



**Universidad
de Huelva**

**DERECHO DE SUCESIONES: SUCESIÓN
INTESTADA**

***LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN EL DERECHO
ROMANO Y SU PRESENCIA EN LA SUCESIÓN
INTESTADA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL***



AUTOR: PABLO JOSÉ CASTILLA FERIA
TUTOR: FELIPE DEL PINO TOSCANO

**ÁREA DE CONOCIMIENTO: DERECHO ROMANO
DEPARTAMENTO: THEODOR MOMMSEN**

ÍNDICE

I.RESUMEN	2
II. ABSTRACT	2
III. INTRODUCCIÓN	4
V. LA SUCESIÓN EN EL DERECHO ROMANO	7
V.1.-INTRODUCCION	7
V.2.-LA PERSONA, PATRIMONIO, SUCCESIO MORTIS CAUSA. FAMILIA: TIPOS, SUI- ALIENI IURIS; PARENTESCO, LINEAS Y GRADOS. ESTIRPE	8
V.4.- SUCESIÓN: REGULACIÓN LEGAL: ORIGEN XII TABLAS.....	17
V.5.-TIPOS DE SUCCESIO EN LA EPOCA CLASICA. IUS CIVILE – IUS HONORARIUM.	20
VI. SUCESSIO AB INTESTATO	26
VI.1.-FALTA DE TESTAMENTO	26
VI.2.- BONORUM POSSESSIO	28
VI.2.1 LA BONORUM POSSESSIO SINE TABULA	30
VI.3.- USUCAPIO PRO HEREDE EN LA SUCESION INTESTADA	31
VI.4.- EL SISTEMA JUSTINIANO: LAS NOVELAS.	32
VII CONCLUSIONES	36

I. RESUMEN

El derecho romano sentó las bases de nuestro derecho actual y por ello siempre encontramos en él fundamento a nuestro sistema. Las normas de derecho que configura la institución del sistema sucesorio que rige en el actual derecho civil español, también procede de ese antiguo derecho romano.

En el presente trabajo científico de derecho, estudiamos y hacemos un repaso en el que se explica y expone como se regulaba el sistema sucesorio romano, centrándonos en su vertiente legal, es decir, cuando no existe testamento, y el propio derecho debe regular la sucesión y herencia. Para ello, hacemos un repaso desde el inicio del derecho romano, con las XII Tablas, hasta un derecho muy consolidado en el Sistema Justiniano. Veremos las técnicas que se usaban, la mejora del propio derecho a los problemas que en la sociedad iban surgiendo con respecto a las sucesiones en las que no existen testamento, y como, a un campo que es una fuente de conflicto, le daban soluciones y conseguían establecer un sistema tan completo que llega a nuestros días. Una vez explicado y expuesto como se configuraba en cada época de la antigua Roma este sistema, se expone brevemente una comparativa con el actual derecho y lo que, en nuestro sistema civil sucesorio, encontramos de aquel antiguo romano. Veremos que, en la actualidad, lo que existe es una base romana, mejorada y adecuada a nuestra época y nuestro sistema.

PALABRAS CLAVE: Herencia, sucesión, abintestato, sucesio, legítima, herederos.

II. ABSTRACT

Roman law laid the foundations of our current law and therefore we always find in it the foundation of our system. The rules of law that make up the institution of the inheritance

system that governs the current Spanish civil law, also comes from that ancient Roman law.

In the present scientific work of law, we study and review in which it is explained and exposed how the Roman succession system was regulated, focusing on its legal aspect, that is, when there is no will, and the law itself must regulate the succession and inheritance to do this, we review from the beginning of Roman law, with the XII Tables, to a very consolidated right in the Justinian System. We will see the techniques that were used, the improvement of one's own right to the problems that in society were arising with respect to the successions in which there is no will, and as, to a field that is a source of conflict, they gave solutions and They managed to establish a system so complete that it reaches our days. Once explained and exposed how this system was configured in each era of ancient Rome, a comparison with the current law is briefly exposed and what, in our successor civil system, we find of that ancient Roman. We will see that, at present, what exists is a Roman base, improved and adequate to our time and our system.

KEY WORDS: Inheritance, succession, abintestate, succesio, legitimate, heirs.

III. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista jurídico, la muerte de una persona no es el final de todo un sistema que regula la vida de toda persona física o jurídica. Nos englobamos entonces en otra etapa más, y sin duda, una etapa en la que los derechos que, a la muerte de una persona física y jurídica, que aún puedan restarles, divagan con una protección dada por terceros y el propio derecho en el que se enmarquen y sin contar con el propio consentimiento del titular de todos ellos. Sin duda, es una situación conflictiva en la que el derecho, para garantizar esos derechos y bienes que pueda poseer una persona, al momento del fallecimiento, tengan un mínimo de garantías.

Pues bien, si nos encontramos, que, en primer lugar, la persona física o jurídica que posee los bienes y derechos hasta la hora de su fallecimiento y con la diligencia necesaria los administra bajo su patrimonio, una vez que fallece, el sujeto titular y administrador de todo ese conjunto de bienes y derechos protegidos los deja sin titularidad.

Una vez en este punto, en segundo lugar, habrá de valorar otros posibles conflictos. La muerte de una persona deja un conjunto de bienes y derechos que han dejado de encontrarse bajo su esfera de administración y de actuación activa. Y si, por el contrario, esta persona deja un conjunto de créditos u obligaciones, que, a la muerte de este, le sea imposible cumplir o garantizar. Entonces hablamos de derechos de terceros sobre una persona fallecida, que por sí misma será incapaz de realizar nunca, por lo que ahora se verían afectados terceros con una implicación directa.

La muerte de una persona física o jurídica deja sin sujeto una serie de derechos, bienes y obligaciones, pero estos últimos necesitan de sujeto titular que le den la protección necesaria, puesto que siguen existiendo a la muerte del titular. El derecho, hace siglos que se preocupó por la situación tanto de la persona fallecida, carente ya de personalidad y capacidad jurídica, como de terceras personas afectadas por tales, así como de los bienes y derechos resultantes y que se encuentran inmersos en una incertidumbre total.

Este conjunto de bienes, derechos y obligaciones se engloban en la llamada herencia. Ya en el derecho romano se recoge la institución de la herencia. A lo largo de la historia y

del derecho en Roma, y posteriormente hasta llegar a nuestro sistema continental de derecho, se han ido especificando y acotando los bienes, derechos y obligaciones, hasta llegar a hoy día en el que el código civil expone en el artículo 659: *La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*¹. Es decir, que poco a poco se ha ido clasificando aquellos derechos que deben ser respetados y necesarios de obtener garantía, tanto para su titular como para los mismo. Esto significa que derechos de uso y disfrute, o derechos personales, que solo existen si vive su titular, porque a su muerte se extinguen, no serán objeto de formar un caudal hereditario, es decir, el conjunto de bienes y derechos que se deben proteger, al igual que las obligaciones, aquellas que al extinguirse el obligado se extingan o con extinción a la muerte del deudor. Por lo tanto, se ha ido conformando tanto los bienes y derechos que persisten tras la muerte de la persona, así como las obligaciones que genere garantía para los terceros de buena fe que se vieran perjudicados por esta situación.

En cuanto a la persona, una vez esta fallecida, el derecho ha previsto, por vínculos de familia, que sea esta la que disfrute de esos bienes y derechos, los disfrute y adquieran para su propiedad, siendo esta la mejor custodia de los bienes y derechos de una persona. Así, a groso modo, se empezará a crear un sistema de transmisiones y sucesiones por la muerte de un titular, por su propio patrimonio, para la salvaguarda, administración y uso de los mismos por las personas que el derecho cree mejor posicionada para ellos.

Así, consigue el derecho dar seguridad jurídica tanto al conjunto de bienes que forman la herencia, como a la persona que fallece y a terceros que tuvieran relación directa con el fallecido por encontrarse en una situación de acreedor del mismo. Las herencias es algo tan común en nuestro sistema de derecho que merecen una especial atención jurídica, y eso es lo que el derecho ha realizado en esta materia desde hace siglos. Realizaremos un estudio científico-jurídico de esta institución desde el derecho romano arcaico con la ley de las XII Tablas donde ya se recogía normas escritas sobre esta institución, pasaremos por toda la etapa romana hasta la codificación justiniana, y posteriormente abordaremos un estudio de la herencia actual, recogida en el Código Civil Español.

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil, Título III

IV. OBJETIVOS Y METODOLOGÍAS

En el presente estudio jurídico se pretende abordar, desde un marco teórico y a través de una fundamentación monográfica, la estructura jurídica que abarca la institución de la herencia, centrándonos en un tipo concreto que se da dentro de esta, y que surge o se da en el momento en el que la persona fallecida no ha otorgado testamento, y es la propia ley la que determinará como se sucederá ese conjunto hereditario y quién o quiénes serán los legatarios establecidos en la propia ley para suceder legítimamente. Esta forma de sucesión se le llama sucesión abintestato, recogida en nuestro propio Código Civil español de 1889, y al cual llegaremos tras hacer un estudio principal del nacimiento de esta institución en el antiguo derecho romano, al cual debe la mayoría de la estructuración actual, lo abordaremos en todas las etapas del derecho romano, en el cual se conocía como sucesión ab intestato, que será la base de todo el sistema actual.

