a sus descendientes¹⁴⁶. Posteriormente, se asigna una cuota de una cuarta parte si sobrevive el padre y el resto, a los hermanos y hermanas o sus representantes. Por último, si solo sobrevive el padre, éste recibirá la mitad del caudal y el resto va a parar a los parientes del otro lado de la familia¹⁴⁷. El Código Napoleónico fundamenta los llamamientos hereditarios en “principios básicos iguales”. Se trata de superar las diferentes sucesiones especiales del

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

¹⁴⁶ STEIN, P., *Ibidem*, p. 232.

¹⁴⁷ Arts. 731-755 del Code Civil.

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

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

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

¹⁵² COING, H., *Derecho privado europeo*, cit., p. 765.

- Por último, los colaterales accedían a la herencia hasta el sexto grado (art. 736), ante la ausencia de descendientes, ascendientes, hermanos y hermanas y sus descendientes¹⁵⁶.

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

El Derecho civil español actual viene marcado por una serie de peculiaridades, puesto que en la actualidad conviven una serie de derechos civiles forales o especiales que no son solo el reflejo de una diversa tradición histórica, junto con un Código civil más que centenario¹⁵⁷.

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

¹⁵⁶ PADOVANI, A., *Ibidem.*, p. 165.

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

disposición de la ley»¹⁵⁸. Es esta una peculiaridad diferencial con respecto al Derecho romano que consagraba el principio de incompatibilidad de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada. En el Código civil no se mantiene y se admite, en consecuencia, la compatibilidad entre ambas formas de sucesión¹⁵⁹.

Estos rasgos peculiares también se detectan en relación a que la jurisprudencia romana describe la herencia como una “*successio in universum ius*”¹⁶⁰, proyectándose en el artículo 660, que llama heredero a quien sucede a título universal. Y es que en Derecho romano toda la problemática de la herencia viene justificada por el reconocimiento del título de heredero, continuado en las Partidas (6,3 pr.); pero el Ordenamiento de Alcalá se aparta de la tradición romana estableciendo que para la validez del testamento no fuese necesaria la institución de heredero. Así ha quedado en el art. 764 de nuestro Código, donde no es esencial el título de heredero, admitiéndose la posibilidad de sucesión testamentaria sin heredero¹⁶¹.

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

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

¹⁵⁹ Arts. 658.3; 764; 912; 986 del Código civil de 1889.

¹⁶⁰ D. 40,17,62.

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

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

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

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

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

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

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

privado se dan cita elementos romanos, germánicos, canónicos y otros vestigios¹⁶⁶.

Los principios institucionales romanos invocados por los legisladores de los siglos XIX y XX proceden indirectamente de la Compilación de Justiniano. No obstante, en la conexión Derecho romano *versus* Código civil se ha de precisar con cautela la *regula iuris* que puede brotar del Derecho clásico, del Derecho justiniano o del *Ius commune*, de manera que al ser insertada por el legislador, éste le infunde una vida presente que conlleva su transfiguración y adaptación¹⁶⁷. Los Códigos fueron elaborados y promulgados para resolver nuevos problemas y elaboraron algunas instituciones novedosas que la tradición histórica desconocía, pero sin perder de vista la interdependencia de gran parte del material teórico preexistente.

Nuestro Código no puede obviar la influencia del *Côde* y, como señala Clavero, con este Código civil nace el *droit civil*, donde se establece la condición de la persona en relación con la familia (“*etat civil*”) y las formas correspondientes de propiedad, sucesión y contrato¹⁶⁸.

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

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

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

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

- e) Los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado más allá del cual no se extenderá el derecho de heredar al intestado (art. 954).
- f) El Estado (art. 956)¹⁷⁷.

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

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

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