El objetivo de este estudio es como hemos nombrado, la figura o institución de la sucesión abintestato o sucesión ab intestato, de donde procede la propia denominación actual. Estudiaremos este modo de sucesión dentro de las sucesiones post mortem, la llamada herencia. Este trabajo es, básicamente, hacer un recorrido por los puntos que se han mencionado, pero, sobre todo, centrándonos en la propia evolución desde su nacimiento dentro de las antiguas leyes del derecho romano, hasta la que nos regula hoy en día el propio Código Civil. Analizaremos cada paso de esta evolución en la historia, así como sus elementos y estructura, el objeto que recoge, es decir, que bienes y derechos integran la herencia o que derechos, así como las obligaciones o deudas que arrastra el fallecido hasta ese momento. Finalmente se comentará los resultados de esa evolución y se comentará críticamente el resultado de esta.

La metodología empleada al respecto se basa fundamentalmente en la búsqueda y aplicación de la doctrina civilista respecto al tema a través de la consulta y uso de monografías y tesis especializadas en la cuestión, realizadas por los autores más relevantes e influyentes en este campo. Se estudiará el antiguo derecho romano, mediante manuales propios que recogen los escritos de la época y para la actualidad, usaremos igualmente manuales de derecho civil, derecho de sucesiones y el propio Código Civil de 1889.

Por último, también se ha consultado jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al tema a través de las bases de datos legales (página web CGPJ o ARANZADI) de modo que ha servido para apoyar, y en otros puntos aclarar, ya que es una institución muy asentada en nuestro derecho, a aquellas posibles situaciones que fuere necesario.

V. LA SUCESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

V.1.-INTRODUCCION

En Derecho Romano, desde un primer momento se regula las primeras formas jurídicas que estructuran la forma en el que el conjunto hereditario, bienes y derechos, de una persona fallecida deberán suceder a otra persona, siendo titular de los mismo, accediendo estos a su patrimonio. Esta sucesión *mortis causa* sufrió una evolución durante la propia vida del Derecho Romano configurando la institución hasta llegar a la herencia tal y como lo conocemos hoy día.

En una primera aproximación, podemos decir que el derecho hereditario es el conjunto de normas que regulan el futuro de los bienes de un sujeto o persona que, tras su fallecimiento físico, o desaparición jurídica, se transmiten a unos sucesores. Hemos de distinguir entre derechos que se pueden transmitir de aquellos que no, y que se recogen en el propio derecho, pues así, de los derechos de persona, serán intrasmisible las obligaciones que sean sujetas a la condición estricta de la persona que las carga, como son delitos por delitos o penas privativas de libertad, en romano nominados como obligaciones *ex delicto* que engloba a estas y que ha llegado este término hasta nuestros días. Por otra parte, los propios derechos de persona que sean condicionales a esa misma persona y a ninguna otra, como la patria potestad. También los derechos patrimoniales intrasmisibles como los derechos de usufructo que a la vez encuadran en otros derechos temporales con resolución a término, en el caso que el termino, legal o contractualmente,

sea la muerte del poseedor.² Es decir, lo que en Derecho denominamos derechos personalísimos.

V.2.-LA PERSONA, PATRIMONIO, SUCCESIO MORTIS CAUSA. FAMILIA: TIPOS, SUI- ALIENI IURIS; PARENTESCO, LINEAS Y GRADOS. ESTIRPE

En el derecho romano, el hombre era “ causa de la constitución de todo derecho”³ pero no todo hombre era reconocido por el derecho y le afectaba de igual forma. Para el derecho romano las personas físicas eran hombres, pero con unos requisitos que no todos tenían o cumplían. El ejemplo más claro es el de esclavo, que hoy en día no somos consciente de ello y nuestra razón lo considera persona, por ser hombre, pero que en el derecho romano y antigua Roma desde la *Lex Aquilia de damno dato* recibieron el tratamiento jurídico de la *res* (286 a. C.). Para el derecho romano el hombre sujeto de derecho, en definitiva, era el hombre libre, ciudadano y *sui iuris*.

Una vez que fue avanzando el propio derecho romano, la idea de persona para el derecho romano fue avanzando con él, y en la época avanzada ya del derecho romano se perdió la condición de hombre *sui generis* y ciudadano, quedando solo la capacidad del hombre libre.⁴ Además, existía, como llega a día de hoy y a nuestro derecho contemporáneo, la noción de persona, que no es un ser humano, pero que tiene capacidad jurídica. Si es verdad que empezó a aparecer ya en el derecho romano moderno, pero ya se conoció la idea de persona jurídica.⁵

las personas antes referidas, tenían en su esfera personal el poder y derechos sobre un conjunto de bienes y derechos denominado *Patrimonium*. Esto era aquel conjunto de bienes y derechos como hemos dicho que pertenecían al *pater familia*, y al que se denomina *res familiae*. Este padre de familia tenía el poder sobre todo lo que conforma el grupo familiar, es decir todo lo que tenga la familia, concepto de familia al que más adelante se hará referencia. Tenía el poder sobre la mujer, denominado *manus*, como de

²A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 311-312

³ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 117

⁴ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid, 1986) 117 y 118

⁵ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 17. Sin embargo, en este trabajo nos centramos básicamente en la persona física.

hijos, con la patria potestad, así como de los esclavos que a él pertenecían (*dominica potestas*), y en especial sobre todos los bienes y derechos que estos poseían o su mayoría, ya que a lo largo del derecho se empezaría a distinguir por ejemplo un pequeño patrimonio de la mujer libre.⁶

El patrimonio de este *pater familias* estaba constituido por bienes tangibles e intangibles, cosas y derechos. Estos pueden ser derechos sobre cosa ajena, créditos, titularidad sobre otra herencia que venga a poseer, entre otras.⁷ Por lo tanto, entendemos que patrimonio es un conjunto de bienes que pertenecen a la esfera jurídica y personal de una persona física o jurídica y está bajo su administración, siendo esta propiedad única de la persona que tiene derechos sobre estas y a la que pertenecen. Además, el patrimonio de la persona siempre es único, existiendo un solo patrimonio. Esta masa patrimonial, es decir, conjunto de bienes derechos, créditos, etc. Será por ende la que, tras la muerte del titular, divague sin este hasta acceder a la esfera patrimonial de otra persona, que más adelante veremos como el derecho se hace cargo y regula.

Este patrimonio y la administración de mismo viene dada la persona a la que sea titular del mismo, y la forma de traspasarlo, al igual que en nuestro derecho actual, viene regulada por el derecho en la antigua Roma. Una de las formas de transmitir este derecho al patrimonio de otro titular era mediante la sucesión, con distinción entre sucesión *inter vivos* o *mortis causa*. El término sucesión proviene del verbo *succedere*, que significa seguir o continuar, en este caso significa la entrada en una relación, con los derechos y bienes propios de una persona por otra distinta. En términos de derecho privado de la herencia significa “reemplazo de la posición jurídica”, por lo que una persona sigue a la otra, un sucesor sigue al antecesor. Por lo tanto, con la sucesión no estamos en un mero traspaso de derechos o bienes, sino que nos encontramos en una situación de entrada en una relación. En derecho romano, en la época antigua y clásica solo había una forma de suceder, es decir, de entrar en la relación de bienes y derechos de la persona que sucede, y esta era la sucesión universal. Bien es verdad que podía distinguirse entre *inter vivos*, la transmisión se ejercía mediante distintos casos como en la *conventium in manum*, para cuando una mujer pasaba a formar parte de la familia agnaticia del *pater familias* por

⁶ <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649268.pdf> martes 9 julio 2019 13:33

⁷ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 238 y 239

medio del matrimonio, o en la *adrogatio*⁸, entre otras. O de otra forma, por la *successio mortis causa*, que se llevaba a cabo por la herencia y es el tema que nos ocupa.

¿Epígrafe? La *successio mortis* causas se caracteriza, al igual que la *inter vivos*, por:

- El sucesor se colocaba en la misma posición jurídica que el antecesor al que se le sucede. Como decíamos, se entra en la relación jurídica con ese patrimonio de la misma forma que el antecedente al que pertenecía.
- El sucesor recibe ese patrimonio en “bloque”, debido a la consecuencia de adquirir una potestad o un título de su antecesor.
- Con esta forma de transmisión, se sucede incluso derechos que de ninguna otra forma se llegaría a poder suceder.⁹

Por lo tanto, la *successio* es un proceso jurídico que afecta al hombre, “sucediendo la vida a la muerte” según refleja Alfonso Castro Sáenz. Une tanto la *successio* y familia, que se puede afirmar que va de la mano, desde tiempos antiguos, es la forma de una propia familia seguir lo conseguido en vida de un integrante de esta propia familia, no divagando este patrimonio en un mundo de incertidumbre, por así decirlo, darle seguridad a esa parte que sigue viva. Por ello, jurídicamente se ha dado una regulación natural, puesto que a falta de testamento es la familia la legítima en recibir esa herencia y no otra persona.¹⁰

Ese conjunto de bienes que se transmiten pasa otros titulares que, por su condición y situación, será la familia la que tenga esa posición de sucesión o herederos. Pero esto comenzó por la tradicional idea y estructuración de familia que se tenía en la antigua Roma. En Roma se podía identificar dos sentidos de familia (agnaticia y cognaticia), que estará presente en la estructuración propia de la sucesión en la herencia. La familia agnaticia romana era la base de conformación estructural de la sociedad romana, vista hoy de manera compleja respecto a la familia conocida de nuestros días, pero que en realidad no es nada compleja, sino que es sencillo en una sociedad primitiva. Entender la familia primitiva, como la romana, ayuda entender la estructuración social. La familia es

⁸ La *adrogatio* es un acto jurídico por el cual se adopta a una persona sui iuris, se realiza ante los comicios curiados a iniciativa del pontifex maximus.

⁹ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid, 1986) 619 y 620

¹⁰ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 115-117

la primera sede de poder con el *pater familias*, lo cual irá evolucionando a la conformación y estructuración de la propia sociedad, puesto que aquí nace el origen del poder sobre los demás, de organizar en base a un núcleo de poder que facilita la convivencia natural de las personas.¹¹

En primer lugar, en sentido etimológico, la familia será esa esfera del hombre en la cual se satisface las primeras necesidades de la vida. Ese grupo humano cercano es la familia que satisface en su esfera propia las primeras necesidades de las personas que la conforman. Así, *famulus* (el que habita en casa) y además *famen* (hambre, necesidad primera que satisface la familia) En segundo lugar, el sometimiento de este conjunto de personas al *pater familia*, como estructura organizativa y jerárquica de todos aquellos que viven bajo el poder de un *pater familias* (*patria potestas* o *manus*), o también como un conjunto de cosas, como podían ser los esclavos (*domenica potestas*).¹² Por lo tanto, terminológicamente, según el Prof. Ortega Carrillo de Albornoz, “la familia deriva de *fámulus*, siervo, criado doméstico, de donde familia equivaldría al número de siervos de una casa”¹³

Dentro de la terminología familia, en Roma se recogían dos tipos de familia, una en las primeras épocas romanas, época arcaica o republicana, la familia agnaticia, que era el grupo de persona bajo la *potestas* (aunque hoy hablamos de potestad y autoridad como sinónimos) de un *pater familias*, entre los que se encontraban, la mujer al casarse con el *pater familias* o a algún varón que se encontrara bajo el poder de este (hijos e hijas adoptados), que pasaban a estar sometidos a la potestas de este una vez se cumpliese el acto de la *conventio in manum* o adopción. También lo son los hijos legítimos, hombres y mujeres, nacidos de este y sus descendientes varones miembros de esa familia agnaticia.

Sin embargo, al ir evolucionando el Derecho Romano, comenzó a tener mayor presencia e importancia la familia cognaticia, siendo en época postclásica cuando esa relevancia es asimilada por el propio Derecho. Más adelante, ya en época justiniana, el propio Justiniano establece la familia cognada o por vínculo de sangre, que es la que se

¹¹ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 153 y 154

¹² P. CATALANO *La familia "fuente de la Historia" según el pensamiento de Giorgio La Pira* (2004)

¹³ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) cita pág. 35

asemeja a la que conocemos hoy en día. La familia se forma por vínculos de parentesco de sangre.

Otra clasificación de la persona muy importante para este estudio es sobre la distinción que se hacía en el derecho romano sobre la capacidad de la persona, por lo tanto, debemos distinguir dos tipos de persona, las *sui iuris*, estas son, personas con plena capacidad jurídica y de obrar, y por otro personas *alieni iuris*, las cuales son todas las demás que no tienen estas plenas capacidades y por lo tanto sometidas a la autoridad y potestad de otra persona.¹⁴

A la muerte del *pater familias* (único *sui iuris* dentro de esa familia agnaticia), sus hijos inmediatos en grado, pasan a ser *sui iuris* independientemente de su género (ciudadanos con plena capacidad jurídica). Siendo sus herederos directos. Desde el Derecho Romano, los parientes más cercanos en grado excluyen a los más lejanos, prevaleciendo su derecho sucesorio respecto a aquellos. De igual forma la línea recta prevalece sobre la colateral¹⁵. En relación con la concurrencia de varios familiares a la hora de heredar y por la muerte del que hereda antes de heredar, esta pasa automáticamente a sus herederos dividiendo entre estos por cabezas esa cuota que correspondía a su padre si no hubiera muerto, llamándose *per stirpes*.¹⁶ Por lo tanto, al heredar *in stirper*, premuerto uno de los hijos, es esta cuota viril la que se vuelve a dividir en lo que serían los nietos del heredero. De aquí, que si la herencia se divide *per capita* entre dos hermanos y uno de estos muere antes que su padre, dejando hijos que a la vez serían nietos del causante de la sucesión, se dividiría por mitades entre el hijo y los nietos, lo que a su vez estos últimos dividirían esa cuota de nuevo por cabeza entre los que fueran al momento de la muerte del *pater*.¹⁷

¹⁴ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 35-40

¹⁵ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 561; La familia está compuesta por ascendientes y descendientes y de colaterales, los primeros forman líneas rectas, que descienden unas de otras, y colaterales que unen entre si a los descendientes de otro pariente común. Los grados determinan el computo de generaciones de unos a otros.

¹⁶ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 335

¹⁷ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 685

V.3.-EL TESTAMENTO SOCIEDAD, CAPACIDAD TESTAMENTIFACTIO, ACTIVA-PASIVA

Habiendo visto los conceptos elementales de la institución de la herencia, por un lado, el objeto de la misma que sería el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, es decir, el conjunto patrimonial que pertenece a la persona fallecida y, por otro lado, los sujetos titulares del derecho de sucesión o aquellos situados legalmente para suceder a la muerte de una determinada persona. Nos situamos en la herencia como institución que recoge el derecho romano. Como decíamos la herencia es un derecho dentro de los derechos sucesorios. Los derechos sucesorios fueron evolucionando como lo ha hecho la propia herencia, la que ha ido sufriendo variaciones a lo largo de las distintas etapas del derecho romano.

En la primera fase o en sus inicios no se conocía el termino herencia como después los expondremos. Para referirse a esta herencia, se utilizaron expresiones como “*domus*”, “*familia*” o “*pecunio*”¹⁸ En aquella época lo importante no era en si la institución sino dar continuidad de manera digna y relacionada con la continuidad de una familia en la que no solo importaba los bienes o derechos, sino dar continuidad a la estructura familiar adecuada a la época, el legado era la jerarquía familiar del *pater* o de los que se encontrase dentro de una familia, que, aun así, también agrupaba el conjunto de bienes de este, aunque no los bienes incorporales o los mismos derechos propio del fallecido. Con la propia evolución del derecho y de la propia civilización romana, ya situados en la época clásica, empieza a formarse y determinarse la institución de la herencia. Esta toma un “matiz económico decisivo¹⁹”, es por lo cual que empieza a formarse la noción de herencia , que ya recoge la masa hereditaria como la totalidad de bienes de la persona fallecida y que será el objeto de la transmisión.²⁰

Por lo que vemos, la herencia toma un papel decisivo tras la muerte de una persona, puesto que sería en unos primeros momentos la forma en la que se sucede al

¹⁸ D. 50, 16, 195, 1 – (ULP. 46 ad Edictum). – “‘Familiae’ appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas diducitur; in res, utputa in lege duodecim Tabularum his verbis: ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO; ad personas autem refertur familiae significatio ita, quum de patrono et liberto loquitur lex.”

¹⁹ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 313 cita

²⁰ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 312 y 313

pater familias y con ello al poder dentro de la familia y con ello su nueva estructuración, sin adentrarse demasiado en lo que tenía esta persona a su muerte, pero más adelante empieza a preocuparse por la situación en la que esa masa o conjunto de bienes o derechos tras la muerte de su titular, y es aquí donde empieza a tomar una nueva dirección, que será la que perdure hasta hoy en día.

Llegados hasta este punto, no podemos dejar atrás lo que sucede tras la muerte de una persona, pero tampoco lo que sucede antes. Aquí se hace referencia, a que esta persona, diligentemente y como *pater familias*, dejara a su muerte las indicaciones necesarias para cómo y que suceder a sus descendientes. Pues bien, tras esto, será cuando se tome una de las dos formas de suceder en la herencia. Se diferencian en que una de ellas, es la propia persona la que, en vida, forma un documento llamado testamento y establece a quien, y que se sucede o se hereda, mientras que, por otro lado, a la muerte de la persona, no ha realizado ni otorgado ningún documento que especifique tal repartición de su conjunto patrimonial. Este documento es llamado testamento.

El testamento, es definido según Ulpiano²¹ como “*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valeat*”. Esto significa:

El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha con la forma y solemnidad debida, para que surta efecto después de nuestra muerte.

Otra definición nos la da Modestino²² al decir: “*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*”. Que significa:

El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad, respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte.

Justiniano por su parte, lo nombro *testatio mentis*, es decir, es un testimonio de la voluntad de la persona, de esto se deriva que debe ser en vida, obviamente mientras este siga teniendo voluntad, que deriva también en imposibilidades en vida de falta de voluntad por la que un testamento sería nulo, por lo cual no surgiría efectos.²³

²¹ Reg. 20.1

²² Digesto 28, 1, 1

²³ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 331

En otra situación, cuando no es válido o no hay si quiera un testamento de últimas voluntades es cuando la propia ley da respuesta y regula dicha situación, es aquí cuando hablamos de la sucesión ab intestato.

Estudiando desde dentro lo que significa puramente el testamento, lo podemos comparar con la *mancipatio* dentro de la familia romana y el derecho romano, lo comparamos en:

- Ambos negocios a los que aludimos descansan en la patria potestad del *pater familias*, siendo el único gestor dentro de la familia.
- Ambos negocios sirven para la disposición de los bienes fundamentales de la familia, residiendo ambos en el *pater*.
- Ambos negocios están revestidos de formalidades jurídicas para su validación.

Esto nos muestra la capacidad del *pater* sobre la administración de los bienes propios de la familia, y siendo en la primera etapa del derecho romano cubierto de formalidades de un derecho arcaico y lleno de sacralidades, experimento cambios que los hicieron más flexibles. Los cambios sociales y económicos hicieron cambios como la “desespiritualización de la *successio*” y la “patrimonialización de la misma”.

Desde sus inicios fue una institución compleja, y que ha ido evolucionando a día de hoy, y de las pocas instituciones e ideas que nos han llegado tan similarmente ha sido esta, quizás también fuera desde la sociedad griega donde naciera, se conformó especialmente en Roma.²⁴ El testamento necesita de requisitos esenciales, como en la obtención de un *filius*, necesariamente se necesita de un hijo que suceda, bien natural o por medio de la *adoptio* o *adrogatio*. Era muy difícil, tanto desde la propia familia como desde la moralidad, que no se destinare a un *sui* esa herencia, y que mediante testamento se establecieran otros sucesores.

El testamento comicial fue la primera forma de testamento elaborada por los juristas para podere designar una sucesión *mortis causa*. Esto se dio debido a que, a falta de hijo, y ya que las XII Tablas no regulaban más allá de los propios sucesores y que si quería nombrar a otros debían acudir a las *curias comiciales*, institución que se convocaba para casos importantes, por lo que a esto ya se le daba la consideración de piedra angular dentro

²⁴ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 75-80

del derecho arcaico romano. Nuevas formas testamentarias fueron avanzando progresivamente a lo largo del tiempo para afrontar nuevas realidades jurídicas, así nació la *mancipatio familiae*, que cumplía las mismas finalidades del testamento, sin esperar este a la fecha de concretar los comicios. Posteriormente las declaraciones nuncupatorias contienen disposiciones mortis causa y que sería cuando se empezó a extender por escrito el contenido de estas, apareciendo ya los testigos a la hora de firmarlo. Así con las distintas formas que aparecen se demuestra que se va perdiendo el formalismo y ganando en contenido. También se va perdiendo los excesos de ritualismo haciendo de este sistema de derecho algo más práctico.

Se conforma con el testamento una institución jurídica en la que la capacidad para formarla se deviene algo necesario. La regulación y limitación es cada vez más sustancial, es aquí donde comienza y estructuran las primeras limitaciones jurídicas. Estas pueden ser tanto materiales como personales apareciendo en este último como algo necesario la capacidad, de hecho, esa especial capacitación que debe tener la persona para otorgar o recibir en testamento se denominó: *testamentifactio*²⁵. Este concepto nace del *ius testamenti faciendi* referido al derecho del testador a la formación de este testamento. Pero posteriormente se empezará a distinguir tanto la capacidad del testador, como la del sucesor. Por lo tanto, en el derecho post clásico empezamos a conocer la capacidad activa, que es aquella exigida al testador se le une la pasiva, que representa la capacidad para ser sucesor. Esto hace referencia a los elementos de la propia dinámica testamentaria que tiene que ver con las necesidades del *pater* socialmente al que se quiere suceder, y por otro lado la limitación a la capacidad de suceder, tiene una clara explicación y es limitar a estos sucesores para que en un momento determinado sea más fácil que pueda acrecentar en su patrimonio esos bienes el propio Fisco. Esta capacidad, es imprescindible para que pueda llegar a producirse un testamento, muy ligado a la delación, que esta será testamentaria si se otorga válidamente la voluntad del *pater familias*. Frente a esto, la incapacidad no determina el impedimento de la delación, sino la obtención del beneficio que otorga el testamento y la indignita no conlleva el no adquirir, sino el despojo por el poder público del heredero testamentario. La capacidad jurídica solo reconocida a *pater familias*, libres y ciudadanos. Por su parte, la mujer, en el caso de ser *sui iuris*, no podría

²⁵ Vid. G. DE LAS HERAS, *Testamentifactio: Origen y Naturaleza; en Seminarios complutenses de Derecho Romano XI* (1999) 38-63

realizarlo, ya que por ejemplo no podía acudir a los comicios, pero sí que fue evolucionando para ello, ya sea por medio de tutor o por medio de su marido que la representara, esto empezaría a darse legalmente de manos de Adriano.²⁶

Con respecto a la capacidad pasiva, los *alieni iuris* podían ser instituidos por cualquier persona con capacidad activa, pero si este no es su *pater familias*, esta es adquirida por el *pater*. Los esclavos podían ser también herederos, dando una explicación afectiva que se daba entre siervos y esclavos a lo que el derecho no limitaba, más es así que lo que conseguían si era dado por su propio dueño era también la propia libertad. Esto terminará desapareciendo con Justiniano. Los requisitos para que la *testamenti factio passiva* no se conceda son:

- Las personas inciertas o las que el testados no distingue de forma clara, entre ellas los *postumi*.
- Los municipios, aunque esto irá variando favorablemente a lo largo del tiempo.
- Las asociaciones, excepto aquellas que poseen derechos específicos o privilegios respecto de esta capacidad, cosa que desaparece con Justiniano.
- La mujer en los casos de que la cuantía de la propia herencia sea elevada. Esta imposibilidad irá desapareciendo en el Imperio.

Lo que queda claro, es que el propio derecho romano y sobre todo desde el Imperio, ira eliminando paulatinamente y cada vez más estas limitaciones a la sucesión y será clave en la evolución del derecho sucesorio.

V.4.- SUCESIÓN: REGULACIÓN LEGAL: ORIGEN XII TABLAS.

Como hemos hecho referencia en puntos anteriores, el testamento era una de las formas más importantes por la que un *pater familias* sucedía su herencia a un *filius*, siendo esta considerada como la base sucesoria prioritaria de la antigua estructura jurídica y social romana, sobre todo en su época arcaica.

²⁶ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 92 y 93

La sucesión forzosa viene a coincidir con la sucesión *ab intestato*, con respecto a su contenido el cual deriva en sus herederos, siendo así una subespecie de esta y de la cual diferenciamos por su causa instrumental, en la sucesión *ab intestato* no existe causa instrumental, por lo que se recurre a la *ab intestato* cuando se impugna un testamento que lesiona la *quarta* falcidia por deshederación injustificada de un *heres suis et necessarius*. Esta es una forma de sucesión que se da por la vía testamentaria, pero que, al fallar este testamento, viene a derivar en otro tipo que está dentro de la abintestato.²⁷ Tras la muerte de un *pater familias* sus hijos *in potestate* se hacen *sui iuris*, pero desde el punto de vista patrimonial hace que estos también se hagan sus herederos. Siguiendo el tipo de familia con filii, el titular del patrimonio, nada podía decir sobre la sucesión del mismo, puesto que se tiene la idea que, en el derecho primitivo romano, se consideraba que, al haber hijos, nada se podía disponer en un testamento, siendo una idea un tanto difícil de entender, esto se desprende de los estudios científicos sobre ello. Por lo tanto, a falta de hijos en esa época se podría testamentar otros sucesores, pero concurriendo esto, la propia sucesión legal sería la que marcará la sucesión y destino del patrimonio.²⁸

En el *Ius Civile*, en la ley de las XII Tablas ya encontramos establecida una norma que regula esta situación. En ella dice “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*”²⁹

Esto traducido nos explica lo siguiente:

si alguien muere intestado, y no tiene heredero directo, el agnado próximo tendrá la herencia. Si no existe un agnado los gentiles tendrán la herencia.

La herencia, como antes se expuso, aun no tiene en cuenta los lazos sanguíneos³⁰, sino que en estas época descansaba sobre la familia agnaticia, sobre la transmisión de la situación jerárquica dentro de la familia.

No siempre se da una vez fallece, sino que también se da una vez muerto el causante, cuando se declara nulo el testamento y se da su ineficacia. Aquí, la herencia se difiere en primer lugar a los *heredes sui*, estos son los *fili*, *filiae*, esto es los descendientes

²⁷ F. BETANCOURT *Derecho Romano Clásico* (Sevilla 1995) 500

²⁸ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 118 y 119

²⁹ Ley XII tab. V. 4, 5

³⁰ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 356 y 357

inmediatos de la persona muerta estando bajo su *patria potestas*, ya fuera hombre o mujer, como veremos esto último no será siempre así e irá sufriendo variaciones y distinciones de género. Además, la *uxor in manus*, tomará la posición de hija (*loco filiae*), o el lugar de *nurus in manu* (nuera del difunto), cuando el marido no esté bajo la potestad del difunto, así como los póstumos, considerados como hijos al nacer tras la muerte del difunto pero que haya sido concebido en vida de este.

Estos son llamados a heredar legítimamente sin poder oponerse a ello, es una circunstancia obligada. La herencia se dividirá entre estos de manera igualitaria, estará dividida *in capita*, y cada una de estas divisiones se llama cuota viril. La idea que se desprende era la división del todo en partes iguales para cada uno de estos descendientes legítimos. Si se da la premoriencia de un hijo, los nietos serán los que hereden en su lugar, con cuota *in stirpes*, es decir, se dividirán la cuota que le correspondiese a su padre de no haber muerto.³¹ Si no existiese este primer grupo estableció legítimamente, pasarían a heredar en un segundo rango los agnados. Esto es, según la distinción que expusimos previamente, entre estos, impera la norma de que el próximo excluye al remoto y si son varios de un mismo grado, entonces la división de la herencia se haría por cuotas también *in capita*. Para determinarse el grado se acudiría al momento en el que se sabe que el difunto no dejó testamento, o en el momento que lo realiza el testamento al saberse que en este no se determinó ningún heredero.³² Si el próximo renunciase a la herencia, ningún derecho le correspondería ningún derecho sobre la herencia, ya que no existía la sucesión en grados, *successio graduum*.³³ Por último, la Ley establecía que en tercer lugar, a falta de los dos primeros, serán llamados a suceder los gentiles, lo que pertenecían a la misma gens del difunto, dándose esto ya en la época clásica³⁴.

A las mujeres tanto gentiles como agnadas, se les ha ido limitando la sucesión ya a final de la república, a las agnadas se le limitaría a la hermana del causante³⁵. No podrán ser herederos sui, ya que no pueden ser *pater familias*, por lo tanto, a la madre que muere intestada o con testamento nulo serán los *agnati* y los *gentiles*.

³¹ Gayo, 3, 7-8.

³² Gayo, 3, 13.

³³ Gayo 3, 12.

³⁴ Gayo 3, 17.

³⁵ Gayo, 3, 14; Ulpiano, 26, 6.

Por último, tampoco se daba la sucesión entre grados, por lo que si uno de estos tres grado deja de entrar en la herencia, esta quedara vacante³⁶

Por lo que recoge la ley de las XII Tablas, empezamos a ver como se conforma un tipo de herencia en el que se sientan las bases de lo que hoy conocemos como herencia. La principal diferencia que encontramos se encuadra en la persona que sucede y la forma, puesto que hay un vínculo muy marcado por la organización familiar y su jerarquía, siendo el *pater familias* el que ostenta la posición de poder y sobre esta se confluyen los distintos tipos de rango que la misma ley clasifica. Era pues, una ley arraigada a la cultura para la que fue establecida. Hoy en día las diferencias son muchas con respecto a esta ley, pero sienta las bases del derecho hereditario actual. Como, por ejemplo, en los agandos, empezamos a hablar de grados y de formas de suceder, como en nuestro sistema actual, que, si bien es por lazos consanguíneos, se diferencian grados y líneas parentescos:

CC. art. 916: *La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral. Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.*

De igual forma en el artículo 917 se distingue la línea recta en descendente y ascendente. La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él. La segunda liga a una persona con aquellos de quienes desciende³⁷

V.5.-TIPOS DE SUCCESIO EN LA EPOCA CLASICA. IUS CIVILE – IUS HONORARIUM.

Tras la muerte de un *pater familia* sus hijos *in potestate* se hacen *sui iuris*, pero desde el punto de vista patrimonial hace que estos también se hagan sus herederos de propio derecho. Junto con esto, la viuda que hubiera contraído matrimonio *cum manu*, se

³⁶ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 684-686

³⁷ R. D. de 24 de julio de 1889, Código Civil, Título III, Capítulo 3

equipararía a una hija de su propio marido y hermana de sus hijos. Si por el contrario fuere *sine manu*, entonces la mujer será causante de su propia herencia independientemente de la herencia de su marido. Con esto, la familia consanguínea o cognaticia tiene su propia proyección pretoria que viene a constituir la *bonorum possessio*. La calidad de *heres* se refiere a todo el patrimonio transmisible del causante o la respectiva cuota si son más de uno, la *bonorum possessio* recae sobre todos los bienes personales y derechos transmisible del causante. En caso de contradicción de personas, los herederos legítimos tendrán siempre prevalencia sobre aquellos que hayan sido llamado por testamento, haciendo énfasis en la importancia de la sucesión legal también en la época clásica. También será *bonorum possessio sine re* la pérdida por el cognado frente al agnado próximo que obtiene la *hereditas*. Tampoco se impide que el *heres* sea al mismo tiempo *bonorum possessor*, estaríamos ante una *bonorum possessio cum re*, es decir, inatacable³⁸. Con la evolución del propio derecho romano, el derecho sucesorio va modificándose, encontrando una nueva regulación y modificación del anterior, pero siguiendo fue estructura. En la época republicana, toma fuerza una nueva norma, llamada el *Edictum*. El pretor en este campo, y ante la rígida regulación que imponía la Ley de las XII Tablas intentó paliar las injusticias que ella establecía, ya que establecía que los hijos emancipados o los hijos de peregrinos, a los que el emperador no les somete a la *patria potestas* al otorgar la ciudadanía romana conjuntamente con el padre. O por otro lado los agnados que sufren la llamada *capitis diminutio*³⁹, ya que la misma extingue la *agnatio*. Tampoco podrán ser llamados los parientes por línea femenina. La mujer, libre de *manus*, nunca sucede al marido Aquí el pretor intenta paliar y corregir estas desigualdades.⁴⁰ Por otra parte, el pretor, encontrándose con otro aspecto diferente de las antiguas leyes, el cual se resume a un sistema artificioso y descoordinado, y en definitiva no adaptado a esa época, realiza un nuevo régimen. Este coordinaba el antiguo con el actual en el que la principal diferencia se encuentra en ya un modelo basado en la familia más asemejado al que conocemos hoy en día. Estableció cuatro rangos o clases de herederos a los que le confiere el derecho de *bonorum possessio*.⁴¹

³⁸ F. BETANCOURT *Derecho Romano Clásico* (Sevilla 1995) 459 y 460

³⁹ L.R. Arguello *Manual de derecho Romano* (Buenos Aires 2000) Es una disminución de la propia capacidad de una persona. Se pueden diferenciar tres tipos: Máxima, Media y Mínima.

⁴⁰ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 686

⁴¹ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 357

En este sistema recoge la sucesión entre grados, *successio graduum*⁴² y *successio ordinum*⁴³ que antes nombrábamos que no se amparaba en las XII Tablas. La clase *unde liberi* es la primera a la que llama, constituidas por sui del derecho civil, así como los emancipados, con los que antes no se contaba, así como sus descendientes. Es la primera referencia a una sucesión con más ímpetu en el lazo sanguíneo que une a las personas que con su posición dentro de la misma. Por su parte los hijos dados en adopción, no emancipados por el padre adoptivo, los hijos adoptivos que a su vez se emancipan o la *uxor*, o *nurus* remancipada. Al hijo emancipados y a los suyos, los nietos, corresponde a esto una sola cuota, la del padre emancipado. Esto se da la una cláusula que introdujo Juliano, *nova clausula Iuliani*⁴⁴ cuando existen grados diverso, la cuota se divide por estirpes y no *in capita*.⁴⁵ Existía una desigualdad que se intentó paliar por el pretor. Los sui bajo la potestad del *pater familias* no podían tener un patrimonio propio, sino que entraba en el del *pater familias*, mientras los emancipados si podían tener el suyo por su condición. Para ello el pretor dispuso que los emancipados añadieran a la masa hereditaria cuanto habían ganado desde su emancipación hasta la muerte del causante⁴⁶.

Una segunda clase o grupo es la que recoge a los *unde legitimi*.⁴⁷ En este grupo se encuentran los herederos del propio derecho civil, aunque solo lo formarían los *agnati*, ya que los gentiles llegaron a desaparecer y los sui herederos están encuadrados en la clase de los *liberi*.⁴⁸ Estos suceden por el criterio de proximidad como ya se ha visto anteriormente, sin limitación de grado⁴⁹

La tercera clase, *unde cognati*, que la conforman los descendientes consanguíneos del difunto, ya sea por línea masculina o femenina, con la limitación de hasta el sexto grado o del séptimo para los hijos de primos segundos del causante. Entre los cognados igual impera la sucesión de proximidad, en la que el próximo excluye al lejano y que de igual grado la división de la herencia será *in capita*.⁵⁰ Como comprobamos es la familia

⁴² En la clase *unde cognati*. Discútese si alcanzaba también a los *legittimi*. Gayo 3, 28; Inst. 3, 2, 7.

⁴³ D. 38, 9, 1, 10.

⁴⁴ D. 37, 8,9; D. 37, 9, 1, 13.

⁴⁵ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 686-687

⁴⁶ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010). 357

⁴⁷ D. 38, 7.

⁴⁸ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 687

⁴⁹ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 358

⁵⁰ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 687

consanguínea la que marca los grados y el derecho a suceder, entrando en esta la antes excluida línea femenina.

La cuarta, y última clase que aquí se distingue, *unde vir et uxor*, establece el pretor un derecho recíproco entre el marido y la mujer, requiriendo que este sea un matrimonio *iustum*, que se haya disuelto por la muerte.⁵¹ Esto significa que un cónyuge puede suceder al otro a la muerte de uno de estos ⁵² aquí se empieza a dar un fenómeno que llegará hasta nuestros días, y es que la persona viuda de un matrimonio, en este caso justo según las leyes romanas, obtendrá herencia del fallecido. Hoy en día encontramos esto en nuestro derecho, en el Código Civil. Así el artículo 943 A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes. Y el artículo 944 del CC. dirá que en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente⁵³.

Por otra parte, respecto a la necesidad de matrimonio justo, en la actualidad impera el estar casado civilmente, desprendiéndose del artículo 945 del mismo texto legal, que de no estar casado no heredará. Así en el artículo 945 CC. no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o, de hecho.⁵⁴

Volviendo al Derecho Romano, ya en la época imperial, en Roma se establecen instituciones de poder como son los senadoconsultos, así como la creación de constituciones, que darán paso a una nueva reforma de la herencia, continuando la idea y obra del pretor de la época pasada, bajo la idea de una mayor equidad del antiguo sistema establecido en las XII Tablas.⁵⁵ En el derecho imperial se vuelve a otorgar mayor derecho a los vínculos de sangre, a la familia como conjunto de personas unidos por la parentela, y ya no por la autoridad y jerarquía del *pater familias*.

En relación a madre e hijos, en la sucesión recíproca, las XII Tablas no preveía esta sucesión legítima, a no ser por los *proximus adgnatus*, por su *pater* el Pretor solo se

⁵¹ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 687

⁵² A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 358

⁵³ R. D. de 24 de julio de 1889, Código Civil, Título III, Sección tercera, capítulo IV

⁵⁴ R. D. de 24 de julio de 1889, Código Civil, Título III, Sección tercera, capítulo IV

⁵⁵ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 358

da en la clase de los *cognati*, que es ordenada tras los agnados, y es ahora, por medio de Claudio, cuando se intentan paliar estas limitaciones, estableciendo este que la madre podrá conceder la herencia de sus hijos, pero está limitada a la concesión *ad solatium liberorum amissorum*, como medio para consolar la pérdida de un hijo.⁵⁶ Esto es un gran avance para la posición de la madre en la familia, ya que antes no tenía ningún derecho de sucesión frente al hijo porque no tenía potestad sobre esto, ya que recaía exclusivamente sobre el *pater familias* y la única excepción era que la mujer pasara a la mano y a la familia de su marido.

A partir de aquí, dos senadoconsultos fueron de gran importancia, Tertuliano, que refería a la sucesión de los hijos por la madre, y Orfitiano, en relación a la sucesión de la madre por los hijos cuando estos fallecen. Esto hace que la consanguinidad tome mayor relevancia en la sucesión agnaticia civil. El *Senatusconsultum Tertullianum* dado en la época de Adriano, a la madre se le otorga el derecho de suceder. Para ello es requerido que la madre cuente con el *ius liberorum*, y que por su parte el hijo no deje *liberi*, ni *parens manumissor*, ni *fratres consanguinei*. Esto es, sin dejar descendencia, progenitor ni hermanos consanguíneos, legítimos o naturales, con la madre a su vez concurren las hermanas del difunto, que se dividirán las herencias por mitades iguales.

En las constituciones imperiales se introdujeron modificaciones al *ius liberorum*, ya que dejó de ser necesario, Constantino no tuvo ya en cuenta este senadoconsulto y concedía a la madre 1/3 de la herencia del hijo, y Valentiano 2/3, sucediendo también los nietos, así como a la abuela paterna y a los abuelos maternos. Por parte de Anastasio, en su obra, la cognación pasa también a tenerse en cuenta en línea colateral, pudiendo así suceder los hermanos y hermanas emancipados y los no emancipados, aunque con cuotas distintas. Será Justiniano quien en la próxima etapa abole esta última restricción.

El *Senatusconsultum* Orfitiano del año 178 d.C. dispone que la herencia de la madre no sometida al poder del marido, pertenece a los hijos.⁵⁷ Esto significa que la mujer, careciendo de la *conventio in manu*, teniendo un hijo *alieni* o *sui iuris*, este tiene derecho a suceder a la madre, ya sea legítima o natural.

⁵⁶ Inst. 3, 3, 1.

⁵⁷ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 688

En nuestro derecho comprobamos que ya empieza a haber gran similitud a la idea que se recogía en estos textos legales y que regulaban la herencia sentando una base primera, que, siendo diferente, ya encuentra un origen en esta. Pues así, en las mejoras que sufre la ley y la institución de la herencia dentro del derecho de sucesiones, es una evolución consagrada ya en nuestro derecho, pero que se origina aquí. La idea de equidad y de igualdad con respecto a estos derechos se consagran a partir de esa idea imperial respecto de situar en una posición más favorable a la mujer, o a la familia de la mujer respecto de su propia herencia y finalmente, con la familia y la consanguineidad y lazos de sangre como derecho natural para la posición respecto de una herencia.

Con ello, vemos que en nuestro ordenamiento vemos que la madre está ya totalmente igualada al padre, sin hacer distinción alguna, como vemos en estos dos artículos de nuestro código Civil. En primer lugar, en el art. 935 del CC. dirá que “a falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes”. Y el art. 936 CC. nos dice que el padre y la madre heredarán por partes iguales.

Con respecto a los abuelos, tanto de la madre paterna o de la materna están situados y recogidos ambos en una posición lineal accedente a falta de descendencia del fallecido (art. 938 CC).

Respecto a los hijos, nuestro derecho no contempla distinciones y se equiparan totalmente, sean adoptados o naturales, sea mujer o sea hombre y se sitúe en cualquier posición dentro de la propia familia.

En el artículo 931 se dice que los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.

Respecto de las cuotas de los hijos, que también se mencionan en estos textos imperiales, en la actualidad corresponde siempre a los hijos por cuotas iguales siendo estos los primeros y en el primer rango para heredar. En nuestro artículo 932 del CC. se dice que los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.⁵⁸

⁵⁸ R. D. de 24 de julio de 1889, Código Civil, Título III, Capítulo IV

VI. SUCESSIO AB INTESTATO

VI.1.-FALTA DE TESTAMENTO

En la época más primitiva, el hecho de que la voluntad testamentaria se manifestara en público, ante el pueblo reunido en comicios, solventaba el problema de la propia interpretación puesto que los negocios formales se estructuran propiamente en la vertiente jurídica probatoria. Con la complicación de la vida social, la creciente flexibilización de las estructuras jurídicas para hacer frente a las nuevas necesidades de la sociedad, con la aparición de negocios no formales, y con la introducción del consensualismo y los cauces privados de testar, eleva el problema probatorio a un primer plano. Tratándose este de un negocio unilateral, que desde la época clásica se puede realizar en la más estricta privacidad, el problema no es el de probar el acuerdo al que llevo con otra parte, sino el de respetar la voluntad realmente manifestada atendiendo a la substancia de las cosas, causa y voluntad, se diferencia la forma de la esencia, y no la apariencia.⁵⁹ El testamento era y es la manifestación de nuestra voluntad en la que establecemos la repartición del patrimonio que queda tras la muerte. Justiniano lo recoge como *testatio mentis*⁶⁰, es decir, el testimonio de la voluntad. El testamento es un acto de voluntad en la que se establece la repartición de una herencia antes de la muerte de una persona y que surte efecto tras esta. Este documento privado se debe realizar con unas formalidades necesarias para producir efectos.⁶¹

Dos situaciones se pueden dar con respecto a este testamento, primero que no sea válido o segundo que no se realice. De un lado, puede ser invalido por diversas causas y en diversos momentos. La nulidad puede ser inicial cuando faltan elementos exigidos por la ley; Se habla de *testamentum iniustum* cuando adolece de un error en el otorgamiento del mismo, no observándose la forma debida o falta en el testador o en el heredero. También se conoce el *nullius momenti* en los que los herederos sui son preteridos, es

⁵⁹ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 105 y 106

⁶⁰ JUSTINIANO I. 2, 10.

⁶¹ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 331

decir, ni instituidos ni desheredados.⁶² O posteriormente cuando en inicio era válido deja de serlo por diferentes causas. Estas causas pueden ser:

- a) Pérdida de la capacidad después de su redacción.
- b) Cuando es preterido un hijo póstumo de uno u otro sexo.
- c) Cuando realiza otro que invalida al anterior o cuando se revoca el testamento.
- d) Cuando los herederos no quieren o no pueden aceptar la herencia.

Por la revocación, Justiniano estableció que se pudiera revocar directamente por declaración ante un Magistrado o ante testigos, con la realización de un nuevo testamento.⁶³

Ante la falta de este por los motivos antes mencionados, la ley establece el camino necesario para la sucesión ab intestato en el derecho romano, por la que, en lo que en un primer momento podría tener forma de una sucesión testamentario privada, accede por esta vía a la sucesión intestada. Por lo tanto, ya tenemos el cauce para llegar a este régimen legal: falta de testamento o la nulidad de este.

En nuestro derecho actual, la falta de requisitos esenciales legalmente establecidos en el Código Civil provoca la ineficacia total del testamento. Aun cumpliendo estos requisitos, puede suceder que el contenido del propio testamento atente contra algunas de las prohibiciones establecidas legalmente o no respete la voluntad del causante en él, conllevando esto la ineficacia parcial del mismo. Así, se distingue de ineficacia parcial de alguna de sus disposiciones de la ineficacia total y su consecuente invalidez del testamento. En relación a los supuestos de ineficacia, el artículo 743 CC. Establece una regla restrictiva, existiendo un elenco tasado de supuestos de ineficacia << caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en el código>>. Sin embargo, doctrinalmente STS 5 diciembre 1950) establece que las disposiciones testamentarias son ineficaces cuando concurren algunas de las causas expresamente previstas en la ley, y en general cuando su validez resulte imposible por faltar requisitos y formalidades que la ley exige.⁶⁴

⁶² J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 678

⁶³ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga, 2010) 336

⁶⁴ A.M. LÓPEZ – V.L. MONTÉS – E. ROCA *Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones* (Valencia 1999) 277-278

El artículo 658 CC. Abre el cauce a través de los cuales pueden discurrir la sucesión mortis causa, señalando que la sucesión voluntaria se articule mediante la manifestación propia del causante en el testamento. El testamento declara la voluntad, por lo que es una declaración de voluntad, que abre el cauce de una sucesión testada. El artículo 667 CC establece << el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento>>. Pone de relieve que la voluntad humana que se contiene en el testamento es la del causante, siendo unilateral y personalísimo. El testamento es un acto solemne mortis causa que, siendo formal, puede acoger en su seno un variado conjunto de negocios. Siendo así, es un elemento necesario para tal sucesión, y en cuanto falta este, tanto como la causa que es la muerte, este elemento determina el cauce que debe seguir legalmente esta sucesión.⁶⁵

Por lo tanto, la falta de este elemento esencial o la invalidez del mismo determina el cauce que ha de tomar legalmente esta sucesión.

VI.2.- BONORUM POSSESSIO

Frente a la herencia civil, *hereditas*, encontramos un tipo de herencia llamada *bonorum possessio*, dada por el Pretor. Esta era dada por el pretor a determinadas personas que responden a los viejos principios de familia agnaticia, a los nuevos del parentesco cognaticio y del vínculo matrimonial.

Esta obra del Pretor no tiene por finalidad, al principio, reformar el derecho sucesorio civil, sino que regulaba las controversias entre partes que se pudieran dar en una sucesión hereditaria. Según la opinión dominante, y de la que forma parte el autor J. Iglesias, la *bonorum possessio* no es otra cosa que la adjudicación interina de las cosas hereditarias al fin de facilitar la instauración del proceso, cuando se puede dar alguna controversia o duda en la situación de hecho sobre la que se centra. El pretor designa la que ha de poseer la herencia y ha de ocupar la parte o posición más favorable de demandado. Tras un estudio sumario, el pretor decide y posteriormente otorga al que considere heredero, y que, si este no lo fuera, adentrándose en el proceso principal

⁶⁵ A.M. LÓPEZ – V.L. MONTÉS – E. ROCA *Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones* (Valencia 1999) 99-100

subsiguiente, se discute sobre el fondo, habiendo que restituir la herencia, a no ser que en ese intervalo de tiempo la haya usucapido *pro herede*. No siendo definitiva la adjudicación del patrimonio hereditario, es decir, que el heredero puede recobrarlo por medio de la acción *hereditatis petitio*, la *bonorum possessio* es sine re.

En la época clásica la función del pretor es puramente correctora, otorgando bienes hereditarios a personas que el propio derecho no otorgaba o no contemplaba como herederos. Junto a este otorgamiento se establece una protección para la garantía de la misma. Poco a poco esta *bonorum possessio* pasa a ser de *sine re* a *cum re*, siendo esto una garantía total frente al heredero civil⁶⁶

Podemos distinguir tres clases de *bonorum possessio*:

- *Bonorum possessio secundum tabulas*, es esa que cuando la posesión se concedía a quien era heredero por testamento. Se concedía siempre que se presentase un testamento valido en su forma externa, con los sellos correspondientes.
- *Bonorum possessio contra tabulas*, en este la posesión se concedía a favor de aquellas personas que habían sido excluida injustamente del testamento
- *Bonorum possessio sine tabula*, habiendo fallecido el causante intestado, el pretor concedía la posesión a aquellos que eran herederos civiles ab intestato o a personas unidas por el vínculo de parentela, pero no contemplados por el derecho civil.

Como hemos visto, nos encontramos ante dos tipos o sistemas sucesorio, que no son contradictorios sino paralelos o complementarios. Encontramos por lo cual, uno que es civil, que les atribuye a determinados individuos la calidad de herederos, con sus respectivas consecuencias jurídicas, y otro pretorio, que es la *bonorum possessio*, otorgando facultades y acciones ficticias para exigir el objeto de los créditos de este frente a sus deudores.⁶⁷

⁶⁶ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid, 1986) 622-624

⁶⁷ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 361

VI.2.1 LA BONORUM POSSESSIO SINE TABULA

La *iurisdictio* del pretor que no es sino la procesalización de la posesión, es creada por el pretor en base a su potestad jurisdiccional frente al cumulo de situaciones que se empiezan a dar en la sociedad y que llegado este momento es una realidad a la que hay que dar solución. Esta intervención pretoria en el ámbito hereditario, que alcanza su plenitud de alcance cuando lo es contra tabulas, ofrece el interés mayor en cumplimentar la segunda función jurisdiccional destacada por Papiniano. En esta *bonorum possessio* se va dando solución a las carencias de *ius civile*, siendo suplidas por el pretor, cambiando el panorama de las sucesiones en el punto de las atribuciones patrimoniales ab intestato.

Como sostiene el Prof. Castro Sáenz, siempre que el pretor introduce con su instrumento jurisdiccional alguna innovación desconocida para el derecho decenviral, de una forma incluso inconsciente, se da una misma actividad de corrección de esta, al llegar determinadas consecuencias jurídicas y económicas con la práctica de la misma, modificando los ámbitos reglados del antiguo derecho romano. La diferencia es que cuando el pretor se dispone a cambiar o modificar directamente el propio *ius civile*, la corrección se produce de forma inmediata, siendo especialmente relevantes en los campos de derecho obligacional. Así, hasta en los más renovados derechos sucesorios se puede apreciar esta actividad pretoria. El efecto más impresionante es el que se da contra la capacidad jurídica del *pater familias* siendo esta casi omnipotente por el antiguo derecho arcaico. Con esto, las nuevas demandas sociales de reconocimiento de unos derechos a los parientes mas cercanos al causante, corrige los dictados del *ius civile* donde se daba al *pater familias* una capacidad de decisión casi absoluta.

La ordenación pretoria se fundamenta en los llamamientos sucesivos de cuatro grupos u órdenes distintos de individuos. Los *unde liberi* primero, los *unde legitimi*, *unde cognati* y por último los *vir et uxor*. El pretor introduce parentescos cognaticios y a los emancipados y establece también el deber de colación. Estos cuentan con un importante procedimiento procesal para el cuidado de sus intereses, como es el *interdictum quorum bonorum*. este expresa que se ha de restituirse lo que se ha dejado dolosamente de poseer

con el objeto de inutilizar en la practica el ejercicio del interdicto, y con su uso se busca interrumpir la *usucapio pro herede* que puede perjudicar a estos interesados.⁶⁸

VI.3.- USUCAPIO PRO HEREDE EN LA SUCESION INTESTADA

Resulta más importante la posesión de los bienes hereditarios que la de cualquier otro tipo de bienes. Posesión y herencia y sucesión son dos realidades que van de la mano, y por ello se le debe dar tratamiento jurídico civilistas como tal. Dentro de la perspectiva posesoria del caudal hereditario hay una institución que es la *usucapio pro herede* que goza de una especial importancia. La situación que tenía en un primer momento esta figura jurídica era un tanto desproporcionada respecto al campo en el que surtía efectos jurídicos, ya que en muchos casos era una figura que casi no ofrecía medios para contraatacarlo y que dejaba mermado los intereses del heredero. Y por lo expuesto, resulta la posición del *heres* muy frágil, no tanto la del *cuius*, que a la postre ha muerto, sino más la del que viva, ya que puede perderlo todo.⁶⁹

Para inducir al heredero voluntario a aceptar la herencia, con vistas a que no queden incumplidas las obligaciones de la religión doméstica y haya quien pueda pagar a los acreedores del difunto, Gayo nos trajo la *usucapio pro herede*. El derecho antiguo romano nos trae la norma de la posesión de los bienes hereditarios por un año, por parte de cualquier persona, aunque careciera de los derechos exigibles para instituirse como herederos, atribuía al poseedor la calidad de heredero por usucapión. En la republica ya deja de ser la *usucapio pro herede* una usucapión de la herencia, esto conlleva a su introducción en la *certerae res*, para convertirse en una usucapión de las singulares cosas que contienen la misma, aun siendo bienes inmuebles. Tiene carácter lucrativo además de ímproba y con esos términos la califico gayo. Adriano por su parte concede al heredero la revocación, siempre que las cosas hereditarias, siempre que la usucapión haya sido de

⁶⁸ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 127-129

⁶⁹ A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002) 141 y 142

mala fe. Por su parte Marco Aurelio las castiga con penas públicas como *crimen expilatae hereditatis* el apoderamiento de las cosas pertenecientes a una herencia yacente.

Justiniano por su parte admite la usucapión en los supuestos:

- A favor del heredero verdadero respecto de cosas erróneamente creídas hereditarias
- A favor del heredero aparente, es decir, del que se cree heredero cuando no es tal.

La lucrativa *pro herede usucapio* es abolida ya en la época de Justiniano por este mismo al exigir la buena fe y periodos de tiempos distintos para las cosas muebles e inmuebles.⁷⁰

VI.4.- EL SISTEMA JUSTINIANO: LAS NOVELAS.

Ya en la época imperial, un nombre toma vital importancia en la historia propia del derecho. Desde el 1 de agosto de 527 hasta su muerte, fue emperador del imperio romano y durante su vida llevó a cabo una importante codificación del derecho romano hasta la fecha, queriéndolo llevar al esplendor del derecho romano de la época clásica, que se fue perdiendo con el paso de los años en la propia Roma y su imperio. Este fue el inicio de la Compilación Justiniana que será la codificación de normas de toda la historia romana que mejor ha llegado a nuestros días y que gracias al mismo hemos podido conocer y evolucionar desde su ya avanzado y técnico derecho. Así, la *Compilación* recoge, entre otras normas, las que regulan la propia herencia y con ella la sucesión *ab intestato*. En estas, se establece una sucesión basada en la parentela de sangre estableciendo una igualdad entre hombres y mujeres. Encontramos ya, basado en el antiguo sistema aristotélico, un criterio de sucesión que ha llegado a nuestros días y como lo conocemos hoy en día, en el cual atendiendo al orden de sucesión primero desciende hacia hijos, luego asciende a padres y por último se extiende hacia hermanos⁷¹.

El actual sistema sucesorio establece este orden de sucesión en el artículo 807 CC por el cual serán herederos forzosos: en primer lugar, los hijos y descendientes de padres

⁷⁰ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 634 y 635

⁷¹ A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 359

y ascendientes, en segundo lugar y a falta de descendientes los ascendientes de los hijos y descendientes y en tercer lugar el viudo o viuda del causante de la forma que se establece en el propio Código Civil. Los hermanos y los hijos de hermanos y los demás parientes colaterales, podrán ser herederos legítimos o abintestato, pero no son legitimarios. Los descendientes serán legitimarios preferentes y excluyen de dicha condición a los ascendientes.⁷²

Las novelas que recogen estas regulaciones legales son las novela 118, del año 543, y completada esta por la 127, del año 548. Así se agrupan a los parientes en cuatro clases.

La primera clase recoge a los descendientes del difunto, es decir, a sus hijos. Ya no se considera la patria potestad, el sexo ni el grado de parentesco. El descendiente de grado ulterior es llamado solo cuando no viva el descendiente que en su caso sea el que le precede, es decir, el anterior. Si los descendientes fueran de igual grado, la herencia se divide por cabezas y, por el contrario, si fuera de grados distintos, esta división se lleva a cabo por estirpes. Mientras haya descendientes no se realiza el llamamiento a los ascendientes, así como a los colaterales en el caso que existan ascendientes. Más aún si el causante estaba sujeto a la patria potestad, conserva el padre de este el usufructo.

La segunda, en defecto de ascendientes son llamados a heredar los ascendientes tanto paternos como maternos del causante, sus hermanos germanos, esto es, los hermanos de doble vinculo de padre y de madre, y los hijos de los ya muertos. Entre los ascendientes, el de vinculo más cercano excluye al ascendiente de vinculo más lejano. En cuanto a la repartición de la herencia, si existiera varios ascendientes de igual grado y de misma línea, la herencia se dividirá por cabezas, y si por el contrario pertenecieran a líneas distintas, la herencia se divide por mitades iguales entre la parte paterna y la parte materna, y dentro de esta división, la adjudicación se hará por cabezas también. Si solo existieran ascendientes a la muerte del causante, la herencia pasa a estos por enteros. Si en otro caso, existieran algún hermano o hermana, la división de la misma se haría entre los ascendientes y esto se dividirá y adjudicará por cabezas. Si concurren también los hijos de hermanos o hermanas les corresponde la parte que a la madre o al padre muerto

⁷² A.M. LÓPEZ – V.L. MONTÉS – E. ROCA *Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones* (Valencia 1999) 323

le correspondiera si viviera. Si solo concurren sobrinos, hijos e hijas de los hermanos del causante que hubieran muerto, la herencia en este caso se dividirá entre ellos por estirpes.

La tercera se da en caso de que faltaran herederos de la clase anterior, sucederán aquí los medio hermanos, estos son, hermanos y hermanas que lo son solo por la parte de padre, consanguíneos, o de la madre, uterinos, y a los hijos fallecidos. Si solo existieran hermanos y hermanas la división de la herencia se hará por cabezas y si hubiera hermanos premuertos, sus hijos recibirán la cuota que le correspondiera al padre o madre.

La cuarta llama por último a todos los demás parientes colaterales, sin haber aquí ninguna limitación en cuanto al grado de parentesco. En cuanto a la preferencia, será el más próximo el que excluya al más lejano. Si existen parientes colaterales de igual grado, la herencia se dividirá por cabezas.

Referente a cada clase, rige la *successio graduum*, y en orden a todas, la *successio ordium*. Por otra parte, cuando el cónyuge queda viudo, es decir el que supérstite, no siendo contemplado en la novela 118, se le aplica la *bonorum possessio unde vier et uxor*, que le viene conferida, si no existe divorcio, a falta de todos los familiares del difunto. En concurrencia con los familiares del difunto solo podrá heredar la viuda pobre, siempre que su marido gozará de una buena posición social y económica a su muerte. Si concurre con cuatro o más descendientes del marido, le corresponde una porción viril, pero si concurren menos la proporción que le corresponderá será una cuarta parte de la herencia, la *quarta uxoria*. La cuota de la viuda, a su vez, no puede sobrepasar el montante de cien libras de oro, y tiene concepto de usufructo cuando concurre con sus propios hijos.⁷³

En relación a la legítima del conyugue viudo en el código civil, se establece en el artículo 807.3 CC. que el cónyuge supérstite puede concurrir en relación con otros legitimarios en una sucesión, no es excluyente y esto consiste en que a esta parte le corresponde una cuota de la herencia en usufructo, de cuantía variable, dependiendo de las personas con quienes concurra a la sucesión de la herencia. Es necesario que el viudo o viuda con derecho a la legítima debe ser cónyuge del difunto cuando haya fallecido, exigiéndose el matrimonio vigente hasta ese momento, pues de lo contrario no tendría esa condición. El que esté divorciado no conserva ese derecho legítimo con respecto a su ex

⁷³ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 689-691

– cónyuge, ya que en el momento de la muerte no estaba casado con el causante, esto lo encontramos en el artículo 834 CC.

Según el artículo 834, si estuviera separado en virtud de demanda, se esperará el resultado del pleito, y si hubiera mediado perdón o conciliación, el sobreviviente no pierde el derecho. La actual regulación de las causas y efectos de la separación matrimonial no se basa en la idea de culpabilidad o inocencia. Por lo tanto, se establece que en relación del artículo 834 y 945 del CC. el cónyuge separado judicialmente por haber incurrido el difunto en alguna de las causas previstas en el artículo 82 que implique su culpabilidad, conservaría el derecho a la legítima, pero perdería el derecho a suceder en la abintestato. Presenta una serie de caracteres esenciales:

- 1- Consiste en una cuota de la herencia en usufructo, no en propiedad.
- 2- El derecho de usufructo es susceptible de transformación en cuanto a su pago, es decir, se puede compensar con otras formas de satisfacción.
- 3- Es de carácter recíproco, tanto a la mujer como al marido, no dependiendo de la situación económica del sobreviviente.
- 4- Es independiente del régimen matrimonial habido durante el matrimonio.
- 5- Según la doctrina mayoritaria, no se atribuye la condición de cualidad de heredero al cónyuge.
- 6- La legítima del cónyuge es concurrente y no excluyente.
- 7- La cuota es de cuantía variable , dependiendo de con quien concurra en la herencia.⁷⁴

Por su parte, los hijos naturales de los causantes tienen derecho a una sexta parte de la herencia, siempre que este no deje ni mujer ni hijos legítimos a su muerte. En el caso que concurrieran cualquiera de estos, solo tienen derecho a los alimentos.

Con la novela 118, establece el régimen al régimen de los peculios. En este caso, el patrimonio de los hijos no retorna al padre *iure peculi*, sino que en este caso respecto a estos rigen las reglas generales de sucesión.⁷⁵

⁷⁴ A.M. LÓPEZ – V.L. MONTÉS – E. ROCA *Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones* (Valencia 1999) 330-334

⁷⁵ J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986) 691

VII CONCLUSIONES

Para finalizar y como conclusión, el estudio de las bases de nuestro derecho es algo fundamental para conocer cómo se crea y estructura nuestro actual derecho. En el presente trabajo se trata de estudiar como en el Derecho Romano se empezó a dar una regulación importante a la institución de la sucesión. Todo tiene su inicio, el inicio del derecho actual tiene lugar en la antigua Roma y de ahí partimos para comprobar y conocer mejor todo lo que engloba nuestro sistema sucesorio actual. Se intenta plasmar el fundamento y origen del actual sistema sucesorio profundizando en la sucesión legítima o intestada, es decir, como a falta del testamento y voluntad del causante el propio derecho, ya en Roma, empezó a prever un sistema legal para estructurar y organizar dicho fenómeno. La forma de trabajar ha sido encontrar los lazos que unen el derecho actual y el romano, es sus distintas etapas, para intentar hacer una comparativa de cómo se encuentra hoy en día lo que ya se inició y empezó a regular en Roma. Por ello, avanzamos por las distintas etapas de la historia de la civilización romana para analizar la evolución propia que se dio en la sucesión intestada y como empezó a aparecer cada elemento, así como otros fueron evolucionando o derogándose. Con el conocimiento de la historia romana, ajustándose a los sucesos socio políticos que se fueron dando, entendemos gran parte del planteamiento actual en nuestro Código civil y en la regulación de sucesión legal o intestada. Hemos comprobado que la propia base sistemática corresponde a la ya realizada e instaurada en la antigua roma, y lo que hemos plasmado en comparativa en la mayor parte es aquello que tiene gran similitud con el derecho romano, atendiendo aquí también a las situaciones socio políticas y culturales que se dan en nuestros días y a las que responde las variantes que hemos ido encontrando.

En definitiva, ha sido un estudio en el cual se analiza en profundidad la historia para entender nuestra actualidad y una breve comparativa que nos ayuda a entender la importancia de nuestras bases de derecho y del avance en el derecho que consiguió aquella civilización en esta materia como en otras muchas.

BIBLIOGRAFÍA

- J. IGLESIAS *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado* (Madrid 1986).
- A.M. LÓPEZ – V.L. MONTÉS – E. ROCA *Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones* (Valencia 1999).
- A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010).
- A. CASTRO SÁENZ *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002).
- L.R. ARGUELLO *Manual de derecho Romano* (Buenos Aires 2000).
- F. BETANCOURT *Derecho Romano Clásico* (Sevilla 1995).
- G. DE LAS HERAS, *testamentifacio: Origen y Naturaleza; en Seminario Complutense de Derecho Romano XI* (1999)

WEBGRAFÍA

- <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2649268.pdf>

LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil