

**LA FAVORABLE EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN DE LA MUJER EN EL
ORDEN SUCESORIO AB INTESTATO: DESDE ROMA HASTA LA
ACTUALIDAD**

**THE FAVORABLE ADVANCE OF THE POSITION OF WOMEN IN THE AB
INTESTATO ORDER OF SUCCESSION: FROM ROME UP UNTIL TODAY**

Henar MURILLO VILLAR¹

RESUMEN: En el orden sucesorio *ab intestato* el llamamiento que se hace a la mujer en su condición de cónyuge supérstite viuda, ha tenido siempre una evolución progresiva favorable hacia una mejora en la posición de llamada. Desde el lugar que ocupaba en los primeros tiempos del *ius civile* romano hasta el reconocimiento y lugar de su derecho en la actualidad, siempre ha ido escalando puestos sin solución de continuidad. Por cierto, el llamamiento a la mujer siempre ha evolucionado a la par que la del hombre, ni mejor ni peor, viudo/viuda, siempre han sido mencionados conjuntamente bajo el apelativo singular de cónyuge supérstite (*unde vir et uxor*).

PALABRAS CLAVE: sucesión intestada, orden sucesorio, mujer, parentesco.

ABSTRACT: In the *ab intestato* order of succession, the heirship of a woman as a surviving widowed spouse has always advanced favorably towards improvement in the position of the heiress. From the place that it held in the earliest times of Roman *ius civile* up until the recognition and the place of her right today, it has at all times been recognized without interruption. Indeed, the heirship of women has always equaled the heirship of men, neither better, nor worse, widowed wife/husband, they have always been jointly mentioned under the singular term of surviving spouse (*unde vir et uxor*).

KEYWORDS: intestate success, order of succession, woman, relative.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El llamamiento a la mujer en el orden sucesorio romano. 2.1 En el antiguo *ius civile*. 2.2 En el edicto del pretor (*bonorum possessio sine tabulis*). 2.3 En los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano. 2.4 En las constituciones imperiales postclásicas. 2.5 En las novelas 118 (543 d.C.) y 127 (548 d. C.) de Justiniano. 3. El llamamiento a la mujer en los órdenes sucesorios establecidos a lo largo del derecho intermedio. 3.1 En el Código de Eurico. 3.2. En el Fuero Juzgo. 3.3. En el Fuero Real. 3.4. En las Partidas. 3.5. En las Leyes de Toro. 3.6. En la Nueva Recopilación. 3.7. En la Novísima Recopilación. 4. El llamamiento a la mujer en los Proyectos de Código civil. 5. El llamamiento a la mujer en los órdenes sucesorios establecidos en los diferentes ordenamientos españoles vigentes. 5.1 En el Código Civil español. 5.2 En el Código del Derecho Foral de Aragón. 5.3 En la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. 5.4 En el Código Civil de Cataluña. 5.5 En la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia. 5.6 En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. 5.7 En la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil del País Vasco. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

¹ Profesora de Derecho Romano. Universidad de Burgos. <https://orcid.org/0000-0001-8196-8395>

1. Introducción.

La sucesión *ab intestato* ha sufrido una profunda transformación a lo largo de toda su historia, y ello como consecuencia del cambio del parentesco agnaticio por el cognaticio, parentesco de sangre, que terminó por imponerse en el derecho justinianeo, estableciéndose así un nuevo sistema de vocación hereditaria intestada que en sus líneas fundamentales ha pasado a las legislaciones modernas. Lo importante es que la sucesión intestada ha existido siempre, desde los orígenes del ordenamiento jurídico romano hasta las codificaciones más recientes, sin olvidar que, con independencia de su finalidad, ha habido una modificación progresiva en el orden de llamamientos.

Es conocido que la función de la sucesión intestada ha sido muy discutida en la doctrina, tanto romana como civil, y que se han planteado en su defensa argumentos muy diferentes. Para unos la ley llama a ciertos parientes próximos a los que se cree que el causante tiene en más estima, interpretando de este modo la voluntad presunta del causante. Pero en opinión de otro sector doctrinal, más actual y generalizado, se entiende que la función de la sucesión intestada consiste en dotar a los bienes del causante de un titular, que se subrogará en todas aquellas relaciones jurídicas que no se hayan extinguido con la muerte. Por lo tanto, no se trata tanto de suplir la presunta voluntad del causante, que también, como de solventar una cuestión de interés público y de ese modo evitar y solucionar las situaciones conflictivas que pudieran surgir, facilitando de ese modo el tráfico jurídico.

La familia y su regulación juegan un papel determinante en el derecho sucesorio, especialmente en la sucesión *ab intestato*, y más concretamente para establecer el lugar que ha de ocupar cada pariente en el orden de llamamientos establecido por la ley. El derecho sucesorio romano siempre se caracterizó por su raíz familiar y por su constante preocupación por proteger a la familia, y, sobre todo, los derechos familiares. Por eso, a lo largo de todo su ciclo vital, el ordenamiento jurídico romano siempre estableció un régimen de llamamientos en la sucesión intestada en función del parentesco existente entre las personas llamadas y el difunto².

En este trabajo me voy a detener en el llamamiento que se hace a la mujer en su condición de cónyuge supérstite (viuda), para resaltar cómo paulatinamente fue escalando posiciones en el orden sucesorio, desde los lugares que ocupaba en los primeros llamamientos en derecho romano hasta el reconocimiento y lugar de su derecho en la actualidad. Nunca se ha diferenciado entre el hombre y la mujer a la hora de establecerse el lugar que han de ocupar dentro del orden sucesorio de llamamientos, de ahí que siempre se hable de cónyuge supérstite (viudo o viuda). Hecha esta advertencia, prescindo de mencionar al esposo o pareja de hecho varón, para referirme exclusivamente a la mujer cuando hable de cónyuge supérstite. Seguidamente realizo un recorrido por la legislación aplicable en los diferentes momentos históricos, desde el ordenamiento jurídico romano hasta la más reciente legislación española del siglo XXI, para concluir cómo sin solución de continuidad ha habido una constante mejora posicional.

² Tomás y Valiente, F., *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, en AHDE 36, Madrid, 1966, pp. 195 ss.

2. El llamamiento a la mujer en el orden sucesorio romano.

Desde la antigüedad se ha sentido la necesidad de que los bienes de la persona que ha fallecido intestada (porque no existe testamento, o éste ha sido revocado o declarado nulo, o porque el heredero testamentario no haya aceptado la herencia) no queden vacantes y puedan ser objeto de ocupación como si se tratara de una *res nullius*. Ello indujo a buscar soluciones y a establecer un orden de llamamientos, fundamentalmente entre parientes, incluyendo también de forma progresiva al cónyuge superviviente y, a falta de parientes, al erario público o al fisco. Desde la Ley de las XII Tablas (450 a. C.) hasta las *Novellae* de Justiniano 118 y 127 (543 y 548 d. C.), hubo una clarísima evolución en los criterios determinantes en cada momento histórico para fijar el orden de llamamientos en la sucesión *ab intestato*. Durante este tiempo, los llamamientos giraron sobre cuatro tipos de relación parental: parentesco agnaticio; parentesco cognaticio; relación conyugal (relación basada en el afecto)³ y ausencia de relación (llamamiento al erario público o al fisco).

2.1. En el antiguo *ius civile*.

La regulación de la sucesión intestada en el antiguo *ius civile* se basa exclusivamente en el parentesco de agnación, en la familia agnaticia⁴, obviando en gran medida el parentesco de sangre. El orden de llamamientos se encuentra establecido en la Ley de las XII Tablas, Tabla V. 4. *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*. 5. *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)*. Es decir, en las XII Tablas se señalan, por orden de preferencia, tres grupos diferentes de personas, todas unidas por el vínculo parental de la agnación, a las que se le reconoce el derecho a la herencia del difunto: *sui*, *agnati*, y *gentiles*.

A. *Sui heres*.

Por *sui iuris* se entienden todos los miembros de la familia agnaticia que tras la muerte del *paterfamilias* pasan a liberarse de su potestad. A partir de este momento, la sociedad familiar se disgrega en tantos grupos familiares como número de personas quedaran liberadas del poder del *paterfamilias*. Entre las personas que conformaban la familia agnaticia, cuyo lazo de unión no es el biológico o de consanguinidad sino el de la sumisión al poder doméstico del *paterfamilias*, se encuentran la esposa casada *in manu* con el difunto, que a efectos hereditarios se encuentra en lugar de hija, *loco filiae*, los hijos procreados que estaban en la familia, los hijos adoptados y los adrogados. Los *sui heredes* se reparten la herencia entre todos con cuotas iguales –*per capita*– sin distinguir entre varones ni hembras ni entre hijos procreados o adoptados.

No obstante, no eran *sui heredes*, y, por lo tanto, no eran llamados a la herencia, los hijos emancipados⁵, ni los dados en adopción, ni las hijas casadas *in manu*, ni sus descendientes, pues éstos pertenecerán a la familia del padre

³ La relación de *adfinitas* es el parentesco que nace entre los parientes de un cónyuge y los parientes del otro (*agnati* o *cognati*), y es absolutamente intrascendente a efectos sucesorios.

⁴ La Pira, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, Vallecchi, 1930, pp. 163 ss.

⁵ La concesión de la emancipación para evitar que se fuera heredero, fue a menudo una de las razones que movía al *paterfamilias* a su otorgamiento, con el fin de limitar de ese modo el número de herederos y evitar que el patrimonio, en particular el agrícola, se dividiera, lo que habría dificultado la subsistencia de quienes dependían de este patrimonio si eran numerosos. Pichonnaz, P., *Les fondements romains du droit privé*, 2ª ed., Genève/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2020, p. 200.

por transmitirse el parentesco agnaticio únicamente por línea de varón (Gayo 3.19-24). Sin embargo, las mujeres, aunque fueran *sui iuris*, no podían tener *sui heredes* puesto que éstas carecían de *patria potestas*⁶. En definitiva, los *sui* son sujetos que solamente pueden proceder por vía masculina, no femenina, pues la mujer casada no tenía ningún derecho de potestad sobre sus hijos: *Nulla femina aut habet suos heredes* (D.38.16.13 (Gai. 10 ad leg. Iul. et Pap.)). Pero, y esto es muy interesante, la mujer sí que podía heredar *ab intestato*⁷, aun careciendo de vínculo biológico con el causante, y no lo hacía por su condición de esposa, pues la sucesión entre marido y mujer no existía, sino por su condición de sometida⁸. En definitiva, entre los *heredes sui* se observan diferentes vínculos: de sangre (hijos, nietos, biznietos y descendientes vía masculina); de afinidad (esposa *in manu*, y mujer de un hijo (*nurus in manu*); y de afectividad (adoptados y adrogados).

B. Agnatus.

Cuando faltan *heredes sui* -que también son parientes agnaticios- las XII Tablas llaman a la sucesión *ab intestato* al agnado próximo: *adgnatus proximus familiam habeto*. La expresión *adgnatus proximus* parece referirse al colateral más próximo del difunto, si bien tal opinión no es del todo pacífica⁹. Dentro de los agnados también pueden diferenciarse entre consanguíneos y *adgnati* propiamente dichos. Consanguíneos son los que tienen el mismo padre, aunque sean hijos de diferentes madres; es decir, hermanos y hermanas, o lo que es lo mismo, colaterales de 2º grado. Agnados serán todos los demás colaterales por línea masculina a partir del 3º grado de parentela y sin límite. Esta distinción tiene su importancia, pues dentro de los consanguíneos no hay diferencias de sexo, por consiguiente, heredan tanto hombres como mujeres. Ahora bien, superado aquel ámbito, el 2º grado de parentesco, la sucesión es únicamente de los hombres¹⁰. Esto se explica porque “en la época arcaica la característica de la “consanguinidad” viene dada por el sometimiento a la inmediata potestad de un común *paterfamilias*, es decir, el haber tenido un puesto de *filius familias* dentro de la familia *proprio iure*. Por consiguiente, los consanguíneos ocupan el primer puesto dentro de los agnados, no pudiendo concebirse en la época de las XII Tablas como una categoría de sucesores distinta de los *sui* y de los *agnati*”¹¹. Cuando la sucesión sea entre consanguíneos, salvo que sea entre hermanos, la llamada es solo a favor de los varones, no alcanzando la herencia legítima a las mujeres: *ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet*¹².

⁶ Voci, P., *Diritto ereditario romano, vol II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1963, p. 7.

⁷ Diliberto, O., s. v. *Successione legitima*. A) *Diritto romano*, en Enciclopedia del Diritto, vol. 43, Varese, Giuffrè, 1990, p. 1300 nt. 21.

⁸ Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge superviviente. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, en RCDI, año nº 80, nº 686, 2004, p. 2719.

⁹ Diliberto, O., s.v. *Successione legitima*. a) *Diritto romano*, cit., p. 1301 nt. 35. FINAZZI, G., *La successione ab intestato*, en XII Tabulae. Testo e commento I (a cura de Mª F. Cursi), Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 244 ss.

¹⁰ Voci, P., *Diritto ereditario romano, vol II. Parte speciale*, cit., p. 7.

¹¹ López-Rendo, C., *La sucesión intestada en la ley de las Doce Tablas*, en Estudios de Derecho romano en memoria de Benito Mª Reimundo Yanes, tomo I, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, p. 567.

¹² Gayo 3.14; *Epit. Gai.* 2.8.5; *Epit. Ulp.* 26.6.

C. Gentiles

A falta de *sui* y agnados, las XII Tablas llaman a la sucesión del *de cuius* a los *gentiles*, es decir, a los miembros de la *gens* a la que pertenecía el difunto: *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)* (XII Tab. V.5)¹³. El problema reside en saber que era la *gens*. Lo cierto es que en tiempos de Gayo la *gens* ya había desaparecido (Gayo 3.17), circunstancia que viene posteriormente ratificada en la Reglas de Ulpiano 26.1, según se nos informa en *Collatio* (16.4.2), con lo que tal sucesión hereditaria *ab intestato*, en época clásica, carece de toda razón de ser (I.3.1.2)¹⁴.

De lo anterior, puede concluirse que según los criterios seguidos por el primitivo *ius civile* recogido en las XII Tablas, el orden de llamamientos estaba condicionado por la sumisión al poder de un *paterfamilias*. No obstante, ya se puede colegir que la proximidad afectiva era importantísima, pues no solo acudía la mujer *in manu*, también los *fili*, naturales o adoptados, no así los emancipados, lo que implícitamente supone alejamiento si no afectivo si de contribución al bien común, por lo tanto, no merecedor del reparto de la *familia* o patrimonio familiar.

2.2. En el edicto del pretor (*bonorum possessio sine tabulis*).

En el siglo II a. C., el orden civil mostraba ciertas insuficiencias para atender las necesidades de una sociedad que había evolucionado hacia diferentes modelos económicos y familiares, lo que incitó a que el pretor comenzara una labor correctora del *ius civile* creando un orden sucesorio propio¹⁵. El orden establecido por el pretor, enumerados por orden de preferencia, fue: 1º *unde liberi*; 2º *unde legitimi*; 3º *unde cognati* y 4º *unde vir et uxor*¹⁶.

A falta de parientes de las clases anteriores, o de existir, si estos no hubieran solicitado la *bonorum possessio*, el pretor ofrece la posesión de los bienes del causante al cónyuge supérstite que en el momento de la muerte del *de cuius* se encontrase unido a él en *iustum matrimonium*¹⁷. Que se ofreciera la *bonorum possessio* en último lugar al cónyuge supérstite, implicaba que no existía ningún pariente consanguíneo, pues la relación entre marido y mujer no estaba determinada por parentesco alguno, era una relación conyugal al margen de la *cognatio* y de la *adfinitas*.

Que el pretor introdujera la llamada a los cónyuges, *uxor* por lo que interesa, fue una novedad de gran alcance¹⁸, pues no existía con anterioridad y lo bueno es que a través del tiempo ha llegado hasta la actualidad. Tal vez se entendiera que a falta de otros parientes y viviendo el cónyuge del causante, los bienes no

¹³ Talamanca, M., *L'acquisto dell'eredita dei gentiles in XII tab. 5.5*, en *Málanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage a la memoire de André Magdelain*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 1998, pp. 447-476. Finazzi, G., *La successione ab intestato*, en *XII Tabulae. Testo e commento I*, cit., pp. 252 ss.

¹⁴ Impallomeni, G., s.v. *Successioni (Diritto romano). Capo VIII. La successione "ab intestato" e contro il testamento*, en *Nov. Dig. Ital. XVIII*, Torino, Unione tipográfica e editrice torinese, 1982, p. 724.

¹⁵ López Güeto, A., *Pietas romana y sucesión mortis causa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 79.

¹⁶ D.38.11 *Unde vir et uxor* (C.6.18).

¹⁷ D.38.11.1 (*Ulp. 47 ad ed.*).

¹⁸ Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, cit., pp. 2726 ss.

debían quedar al albur social, sin dueño, en cuyo supuesto se abría la sucesión en favor del erario o del fisco¹⁹. Sin duda, el llamamiento del derecho pretorio al cónyuge supérstite supuso una gran novedad, pues además de reconocerle por primera vez un derecho sucesorio, se realizaba únicamente con base en la relación conyugal, prescindiendo de la *manus*. Es decir, junto al vínculo creado por el parentesco natural (consanguinidad), se reconoció también el vínculo generado por la relación matrimonial a efectos de orden sucesorio, lo que desde aquel momento ha llegado hasta la actualidad, variando sin solución de continuidad el lugar que haya de ocupar el cónyuge sobreviviente en el orden de llamamientos, con independencia de que sea viudo o viuda.

Es verosímil pensar que el Edicto del pretor estableciera el llamamiento *unde vir et uxor*, siempre que se tratase de un matrimonio *sine manu*, para que el cónyuge supérstite recibiera los bienes del causante difunto/a en ausencia de parientes consanguíneos, careciendo ya de importancia el posible traspaso de bienes de una familia a otra puesto que la familia del *de cuius* se había extinguido (no había herederos consanguíneos próximos pues nadie había respondido al llamamiento), de modo que, si bien entre marido y mujer no había relación de sangre al menos sí la había afectivo conyugal. En definitiva, el motivo fundamental de tan lejano llamamiento estuvo relacionado directamente con el carácter familiar de la sucesión²⁰.

2.3. *En los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.*

Poco a poco, el parentesco de consanguinidad fue imponiéndose al parentesco agnaticio. Prueba de ello es la clara evolución del derecho sucesorio en la época imperial mediante los senadoconsultos y las constituciones imperiales. Aunque el derecho pretorio introdujo los derechos hereditarios entre los parientes cognaticios, sin embargo, no se planteó de forma especial los recíprocos derechos sucesorios entre madre e hijos. Por ello, en época imperial cuando los matrimonios *cum manu* comenzaron a desaparecer, esta situación se consideró injusta y para corregirlo se publicaron dos senadoconsultos: *senatus consultum Tertullianum* (117-138 d.C.) y *senatus consultum Orfiphitianum* (178 d.C.). Como ni el derecho civil ni el derecho pretorio habían dado una solución adecuada al problema, fueron precisamente los mencionados

¹⁹ Tomás y Valiente, F., *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, cit., p. 198. El Edicto del pretor, como consta en *Epit. Ulp.* 28.7, llama en último lugar al pueblo, en virtud de lo dispuesto por la *lex Iulia* sobre bienes caducos, cuando no haya nadie a quien pueda corresponder la posesión de los bienes o hubiera hecho dejación de su derecho.

²⁰ Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, cit., p. 2730.

senadoconsultos²¹, del s. II d. C.²², los que establecieron un nuevo régimen sucesorio entre madre e hijos recíprocamente. Es decir, hasta los SS. CC. Tertuliano y Orficiano, la madre respecto de los hijos y los hijos respecto de la madre no eran considerados sucesores civiles²³. No obstante, ambos senadoconsultos solamente ofrecieron soluciones a las situaciones familiares más frecuentes, dejando la solución de los casos más controvertidos en manos de la actividad jurisprudencial²⁴.

2.4. En las constituciones imperiales postclásicas.

Con posterioridad a las reformas introducidas por los senadoconsultos se continuó legislando por medio de diferentes constituciones imperiales, tanto en época postclásica como en época justiniana, hasta que en el año 543 el emperador Justiniano publicó la Novela 118, que más adelante abordaremos, con la cual se creó un nuevo sistema sucesorio, basado exclusivamente en el parentesco de sangre. Es verdad que en las constituciones imperiales postclásicas se continúa dando preferencia al parentesco de consanguinidad a la hora de llamar a la sucesión, y ello teniendo como base el orden sucesorio civil antiguo y los llamamientos edictales a la *bonorum possessio*.

La legislación postclásica relativa al orden de llamamientos en la sucesión intestada, que comenzó con el emperador Constantino (307-337 d. C.) y alcanzó hasta las *Novellae* de Justiniano, fue muy confusa a pesar de que aspiraba a una simplificación del sistema, pues sus esfuerzos tendieron fundamentalmente a intentar la supresión de algunos vestigios que quedaban de la agnación, a evitar diferencias entre sexos y a superar la distinción entre *hereditas* y *bonorum possessio*²⁵. Por lo que respecta al cónyuge supérstite, concretamente la condición de la mujer, no hubo ninguna modificación en época postclásica, aunque hubo alguna tentativa²⁶.

²¹ El estudio más completo hasta la actualidad sobre estos senadoconsultos es el de Meinhart, M., *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klass. Röm. Erbrecht*, Viena, Böhlau, 1967. Recientemente también puede verse un interesante estudio de López Güeto, A., *Pietas romana y sucesión mortis causa*, cit., pp. 81-86 y, especialmente en *Madres e hijos en el derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 155-428, obra en la que la Autora explica las razones históricas, políticas y jurídicas que justifican la promulgación de ambos senadoconsultos, recogiendo a su vez todas las fuentes jurídicas, literarias, epigráficas y papirológicas en las que aparecen, y todo ello sin soslayar el *status quaestionis* en la doctrina romanística, para terminar analizando las consecuencias que ambos tuvieron en la regulación de la sucesión intestada de la mujer y los derechos reconocidos para heredar a sus hijos, y viceversa. Destaca el importante aparato bibliográfico utilizado.

²² I.3.3-4

²³ Impallomeni, G., s.v. *Successioni (Diritto romano). Capo VIII. La successione "ab intestato" e contro il testamento*, cit., p. 724.

²⁴ López Güeto, A., *Madres e hijos en el derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, cit., pp. 429 ss. (conclusiones pp. 471 ss.).

²⁵ Kaser, M., *Derecho romano privado*, 2ª ed. (versión directa 5ª ed. alemana), Madrid, Reus, 1982, p. 309. Turiel de Castro, G., *La sucesión intestada en derecho romano*, cit., p. 2082. Volterra, E., *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 778.

²⁶ C.Th.5.1.9; C.6.18.1; D.38.11.

2.5. En las novelas 118 (543 d.C.) y 127 (548 d. C.) de Justiniano.

La rúbrica de la Nov. 118 *De heredibus ab intestato venientibus et de agnatorum iure sublato*, deja meridianamente claro que se abandona cualquier criterio referido al vínculo agnaticio para acoger exclusivamente el vínculo cognaticio. La regulación la llevó a cabo el emperador Justiniano a través de la Novela 118 en el año 543, complementada posteriormente con la Novela 127 del año 548²⁷, en la que se establecen cuatro órdenes sucesorios: 1º descendientes; 2º ascendientes y hermanos germanos e hijos de los premuertos; 3º hermanos consanguíneos, uterinos e hijos de los premuertos y, por último, en 4º lugar los parientes colaterales. El criterio definitivo sobre el que se fundamenta el nuevo orden sucesorio será exclusivamente el de parentesco cognaticio -el vínculo de sangre-, siendo indiferente que los interesados sean emancipados o no, varones o hembras o se trate de parientes por línea de varón o por línea de mujer, siendo necesario añadir los casos de adopción que crean vínculos de descendencia legal pero no una relación de parentesco biológico.

Por lo que respecta a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, Justiniano no lo abordó en las Novelas 118 y 127, de ahí que fuera preciso aplicar lo previsto en la *bonorum possessio unde vir et uxor*, de acuerdo con lo prescrito en I.3.9.6²⁸. Según explica el emperador, es la primera vez que el cónyuge supérstite comienza a escalar posiciones en el orden de llamamientos; el mismo Justiniano afirma que mejoró el orden de llamamientos, lo situaron en el sexto lugar (*et altiore loco, id est sexto, eam posuimus*), desde el noveno que ocupaba (*quae unde vir et uxor appellatur et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat*). Obviamente, se exigía que no hubiera habido divorcio previo y faltar todos los herederos del difunto contemplados en el orden de llamamientos establecido. Esta “escalada” en la mejora de puestos terminará convirtiéndose en una de las constantes reivindicaciones hasta las actuales normativas.

3. El llamamiento a la mujer en los órdenes sucesorios establecidos a lo largo del derecho intermedio.

3.1. En el Código de Eurico.

Casi un siglo antes de que Justiniano pusiera fin a la situación de confusión proveniente de la época postclásica, mediante la disposición del definitivo orden de llamamientos establecido en las Novelas 118 y 127, se promulgó el Código de Eurico (476 d.C.). En este Código se observa una tendencia, al igual que sucediera en el ordenamiento jurídico romano, a centrarlos en el parentesco de sangre, tanto en línea recta como en línea colateral. Pero qué lugar ocupaba en los llamamientos el consorte viudo, especialmente, la mujer.

²⁷ Nov. 127 pr-1. *Ut fratris filii succedant ad imitationem fratrum et ascendentibus extantibus* (De que los hijos de los hermanos sucedan al tío paterno a imitación de los hermanos aun habiendo ascendientes).

²⁸ I.3.9.6. *Aliam vero bonorum possessionem, quae unde vir et uxor appellatur et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco, id est sexto, eam posuimus, decima veteri bonorum possessione, quae erat unde cognati manumissoris, propter causas enarratas merito sublata: ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes.*

El llamamiento al cónyuge viudo está recogido en el Capítulo 334²⁹. Se mantiene el llamamiento romano *unde vir et uxor* cuando falten otros herederos: descendientes, ascendientes y colaterales. No olvidemos que este tipo de llamamientos procede de la regulación pretoria. Por lo tanto, la llamada al cónyuge viudo se basa, no en un lazo biológico de sangre sino en la propia relación conyugal, basada en el afecto. “Vemos, por tanto, cómo, en el estricto llamamiento intestado, se siguió dedicando al cónyuge supérstite una atención aislada y excepcional, a través de su colocación en un puesto del orden sucesorio en el que realmente las posibilidades de sucesión serían muy remotas. Y ello por inercia de la tradición romana”³⁰. Pero es que este mismo Capítulo 334 también nos da solución a la cuestión de hasta qué grado eran llamados los colaterales, y la respuesta es contundente: *usque ad septimum gradum*. Que el cónyuge viudo fuera llamado cuando no hubiera colaterales hasta el séptimo grado, no ha de interpretarse como señal de abandono, especialmente de la viuda, pues ya en el Capítulo 322³¹ se le concedió en usufructo una porción del haber hereditario como a uno más de los hijos. Por lo tanto, se trata de un derecho hereditario de la *uxor*, que hereda de su marido como un hijo, pero exclusivamente en régimen de usufructo, derecho que perderá si contrae nuevas nupcias³².

3.2. En el Fuero Juzgo.

En esta obra no se aporta nada nuevo respecto del orden establecido en el derecho romano, dejando para el último lugar el llamamiento al cónyuge supérstite. Comienza la ley 1, del tít. 2, libro 4, equiparando a los hermanos y hermanas, cuando son llamados a la herencia del padre, lo que indica que a efectos sucesorios no hay distinción de sexos en lo relativo a la prelación en el llamamiento³³. En la ley 11 se advierte que a falta de otros parientes: descendientes, ascendientes, hermanos y demás colaterales, hasta el séptimo grado, se procederá a llamar al cónyuge supérstite³⁴.

Desde la antigüedad romana se viene observando, a pesar de que el llamamiento al cónyuge supérstite se hace en un orden tan postergado, después de los parientes colaterales hasta el séptimo grado, que siempre se intentó compensar tal situación para que no quedara privado de los suficientes medios económicos para su subsistencia; ello se hizo con la concesión de diferentes

²⁹ Capítulo 334. *Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nullus usque ad septimum gradum de propinquis aut quibuscumque parentibus invenitur*. Capítulo 334. El marido y la mujer se heredarán uno al otro tan sólo cuando no se encuentra ningún otro próximo o pariente cualquiera hasta el séptimo grado.

³⁰ Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, cit., p. 2751.

³¹ Capítulo 322. *Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; qua(m) usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis ... e conferre praesumat*. Capítulo 322. Si la madre permaneció en viudedad, tenga, en usufructo, una porción más entre sus hijos, esto es, como uno de los hijos; que posea en derecho de usufructo hasta su muerte, sin intentar donar ni vender ni dar a uno de sus hijos ...

³² D'Ors, A., *Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, 2ª ed., Madrid, BOE, 2014. pp. 258 ss.

³³ Esta regla perdurará en el tiempo, como consta en F.R. lib. 3, tit. 6, ley 1; P.6, tit. 13, ley 3 y en la Ley 6 de Toro.

³⁴ F.J. lib. 4, tit. 2, ley 11. *Del eredamiento del marido é de la muier. El marido debe aver la buena de la muier, é la muier debe aver la buena del marido quando non ay otro pariente fasta séptimo grado*. Concuerta con lo dispuesto en P. 6, tit. 13, ley 6 y P. 4, tit. 11, ley 23.

tipos de derechos y así proteger al cónyuge viudo, y, especialmente, a la mujer viuda. Ya en el derecho justinianeo se estableció la *quarta uxoria*, en favor de la viuda, e incluso con anterioridad, como se recoge en el CE Capítulo 322.1, se concedió una porción de la herencia del marido en régimen de usufructo, como a uno de los hijos. Estos derechos pasaron al F.J. tanto en favor del viudo, lib. 4, tít. 2, ley 14³⁵, como en favor de la viuda, lib. 4, tít. 2, ley 15³⁶.

Por lo tanto, puede afirmarse que el cónyuge viudo en absoluto quedaba económicamente desasistido, aun cuando sus posibilidades de acceder a la herencia eran realmente muy escasas, pues existieron otras medidas, especialmente para la mujer viuda, de recibir bienes del marido como eran la *luctuosa hereditas* que suponía una atribución de bienes a la viuda procedentes de su difunto marido; a ello habría que añadir la dote, que, al igual que en derecho romano, se mantenía la obligatoriedad de su constitución, lo que garantizaba su subsistencia, y además se podría añadir las donaciones *inter vivos* que hubiera podido recibir³⁷.

Llama la atención el reconocimiento legal de lo que tal vez hoy podríamos considerar una obviedad, y es que la mujer tiene los mismos e iguales derechos que el hombre, al menos a efectos sucesorios. No obstante, tal vez para despejar dudas, en la ley 9³⁸ se prescribió que la mujer pudiese ser heredera en igualdad de condiciones, y de cuota, se entiende, que sus hermanos varones para suceder al padre, a la madre, a los abuelos y abuelas, tanto paternos como maternos, a sus hermanos y hermanas, tíos y tías, sobrinos y sobrinas. Y, además, se explica la razón de tal disposición: la naturaleza otorga idéntico parentesco. Y para despejar dudas, se apostilla en la ley 10³⁹ que las mujeres tienen derecho a la misma cuota que aquellos hombres que sean parientes en su mismo grado. Realmente, se trata de una disposición de reconocimiento de igualdad de género a todos los efectos entre mujeres y varones.

3.3. En el Fuero Real.

El Fuero Real dedica cuatro leyes del libro 3, título 6 *De las herencias*, a regular quién ha de ser llamado a la herencia del difunto cuando fallece intestado, y en qué orden. En la ley 10 se concreta que, a falta de descendientes y ascendientes, se procederá a llamar a los colaterales: hermanos y hermanas del causante y sobrinos, hijos del hermano o hermana premuerto (ley 13). En el

³⁵ *Que los fijos deven fincar en poder del padre después de la muerte de la madre, maguer que ayan madrastra; é que debe fazer el padre de las cosas de los fijos.*

³⁶ *Si la madre fincare bibda, debe venir egualmientre á la buena con los fijos del padre* (Concuenda con F.R. lib. 3, tít. 3, ley 1 y Nov. Rec. lib. 10, tít. 4, ley 2)

³⁷ Sobre todo ello, *vid.* Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, cit., pp. 2754 ss.

³⁸ F.J. lib. 4, tít. 2, ley 9. *Que la mugier puede aver parte en toda heredad. La mugier debe venir egualmientre con sus ermanos á la buena del padre, é de la madre, é de los avuelos, é de las avuelas de parte del padre é de parte de la madre; é otrosi á la buena de los hermanos é de las ermanas. E otrosi debe venir á la buena de los tios, é de las tias, é de sus fijos. Ca derecho es que aquellos que natura fizo egualmientre parientes, egualmientre vengan a la buena.*

³⁹ F.J. lib. 4, tít. 2, ley 10. *Que la mugier puede heredar, é aquel que fuere en grado más propinquo debe aver la heredad. Las heredades de parte de la madre, é de los tios, é de las tias, é de sus fijos, las mugieres deven partir egualmientre con aquellos que son tan propinquos cuemo ellas. Ca toda heredad deven aver aquellos que son en mas propinquo grado.*

Fuero Real no se limitan los llamamientos en línea colateral, pero se omite absolutamente el llamamiento al cónyuge supérstite, quedando de ese modo ignorada toda relación de afectividad. Por ello, puede concluirse que en el Fuero Real los llamamientos en la sucesión intestada siempre están movidos por el parentesco de consanguinidad sin límite de grado, *usque in infinitum*, motivo del cual se infiere que no se aluda ni al cónyuge viudo ni al fisco, porque sería reconocer que un difunto carece de parientes por muy lejanos que estos sean.

3.4. En las Partidas.

Alfonso X el Sabio centra el orden de llamamientos, como ya lo hiciera el emperador Justiniano, en el parentesco de sangre, y lo extiende hasta el décimo grado, mientras que el emperador bizantino solamente alcanzó excepcionalmente al séptimo. Para que no haya dudas, se precisa en la ley 2, tít. 13, P. 6, que los grados de parentesco son tres: los ascendientes, los descendientes y los colaterales o transversales (*Tres sunt gradus consanguinitatis, scilicet ascendentes descendentes et collaterales*). Pues bien, a falta de hermanos se llamará al resto de parientes consanguíneos hasta el décimo grado. Realmente se trata de una relación de parentesco muy alejada, de hecho supera con creces el grado de parentesco que estableció Justiniano en la Nov. 118, hasta el sexto grado, y, excepcionalmente, el séptimo, o que también se fijó en el Fuero Juzgo lib. 4, tít. 2, ley 11: el séptimo grado; no obstante, tan extenso llamamiento sirve para afianzar que el criterio seguido se basa en la estricta relación de consanguinidad, pues aun siendo parientes en décimo grado, siguen siendo parientes, ya que tienen algún antepasado progenitor en común. De todos modos, este de grado de parentesco que aparece en Partidas acota el llamamiento sin límite de parentesco que se estableció en Fuero Real lib. 3, tít. 6, ley 13, cuando dejó abierto el grado de parentesco con la expresión “*dende ayuso, que hobieren derecho de heredar lo del muerto*”.

Para el caso de que no se hallare pariente hasta el décimo grado, circunstancia bastante improbable, se llamará al cónyuge supérstite, tanto sea el marido como la mujer. En ambos casos se precisa que heredarán todos los bienes del difunto. Quiero subrayar que en la disposición alfonsina de Partidas prima por encima de todo el parentesco de consanguinidad, dejando como residual la relación de afecto entre los esposos (relación conyugal), que ni tan siquiera es un supuesto de *ad finitas* o parentesco entre un cónyuge y los parientes del otro. Por consiguiente, en el orden sucesorio establecido en Partidas prevalece la *cognatio* sobre la *agnatio*, y sobre la afectividad que pueda unir a los miembros del matrimonio. Realmente, suscita serias dudas que los cónyuges viudos llegaran a ser llamados mientras existiera la posibilidad de llamar a parientes consanguíneos tan alejados, seguramente desconocidos, que pudiesen recibir los bienes del causante. Estamos, pues, ante un “verdadero oprobio”, pues nunca, legislativamente hablando, se colocó al cónyuge viudo tan lejos de ser llamado a la herencia. Ciertamente, lugar tan remoto es “expresión de olvido y descortesía”⁴⁰. Pero ello no significa que el cónyuge viudo quedara económicamente desamparado; seguía existiendo en la economía matrimonial de la época el régimen dotal⁴¹ de origen romano, así como el sistema matrimonial

⁴⁰ Scaevola, Q. M., *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XVI, Madrid, Imp. de R. Rojas, 1900, p. 158.

⁴¹ P.4, tít. 11 *De las dotes, e de las donaciones, e de las arras*.

ganancial. Es más, para el caso de la viuda, pobre e indotada⁴², se recuperó la *quarta uxor* justiniana, ahora denominada cuarta marital⁴³.

En conclusión, una vez expuesta la prelación en el orden sucesorio *ab intestato* establecido en Partidas, puede inferirse que, al igual que sucedía en el derecho romano justiniano, prevalece el criterio biológico de la consanguinidad, de forma que una vez que este sea agotado, por ausencia total de parientes de sangre, se llamará al cónyuge supérstite, y en caso de no existir heredará el fisco. Por lo tanto, el orden de llamados es: 1º descendientes (hijos y nietos), 2º ascendientes (padre, madre y abuelos) junto con hermanos de doble vínculo, 3º hermanos de vínculo sencillo (de padre o madre), 4º colaterales hasta el décimo grado, 5º consorte viudo y 6º el fisco⁴⁴.

3.5. En las Leyes de Toro.

Según las Leyes de Toro de 1505 el orden de llamamientos vigente a comienzos del s. XVI, en el territorio bajo gobierno de los Reyes Católicos, era: 1º descendientes, 2º ascendientes, 3º hermanos de doble vínculo, 4º hermanos de vínculo sencillo, 5º colaterales hasta el décimo grado, 6º cónyuge supérstite y 7º la Cámara del Rey (Fisco). Es decir, se basaba en el vínculo cognaticio, al igual que Partidas, habiendo procedido a evitar el llamamiento conjunto de padres y hermanos, como se hacía en Partidas, pero no en el Fuero Real. Y respecto del llamamiento al cónyuge supérstite, las Leyes de Toro no modificaron nada; su situación no cambió en absoluto⁴⁵.

3.6. En la Nueva Recopilación.

La Nueva Recopilación, como legislación vigente desde su promulgación en el año 1567, omite el grado de llamamientos de los parientes colaterales y el llamamiento al cónyuge supérstite, circunstancias previstas en Partidas 6, tit.13, ley 6, alcanzando hasta el décimo grado el llamamiento a los parientes colaterales y en su ausencia al cónyuge sobreviviente, lo cual implica que absolutamente todo el orden de llamamientos recogido en dicha Recopilación se concentra en los parientes consanguíneos, ignorando toda relación de afecto entre cónyuges. Es decir, se prescinde de la relación de afectividad en defensa del llamamiento a favor del erario público, en aquel momento la Cámara del Rey.

3.7. En la Novísima Recopilación.

La Novísima Recopilación reproduce la Nueva y algunas leyes posteriores, incurriendo en numerosos errores, al decir de los historiadores, circunstancia que no se aprecia en las leyes que se tratan, si bien formalmente se aleja de la composición que presenta en la Nueva Recopilación. Por lo demás, no se aprecian novedades legislativas respecto de lo establecido en las Leyes de Toro y posteriormente recogido en la Nueva Recopilación⁴⁶. Eso sí, la regulación se

⁴² P. 6, tit. 13, ley 7. *En quanta parte de los bienes del marido rico puede heredar la muger pobre, si casasse sin dote, e non ha de que bevir.*

⁴³ Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, cit., pp. 2769 ss.

⁴⁴ Vid. Pérez y López, A.X., *Teatro de la legislación universal de España é Indias*, tomo XXVII, cit., pp. 484 ss.

⁴⁵ Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, cit., p. 2775.

⁴⁶ Respecto del orden de llamamientos establecido, puede verse una aproximación con minuciosa prolijidad de las leyes patrias a sus correspondientes del derecho romano en, DOMINGO

coloca en el título 20 del libro 10, intitulado genéricamente *De las herencias, mandas y legados*. De nuevo en la Novísima Recopilación se omite el llamamiento al cónyuge supérstite, y se extiende el llamamiento a los colaterales hasta el cuarto grado, lo que supone una importante novedad⁴⁷.

4. El llamamiento a la mujer en los Proyectos de Código civil.

Con anterioridad al Código civil, cuya sanción definitiva fue en 1889, hubo varios intentos malogrados de Proyectos de Códigos civiles realizados en 1821, 1836, 1851 y 1882. En el Proyecto de Código civil español de 1821 no se llegó a contemplar el derecho sucesorio, debido a que su redacción fue muy precipitada y con escaso tiempo para su composición completa. Solamente fueron impresos y publicados 476 artículos, entre los que no se halla ninguno relativo al derecho de sucesiones.

En el Proyecto de 1836 se reconoció que la materia de sucesiones es ciertamente complicada razón por la que se trató de simplificar, desterrando para ello las sutilezas del Derecho romano. En el fallido Proyecto de 1836 se continuó con la inveterada costumbre de llamar en primer lugar a los descendientes y en segundo lugar a los ascendientes. La sorpresa, si bien el Proyecto nunca pasó a ser aplicable, reside en que en tercer lugar se llama al cónyuge supérstite, junto con los hermanos de doble vínculo. En la Exposición de Motivos del citado Proyecto se dice que: “la Comisión, dudando entre el cónyuge y el hermano a cuál de los dos daría la preferencia, y siendo tan poderosas las razones a favor del uno como del otro, creyó conveniente igualarlos”. Por lo tanto, se primaba el llamamiento a la mujer antes que a cualquier otro colateral.

El Proyecto de 1851 fue uno de los pocos Códigos civiles que fueron redactados casi en su totalidad por un solo autor: D. Florencio García Goyena. Dicho Proyecto de Código, que influyó decisivamente en el vigente Código civil, mantenía, con leves matices, el tradicional e inveterado orden de llamamientos de origen romano: descendientes, ascendientes, colaterales y finalmente el Estado (fisco, hacienda local, dependiendo del momento histórico). Respecto de la excepción a la relación de parentesco de sangre que une al difunto con el cónyuge que sobrevive, y que deberá ser llamado a la herencia intestada una vez que se compruebe la falta de parientes colaterales hasta el cuarto grado, entendió García Goyena⁴⁸ que era necesario y conveniente mejorar la suerte del viudo o viuda, situación totalmente descuidada en la legislación y práctica castellana. En los artículos 767 a 772 se regulaba la línea colateral, advirtiendo que el derecho a heredar *ab intestato* no se extienda más allá del décimo grado, aunque la sucesión de los parientes fuera del cuarto grado estaba sujeta a la existencia de derechos sucesorios del viudo, art. 773, y de los hijos naturales reconocidos, artículos 774 a 782.

de Morató, D. R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala*, tomo segundo, 2ª ed., rev. y aum., Valladolid, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, 1877, pp. 219 ss.

⁴⁷ Pérez Escolar, M., *Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*, cit., p. 2776.

⁴⁸ García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, tomo I, Zaragoza, Cometa S.A., 1974, (reimp. edic. 1852), Apéndice nº 10, p. 502.

En el Proyecto de 1882 el orden de llamamientos quedó configurado del siguiente modo: 1º descendientes legítimos, 2º ascendientes legítimos, 3º hijos naturales, 4º hermanos e hijos de estos, 5º cónyuge supérstite, 6º parientes colaterales dentro del sexto grado, y 7º el Estado. Por lo tanto, viendo el orden de llamamientos establecido, se observa que el parentesco de consanguinidad sigue primando frente a cualquier otro tipo de relación, incluso, la conyugal, dando primacía al derecho que da la naturaleza, la sangre, o el afecto personal a los hijos naturales frente al cónyuge supérstite. A falta de ascendientes, descendientes y colaterales (hermanos y sobrinos, hijos de estos, sean de doble vínculo o sencillo), se llamará al cónyuge supérstite, art. 963. El cónyuge viudo en caso de existir hermanos o hijos de hermanos, tendrá derecho a recibir la mitad de la herencia en usufructo, art. 964.

5. El llamamiento a la mujer en los órdenes sucesorios establecidos en los diferentes ordenamientos españoles vigentes.

El elemento esencial sobre el que se basan los llamamientos sucesorios en todos los ordenamientos vigentes en los diferentes territorios nacionales, es el parentesco de sangre⁴⁹; criterio siempre relacionado con el afectivo hacia el cónyuge supérstite, que confluyen en una mezcla bio-psicológica (sangre y afecto), que hará que el cónyuge viudo vaya escalando puestos en el orden sucesorio.

5.1. En el Código Civil español.

El orden sucesorio *ab intestato* viene recogido en los artículos 913 y siguientes del C.c. Y salvo alguna variación, como es la mejora de posición del cónyuge viudo y el límite de grado de llamamientos a los colaterales, el orden sigue siendo similar, que no igual, al que estableció Justiniano en sus Novelas⁵⁰. Así: 1º. La línea recta descendente: los descendientes matrimoniales o extramatrimoniales (art. 931 C.c.) o por adopción, en total igualdad (art. 108 C.c.). 2º. La línea recta ascendente: los ascendientes (art. 935 C.c.). 3º. El cónyuge supérstite (art. 944 C.c.). 4º. Los hermanos y sobrinos (hijos de hermanos) (art. 946 C. c.). 5º. Los parientes colaterales hasta el cuarto grado (art. 954 C.c.) y 6º. El Estado (art. 956 C.c.). Si se observa, “dos de estas tres clases (cónyuge supérstite, y Estado o Comunidades autónomas) son en realidad «unipersonales», es decir, que dentro de ellas ya no cabe ulterior distinción. Por el contrario, entre los parientes se hace necesario establecer criterios de preferencia de unos sobre otros, ya que de lo contrario deberían ser llamados todos a un tiempo”⁵¹.

Soslayando una nada inverosímil propuesta de futuro realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil españoles⁵², en el Código civil

⁴⁹ Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, en Instituciones de Derecho Privado, (coord. V. M. Garrido de Palma), vol. 5, tomo 2, Madrid, Civitas, 2015, pp. 70 ss.

⁵⁰ Duplá Marín, Mª T. – García-Cueto, E., *Capítulo I. La sucesión intestada en el Código Civil (artículos 912-958 CC). Tributación en función del orden de suceder aplicable*, en Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra, (Pratdesaba, R. y Bosch, A. (dirs.) y Barceló, R. (coord.)), Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 721-743.

⁵¹ Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., p. 145.

⁵² AA. VV., *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2018, p. 15.

Existe una Propuesta de modificación del Código civil (PCC) realizada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, convencidos de que España necesita un nuevo Código civil. Por lo

español vigente, fiel a la tradición romana, prima en el orden de llamamientos la relación de consanguinidad más próxima (línea recta), sobre la más alejada (línea colateral), incluyendo entre ambas el llamamiento al cónyuge supérstite, con quien, como es obvio, la consanguinidad no existe, pero sí la razón de afecto. Según el Código civil vigente, en tercer lugar, a falta de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá el cónyuge sobreviviente en todos los bienes del difunto (art. 944). Con este llamamiento se rompe el criterio de la consanguinidad para dar paso al criterio del afecto que se presume genera el matrimonio. Es la primera vez en la historia jurídica que el cónyuge supérstite es llamado a suceder al esposo/a difunto con preferencia a otros miembros de su familia. Esta disposición no estaba contemplada en estos términos cuando se produjo la promulgación del Código civil en 1889, sino que obedece a una reforma incluida casi cien años después⁵³.

Con anterioridad a esta reforma, el cónyuge viudo era llamado en quinto lugar, después de otros parientes colaterales del difunto. Sin embargo, por medio del art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el artículo 944 fue modificado⁵⁴, dando paso a que el cónyuge viudo fuera llamado en tercer lugar, y por supuesto con preferencia a los hermanos del difunto⁵⁵. Además, dato significativo, el cónyuge supérstite es heredero universal “en todos

que al orden de llamamientos se refiere se dedica el Título VI. De las sucesiones, Capítulo VI. De la sucesión legal, Sección 3ª Del orden de suceder, (arts. 466.10-20 PCC), diferenciando la Subsección 1ª De la línea recta descendente (arts. 466.10-11 PCC); la Subsección 2ª De la sucesión del cónyuge y de los ascendientes (arts. 466.12-14 PCC); la Subsección 3ª De la sucesión de los colaterales (arts. 466.15-19 PCC) y la Subsección 4ª De la sucesión del Estado (art. 466.20 PCC). Es obvio, pues, que con esta propuesta se mejora la posición del cónyuge supérstite, por delante de los ascendientes, sin perjuicio en su caso de la legítima de estos y del derecho de reversión de liberalidades (art. 466.12 PCC). Esta propuesta de mejora se justifica en la propia Exposición de Motivos cuando se afirma que: “este cambio parece justificado tanto por la reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear como por comportar una solución ajustada a los deseos de un causante tipo (a salvo, obviamente, situaciones de crisis familiar)” (p. 191), aparte de que, en la actualidad, la fuente primordial de riqueza está constituida fundamentalmente por el trabajo personal de ambos cónyuges y rara vez por la fortuna heredada bien de los ascendientes bien de cualesquiera otros parientes. Galicia Aizpurua, G., Castellanos Cámara, S., *Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones*, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº.3, 2018, pp. 35 ss. Galicia Aizpurua, G., *Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español*, en Iura Vasconiae nº 17, 2020, pp. 328 ss.

⁵³ De la Iglesia Prados, E., *Análisis de la sucesión intestada*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 211-283.

⁵⁴ BOE de 19 de mayo de 1981, que entró en vigor el 08 de junio de 1981.

⁵⁵ A partir de esta reforma, las legislaciones autonómicas con capacidad para reformar el orden sucesorio han mejorado la posición del cónyuge supérstite, y especialmente lo han hecho, como veremos, la legislación catalana, la navarra y la vasca. Sin embargo, tales modificaciones no han llegado al extremo de los ordenamientos alemán, austriaco, portugués, italiano, suizo o islandés, en los que se realiza el llamamiento al cónyuge viudo como heredero *ab intestato* en una cuota de la herencia, incluso concurriendo con descendientes. Y lo mismo sucede en ordenamientos latinoamericanos, por ejemplo, Perú, México, Cuba, Argentina y Chile, sin olvidar las reformas realizadas en el *Code civil* francés, que han mejorado sustancialmente los derechos del cónyuge viudo. Ello significa que prima el protagonismo de la familia nuclear frente a la extensa. Es decir, la atención a los intereses del viudo ha sido superior a la de otros parientes y allegados. Martínez Martínez, Mª, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, Madrid, BOE, 2016, pp. 295 ss. PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 168 ss. (Derecho comparado).

los bienes del difunto”, (derechos y obligaciones), salvo en aquellos que se extingan con la muerte del cónyuge fallecido⁵⁶.

5.2. En el Código del Derecho Foral de Aragón.

En el orden sucesorio legal (*ab intestato*) aragonés, el art. 517 CDFa establece un llamamiento escalonado, para cuya comprensión es preciso atender a dos circunstancias bien importantes, por un lado, la parentela, y por otro, el origen de los bienes. En el art. 517.2, 2º se establece: “*Los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia*”. En este apartado, por consiguiente, se establece un orden sucesorio para todos aquellos bienes que no sean recobrables ni troncales, es decir, bienes sin procedencia familiar, y también en éstos, los troncales, cuando no haya parientes con derecho preferente, se procederá con el orden de llamamientos habitual a falta de descendientes; en segundo lugar, serán llamados los ascendientes, en su defecto, en tercer lugar, el cónyuge, a falta de este y, en cuarto lugar, los colaterales hasta el cuarto grado, y en quinto y último lugar la Comunidad Autónoma de Aragón o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia, de acuerdo al privilegio establecido en el art. 536 CDFa. En definitiva, son llamados jerárquicamente y por este orden: los descendientes; los ascendientes; el cónyuge viudo; los parientes colaterales privilegiados (hermanos, hijos y nietos de hermanos); los parientes colaterales ordinarios, y finalmente, la Comunidad Autónoma de Aragón⁵⁷.

Por lo que respecta al cónyuge supérstite es colocado en el mismo lugar que en el Código civil, con preferencia a los parientes colaterales del causante⁵⁸, si bien se le excluye de una parte del patrimonio hereditario: los bienes recobrables o troncales. La sucesión del cónyuge viudo está regulada en el art. 531 CDFa⁵⁹. Es sabido que el Código civil español solamente reconoce derechos al cónyuge sobreviviente, pero ninguno a otros tipos de parejas; igual ocurre en el derecho aragonés, que introdujo el régimen de las “parejas estables no casadas” por medio de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, actualmente recogido en el art. 303 y siguientes del CDFa, a quienes tampoco reconoce ningún derecho sucesorio⁶⁰.

⁵⁶ Alventosa del Río, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento Sucesorio de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 58 ss.

⁵⁷ Arqued Sanz, M^a A., *El régimen de sucesión intestada en Aragón*, en *Economist & Jurist*, vol. 21, n.º. 168, 2013, pp. 56-61.

⁵⁸ Durante la tramitación parlamentaria de la Ley se propuso su anteposición a todos los ascendientes, pero no prosperó, lo cual no obsta para que el cónyuge supérstite goce de usufructo viudal universal. Martínez Martínez, M^a, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, cit., pp. 296 ss.

⁵⁹ Como el CDFa (2011) incorporó la regulación de la Ley de sucesiones por causa de muerte (LSCMA) (1999), sin alterar sustancialmente su regulación, puede verse con igual validez los comentarios relativos a esta cuestión, realizados en 2003, por Pérez Escolar, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., pp. 157–163.

⁶⁰ Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., p. 204.

5.3. En la *Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*.

Las reglas por las que se rige la sucesión *mortis causa* intestada en el Derecho autonómico de las Islas Baleares⁶¹, se encuentran insertas en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares (CDCIB)*⁶². En su art. 53 (para Mallorca y Menorca) y en su art. 84 (para Ibiza y Formentera) se establece el mismo orden sucesorio previsto en el Código civil, lo que implica que en primer lugar serán llamados los hijos y descendientes (art. 931 C.c.); en segundo lugar, los ascendientes (art. 935 C.c.); en tercer lugar, el cónyuge viudo (art. 944 C.c.) o conviviente de pareja estable (art. 13 LPE⁶³); en cuarto, lugar, los hermanos y colaterales hasta el cuarto grado (art. 946 y 954 C.c.); y en quinto lugar, el C.c. llama al Estado (art. 956-958 C.c.). No obstante, las Islas Baleares disponen de una normativa propia mediante la que se sustituye el Estado por la Comunidad Autónoma. Así, en el art. 38 c) de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se prescribe que “la Comunidad Autónoma puede adquirir bienes y derechos: c) Por herencia, legado o donación”.

5.4. En el *Código Civil de Cataluña*.

El Código civil de Cataluña dedica doce artículos, art. 442-1 a 442-12, a regular el orden sucesorio *ab intestato*⁶⁴. Pues bien, dicho orden sucesorio, cuando el llamamiento es a título de heredero⁶⁵, es el siguiente: En primer lugar, son llamados los hijos y descendientes; en segundo lugar, es llamado el cónyuge o el conviviente de pareja estable⁶⁶; en tercer lugar, y en defecto de los

⁶¹ Vid. Llodrà Grimalt, F., *La sucesión intestada en Baleares*, en Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco (Gete-Alonso Calera, M^a del C. (dir.), Solé Resina, J. (coord.)), tomo 2, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2016, pp. 213-248. Llodrà Grimalt, F., *Capítulo VII. La sucesión intestada en el Derecho civil balear*, en Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 861-879.

⁶² BOIB (Islas Baleares), núm. 120, de 02 de octubre de 1990.

⁶³ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables en las Islas Baleares.

Artículo 13. Régimen sucesorio. Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo.

Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., p. 204.

⁶⁴ Ysàs Solanes, M^a., *La sucesión intestada en Cataluña*, en Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco (Gete-Alonso Calera, M^a del C. (dir.), Solé Resina, J. (coord.)), tomo 2, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2016, pp. 175-212. De la Iglesia Prados, E.: *Análisis de la sucesión intestada*, cit., pp. 349-354. Ginebra Molins, M^a E. - Tarabal Bosch, J., *Capítulo III. La sucesión intestada en Cataluña (artículos 441-1 a 444-1 CCCat). Tributación en función de legislación propia*, en Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp.771-790.

⁶⁵ Para el estudio del llamamiento en la sucesión intestada de las personas acogidas, conforme a la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, vid. Ysàs Solanes, M., *La sucesión intestada en Cataluña*, cit., pp. 200 ss. Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., pp. 241-242.

⁶⁶ La convivencia no matrimonial, carente de regulación tanto en el ámbito estatal como en algunos autonómicos, fue objeto de regulación de forma pionera por parte del legislador catalán en la Ley 10/1998 de Uniones Estables de Parejas (LUEP). Con la entrada en vigor del Libro II del Código civil de Cataluña, Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia, aparece la nueva regulación de las Parejas Estables que sustituyó a la anterior, que obviamente quedó

anteriores, son llamados los ascendientes; en cuarto lugar, se procederá a llamar a los hermanos e hijos de hermanos; en quinto lugar, cuando no haya hijos, ni descendientes, ni cónyuge o conviviente, ni ascendientes, ni hermanos o hijos de hermanos, se llamará a los demás colaterales hasta el cuarto grado; y en sexto y último lugar, a la Generalitat.

Se observa que el legislador catalán es fiel a la tendencia a privilegiar al cónyuge viudo o conviviente sobreviviente, pues les otorga un lugar de preferencia frente a los ascendientes⁶⁷. Por lo tanto, en el derecho civil de Cataluña quiebra el vínculo de parentesco consanguíneo en favor del vínculo de afectividad o de cariño (criterio psicológico, conyugal no matrimonial), surgido de una relación estable de pareja, con independencia de su modalidad legal: matrimonio o pareja de hecho. Hasta ahora el orden sucesorio favorecía el parentesco en línea recta frente a la línea colateral, por la proximidad de grado de parentesco, y dentro de la línea recta primero se llamaba a los descendientes y posteriormente en su ausencia a los ascendientes. Sin embargo, en el derecho catalán se prefiere o se privilegia, para ser más exactos, antes que, a los ascendientes, al cónyuge o conviviente viudos. Es decir, se intercala en el llamamiento *ab intestato* al viudo entre los parientes biológicos o de consanguinidad.

En el devenir histórico que estamos analizando, se observa que el derecho catalán ha conjugado el parentesco de sangre con los lazos de afectividad, es decir, el criterio biológico-consanguíneo con el afectivo-psicológico de una relación de pareja, hasta el punto de anteponer al cónyuge viudo o conviviente estable sobreviviente a parientes de primer grado, como son los ascendientes progenitores. Esta solución ha de interpretarse conforme con la evolución social y económica actual, en la que prima el afecto y cariño al compañero con preferencia al que se tiene a los padres, lo que no es, en principio, fácilmente comprensible, pues se comparan dos tipos de afectos muy diferentes, al menos desde un punto de vista psicológico emocional: afecto paterno filial y afecto conyugal o de pareja, es decir, se entremezclan dos tipos de vínculos con el causante, el vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción y el vínculo matrimonial o de convivencia como pareja estable.

5.5. En la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia.

En Galicia el orden de llamamientos sigue siendo el del derecho común, el recogido en el Código civil, si bien ha sido preciso asimilar el conviviente de hecho al cónyuge supérstite⁶⁸. Y aunque el orden de llamamientos por remisión es el establecido en el Código civil español, tiene algunas matizaciones: así, en primer lugar, serán llamados los descendientes (hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos); en segundo lugar, y a falta de aquéllos, los ascendientes; en tercer lugar, en ausencia de todos los anteriores, el cónyuge

derogada. Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., pp. 204-205.

⁶⁷ Martínez Martínez, M^a, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, cit., pp. 295 ss.

⁶⁸ Vid. Nieto Alonso, A., *El régimen de sucesión intestada en Galicia*, en *Economist & Jurist*, vol. 21, n^o. 168, 2013, pp. 32-37. Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., pp. 48-49. Estévez Abeleira, T., *Capítulo IV. La sucesión intestada en Galicia, (artículos 267 a 269 LDCG). Tributación en función de legislación propia*, en *Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, p. 796.

viudo o conviviente estable supérstite⁶⁹; en cuarto lugar, si no hubiera ninguno de los herederos mencionados anteriormente, serán llamados los hermanos y sobrinos (hijos de hermanos) del causante; en quinto lugar, los parientes colaterales hasta el cuarto grado; y, en sexto lugar, la Comunidad Autónoma de Galicia en lugar del Estado⁷⁰. Por lo tanto, “el llamamiento a la sucesión intestada, tanto en el ámbito del Código civil como del Derecho civil de Galicia, se basa en el parentesco (sea de sangre o adoptivo, nunca por afinidad), en el matrimonio, o en su caso, en la *affectio more coniugali* y en el vínculo de la nacionalidad (sucesión del Estado) o de la vecindad civil (sucesión por las Comunidades Autónomas)⁷¹.”

5.6 En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

La Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (CDCFN)⁷², también llamado «Fuero Nuevo de Navarra», ha sido modificada por diferentes y sucesivas Leyes Forales, unas meramente formales⁷³ y otras de fondo⁷⁴, siendo la más reciente la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, en la que según consta en su art. 1 se han modificado las rúbricas y composición de algunos artículos, títulos y capítulos de la anterior Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, pasando a ser este texto el aplicable desde el 16 de octubre de 2019, y en el que se modifica entre otras cuestiones, la sucesión legal o *ab intestato* en las leyes 300 a 307.

Comienza la ley 304 defiriendo la herencia, en primer lugar, a los hijos y descendientes, a todos los hijos sin discriminación por razón de la filiación⁷⁵; en segundo lugar, al cónyuge no excluido del usufructo de viudedad conforme a la

⁶⁹ Por lo que respecta al usufructo legal del cónyuge o pareja estable, en la Ley 2/2006 se recoge una regulación propia de la cuota usufructuaria (art. 254 LDCG), diferente a la establecida en el Código civil. Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., pp. 209-210.

⁷⁰ Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., pp. 194-195.

⁷¹ Nieto Alonso, A., *La sucesión intestada en el derecho civil de Galicia*, cit., p. 280.

⁷² Breve apunte del derecho navarro histórico relativo a la sucesión legal, en Gómez Clavería, P., *Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*, cit., pp. 49 ss.

⁷³ Corrección de errores de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra («BOE» núm. 129, de 30 de mayo de 1974).

⁷⁴ - Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra.

- Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

- Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013. Recurso de inconstitucionalidad 5297-2000. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Competencias sobre legislación civil, principio de seguridad jurídica, derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, protección de la familia: nulidad de diversos preceptos legales autonómicos. Votos particulares.

- Ley Foral 10/2016, de 1 de julio, de actualización del régimen regulador de la sucesión legal a favor de la Comunidad Foral de Navarra.

- Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

⁷⁵ Cilveti Gubía, M^a B., *Título XIV. De la sucesión legal. Capítulos I a III (leyes 300 a 307)*, en *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2^a ed., (dir. E. Rubio y M^a L. Arcos), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi - Thomson Reuters, 2020, pp. 1268 ss.

ley 254⁷⁶, al que no se equipara el superviviente de pareja estable⁷⁷. Resulta sorprendente que el cónyuge cuando se redactó el Fuero Nuevo fuera llamado en quinto lugar, posición que ha ocupado en el orden de llamamientos hasta la última reforma de 2019, pasando al segundo lugar. Con esta mejora en la posición en el orden de sucesión se equipara al derecho catalán y al derecho vasco, dándole preferencia frente a los ascendientes, aunque no siempre fue así⁷⁸. Por ello, que se proceda a llamar al cónyuge superviviente después de los descendientes y antes de los ascendientes es realmente una innovación que no existía en el derecho histórico navarro⁷⁹.

5.7. En la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil del País Vasco.

El País Vasco se ha dotado por medio de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV), de una legislación que se aplica en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declara su vigencia únicamente para un territorio concreto (art. 8). Una de las novedades más importante que introduce la Ley está referida a la sucesión intestada. La nueva Ley, que sigue distinguiendo entre la sucesión legal de los bienes troncales y de los bienes no troncales, modifica el orden de suceder establecido en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (derogada), y en el Código Civil, para el caso de fallecer sin testamento. En el art. 111 LDCV se regula la sucesión legal o intestada de los bienes troncales, y se aplicará, por remisión, el orden establecido en el art. 66 LDCV que establece quiénes son los parientes tronqueros, así como su prelación.

La sucesión legal de los bienes no troncales está regulada en el art. 112 LDCV, y la defiere por el siguiente orden. En primer lugar, serán llamados los hijos o descendientes. En segundo lugar, el cónyuge viudo no separado legalmente o por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente o el superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros; en tercer lugar, los ascendientes; en cuarto lugar, los colaterales dentro del cuarto grado, por consanguinidad o adopción; y, en quinto lugar, (art.

⁷⁶ El usufructo de viudedad anteriormente se le denominaba usufructo legal de fidelidad, Nanclares Valle, J., *La reforma del libro segundo del Fuero Nuevo: Donaciones y sucesiones*, en *Iura Vasconiae*, 17, 2020, pp. 356 ss.

⁷⁷ *Vid.* Nanclares Valle, J., *La reforma del libro segundo del Fuero Nuevo: Donaciones y sucesiones*, cit., pp. 372 ss. Los derechos sucesorios de las parejas estables vienen regulados por lo dispuesto en la ley 113: “*En caso de extinción de la pareja estable por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes, el sobreviviente solo tendrá los derechos sucesorios que se hubieran otorgado entre sí o por cualquiera de ellos en favor del otro, conjunta o separadamente, por testamento, pacto sucesorio, donación “mortis causa” y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación*”. Martínez Martínez, M^a, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, cit., pp. 325 ss. Cilveti Gubía, M^a B., *Título XIV. De la sucesión legal. Capítulos I a III (leyes 300 a 307)*, cit., p. 1268.

⁷⁸ Pérez Escolar, M., *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, cit., pp.167 ss. *Vid.* también, Arcos Vieira, M^a L., *La sucesión intestada en Navarra y el País Vasco*, en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco (Gete-Alonso Calera, M^a del C. (dir.), Solé Resina, J. (coord.))*, tomo 2, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2016, pp. 338 ss.; Iribarren Goñi, J. - Uriz Ayestarán, M., *El régimen de sucesión intestada en Navarra*, en *Economist & Jurist*, vol. 21, n^o. 168, 2013, pp. 62-66.

⁷⁹ Álvarez Caperochipi, J. A., *Tema 26. La sucesión legal en Navarra*, en *Derecho civil navarro (2020) de Formación a Distancia 1-2020*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2020, p. 755 nt. 14.

117 LDCV), la Comunidad Autónoma del País Vasco. Según el texto aprobado, el cónyuge viudo⁸⁰ o el superviviente de la pareja de hecho heredarán en defecto de hijos y descendientes del difunto, que heredan en primer lugar, antes que los padres y ascendientes del mismo⁸¹. Realmente, si bien es una novedad en la regulación vasca, también se conoce en otros ordenamientos autonómicos españoles, como el catalán⁸² o el navarro⁸³, difiriendo del Código civil que defiere la herencia al cónyuge supérstite en defecto de descendientes y ascendientes. Que se anteponga el llamamiento al cónyuge viudo o la pareja de hecho sobreviviente a los ascendientes o progenitores, pone de manifiesto la trascendencia del afecto, del cariño y de la proximidad, por encima de la relación de consanguinidad a la hora de nombrar herederos legales, supliendo la voluntad del causante en los llamamientos *ab intestato*.

6. Conclusiones.

Superado el periodo más antiguo del derecho romano regulado por el *ius civile* en la Ley de la XII Tablas, en el que la regulación del orden sucesorio intestado se basaba exclusivamente en el parentesco agnaticio, obviando en gran medida el parentesco de sangre, poco a poco se fue imponiendo el criterio de la consanguinidad para realizar los llamamientos sucesorios *ab intestato*, lo que no fue óbice para que personas carentes de dicha relación de sangre también fueran llamadas, adoptando para ello el criterio afectivo conyugal.

Fue por primera vez en el edicto del pretor cuando se estableció que la mujer, como cónyuge supérstite, fuera llamada en 4º lugar, siempre que no hubiera parientes colaterales del causante hasta el sexto grado y excepcionalmente hasta el séptimo, circunstancia que tenía lugar cuando el solicitante pedía la *bonorum possessio* de los bienes de un primo segundo de su padre o de su madre, pero no a la inversa (*ex septimo duas personas sobrino et sobrina natum et natam* (D.38.8.1.3 *Ulp. 46 ad ed.*).

Pero fue definitivamente el emperador Justiniano quien, a pesar de primar el vínculo cognaticio frente a otros tipos de parentesco, situó a la mujer en sexto lugar desde el noveno que ocupaba (l.3.9.6); y siempre después de los colaterales llamados hasta el sexto grado y excepcionalmente hasta el séptimo, a imagen y semejanza de lo establecido en el edicto pretorio cuando el solicitante pedía la *bonorum possessio* de los bienes.

En el Código de Eurico, obra casi un siglo anterior a la compilación justiniana, el lugar asignado a la mujer era el sexto; y como siempre después de los parientes colaterales hasta el séptimo grado. En el Capítulo 336 ex CE se da

⁸⁰ Sobre la regulación anterior a la reforma de 2015, Pérez Escolar, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., pp.163 ss.

⁸¹ Vid. Hebrero Hernández, J. A., *El nuevo Derecho Civil Vasco*, <https://tuguialegal.com/2015/07/20/el-nuevo-derecho-civil-vasco/> (Última consulta realizada el 26/09/2024). Granados de Asensio, D. M^a, *Notas sobre la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, <http://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/ley-de-derecho-civil-vasco/>. http://www.paisvasco.notariado.org/?do=info&option=derecho_foral (Última consulta realizada el 26/09/2024).

⁸² Martínez Martínez, M^a, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, cit., pp. 295 ss.

⁸³ En la Compilación Foral navarra, ley 304, el cónyuge viudo pasó de ocupar el quinto lugar en el orden sucesorio al segundo, en virtud de la Ley Foral 21/2019 de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

preferencia al sistema de órdenes romano: en primer lugar, los hijos, si no los hubiera, en segundo lugar, los nietos, si tampoco hubiera nietos, en tercer lugar, se llama a los biznietos, en cuarto lugar, cuando no haya hijos, ni nietos, ni biznietos se llamará al padre o a la madre, y en su defecto, aunque no lo dice el texto, pero se colige por exclusión, en quinto lugar, a los colaterales, y estos hasta el séptimo grado. De idéntico modo se efectuaron los llamamientos en el Fuero Juzgo. Así, en su libro 4, título 2, ley 11 se advierte que, a falta de otros parientes descendientes, ascendientes, hermanos y demás colaterales, hasta el séptimo grado, se proceda a llamar al cónyuge supérstite.

Posteriormente, en el Fuero Real, los llamamientos en la sucesión intestada siempre estuvieron basados en el parentesco de consanguinidad sin límite de grado, *usque in infinitum*, motivo del cual se infiere que no se aluda en el orden sucesorio ni al cónyuge viudo ni al fisco, porque sería reconocer que un difunto carece de parientes por muy lejanos que estos fueran. Pero en Partidas se recuperó el orden de llamamientos justiniano y se estableció que en primer lugar se llamara a los descendientes (hijos y nietos), en segundo lugar, a los ascendientes (padre, madre y abuelos) junto con hermanos de doble vínculo, en tercer lugar, a los hermanos de vínculo sencillo (de padre o madre), en cuarto lugar, a los colaterales hasta el décimo grado, en quinto lugar, al consorte viudo y en sexto y último lugar, al fisco. Este mismo orden de llamamientos sucesorios, respecto del cónyuge supérstite, se conservó en las Leyes de Toro en las que nada no se modificó.

A partir del siglo XVI, en la Nueva Recopilación, como legislación vigente desde su promulgación en el año 1567, se omitió el grado de llamamientos de los parientes colaterales, así como el llamamiento al cónyuge supérstite. E, igualmente, en la Novísima Recopilación también se omitió el llamamiento al cónyuge supérstite, aunque se limitó el llamamiento a los colaterales hasta el cuarto grado lo que supuso una importante novedad.

La primera vez en la historia jurídica española que el cónyuge supérstite es llamado a suceder al esposo/a difunto/a con preferencia a otros miembros de su familia, especialmente a los colaterales, fue en el Código civil de 1889. Esta disposición no se contempló *ab initio* en estos términos, sino que fue el resultado de una reforma concluida casi cien años después, en 1981. Con anterioridad a esta modificación, el cónyuge viudo era llamado en quinto lugar, después de otros parientes colaterales del difunto. Sin embargo, por medio del art. 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el artículo 944 fue modificado, dando paso a que el cónyuge viudo fuera llamado en tercer lugar, y por supuesto con preferencia a los hermanos del difunto.

Por lo que se refiere a los derechos autonómicos patrios, en el Código de Derecho Foral de Aragón, a falta de descendientes, en segundo lugar, serán llamados los ascendientes, y, en su defecto, en tercer lugar, el cónyuge supérstite, y solamente, a falta de este, en cuarto lugar, se llamará a los colaterales hasta el cuarto grado. En la Compilación de Baleares, en su art. 53 (para Mallorca y Menorca) y en su art. 84 (para Ibiza y Formentera) se establece el mismo orden sucesorio previsto en el Código civil. E, igualmente, en el Derecho Civil gallego en donde el orden de llamamientos sigue siendo el del derecho común, el recogido en el Código civil, si bien ha sido preciso asimilar el conviviente de hecho al cónyuge supérstite.

Sin embargo, en el Código civil de Cataluña se prefiere, o para ser más exactos, se privilegia, antes que a los ascendientes y después de los descendientes, al cónyuge o conviviente viudos. Es decir, se intercala en el llamamiento *ab intestato* al viudo/a entre los parientes biológicos o de consanguinidad. Por lo que se refiere a la legislación del Derecho Civil vasco la sucesión legal de los bienes no troncales se defiere, en primer lugar, a los hijos o descendientes y, en segundo lugar, al cónyuge viudo no separado legalmente o por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente o el superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros. En el Derecho navarro, a partir de la Ley Foral de Navarra 21/2019, de 4 de abril, se modificó entre otras, la ley 304 defiriendo la herencia, en primer lugar, a todos los hijos y descendientes, y, en segundo lugar, al cónyuge, al que no se equipara el superviviente de pareja estable. Curiosamente, cuando se redactó el Fuero Nuevo de Navarra en 1973 el cónyuge era llamado en quinto lugar, posición que ha ocupado en el orden de llamamientos hasta la última reforma mencionada. Con esta mejora en la posición en el orden sucesorio se equipara al derecho catalán y al derecho vasco, dándole preferencia frente a los ascendientes.

Por lo tanto, resulta innegable que la mujer (como cónyuge supérstite), desde Roma hasta la legislación española más reciente, ha ido escalando puestos sin solución de continuidad en los órdenes de llamamientos intestados hasta colocarse en una posición de preferencia en el orden sucesorio frente a los colaterales del causante, incluidos los hermanos, e incluso los ascendientes en primer grado, los cuales han ido perdiendo su condición de prioridad. Pero lo más importante no es que la mujer fuera llamada después de los colaterales, lo más importante es el grado de parentesco hasta el que eran llamados los colaterales, pues no es lo mismo ser llamado después de los colaterales de cuarto grado, en el mejor de los casos, (en el Fuero Juzgo se llamaba hasta el séptimo), que a continuación de los parientes colaterales en décimo grado, (como en Partidas), e incluso en legislaciones en las que no se estableció un grado de parentesco límite de llamamiento, *usque ad infinitum*, como en el Fuero Real, o en la Nueva y Novísima Recopilación.

Apuntar finalmente que, si bien en el Código civil de 1889 se llamaba a la mujer en quinto lugar, tras la modificación de 1981 pasó a ocupar el tercer lugar, siempre a falta de descendientes y ascendientes. Por el contrario, en los ordenamientos catalán, navarro y vasco, ocupa el segundo lugar a falta de descendientes y antes que los ascendientes. Por ello, no sería nada extraño que en modificaciones venideras del derecho común español la mujer (como cónyuge supérstite), fuera llamada junto a los descendientes (hijos) o en su ausencia antes que los ascendientes o cualesquiera otro de los colaterales del difunto.

Se trataría de establecer un régimen semejante al actualmente vigente en Argentina, recogido en los artículos 2424 y siguientes del CCyC de la Nación. Así, en el art. 2424 se establece que "*Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, ...*". Por lo que respecta a la mujer, caso de ser el cónyuge supérstite, se prevé ex art. 2435 que "*A falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge hereda la totalidad, con exclusión de los colaterales*". Pero esta disposición no impide la posible concurrencia con descendientes y ascendientes, en cuyo caso si concurriera con

los descendientes del difunto, ex art. 2433 se dispone que “*Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo*”. Y si concurre con ascendientes por falta de descendientes, previene el art. 2434 que “*Si heredan los ascendientes, al cónyuge le corresponde la mitad de la herencia*”. En definitiva, el cónyuge supérstite, entiéndase por lo que a la mujer se refiere, ocupa en el ordenamiento jurídico argentino un lugar realmente privilegiado, porque, si concurre con descendientes se la considera como a un hijo más, si concurre con ascendientes heredará por mitad, y a falta tanto de descendientes como de ascendientes heredará la totalidad de los bienes con preferencia a los demás colaterales.

Bibliografía

AA. VV., *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2018.

Álvarez Caperochipi, J. A., “*Tema 26. La sucesión legal en Navarra*”, en *Derecho civil navarro (2020) de Formación a Distancia 1-2020*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2020, pp. 746-772.

Alventosa del Río, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento Sucesorio de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Arcos Vieira, M^a L., “*La sucesión intestada en Navarra y el País Vasco*”, en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco (Gete-Alonso Calera, M^a del C. (dir.), Solé Resina, J. (coord.)), tomo 2, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2016, pp. 305-340.*

Arqued Sanz, M^a A., “*El régimen de sucesión intestada en Aragón*”, en *Economist & Jurist*, vol. 21, n^o. 168, 2013, pp. 56-61.

Cilveti Gubía, M^a B., “*Título XIV. De la sucesión legal. Capítulos I a III (leyes 300 a 307)*”, en *Comentarios al Fuero Nuevo: compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, 2^a ed., (dir. E. Rubio y M^a L. Arcos), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi - Thomson Reuters, 2020, pp. 1251-1285.*

De la Iglesia Prados, E., *Análisis de la sucesión intestada*, 1^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Diliberto, O., “*s. v. Successione legitima. A) Diritto romano*”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 43, Varese, Giuffrè, 1990, pp. 1297-1315.

Domingo de Morató, D. R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala*, tomo segundo, 2^a ed., rev. y aum., Valladolid, Imp. y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, 1877.

D’Ors, A., *Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, 2^a ed., Madrid, BOE, 2014.

Duplá Marín, M^a T. – García-Cueto, E., “*Capítulo I. La sucesión intestada en el Código Civil (artículos 912-958 CC). Tributación en función del orden de suceder aplicable*”, en *Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra, (Pratdesaba, R y Bosch, A. (dirs.) y Barceló, R. (coord.)), Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 721-743.*

Estévez Abeleira, T., “*Capítulo IV. La sucesión intestada en Galicia, (artículos 267 a 269 LDCG). Tributación en función de legislación propia*”, en *Tratado del*

derecho de sucesiones vigente en España y Andorra, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 791-799.

Finazzi, G., *La successione ab intestato*, en XII Tabulae. Testo e commento I (a cura de M^a F. Cursi), Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

Galicia Aizpurua, G., Castellanos Cámara, S., “*Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones*”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil n^o. 3, 2018, pp. 1- 43.

Galicia Aizpurua, G., “*Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español*”, en Iura Vasconiae n^o 17, 2020, pp. 315-340.

García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, tomo I, Zaragoza, Cometa S.A., 1974, (reimp. edic. 1852), Apéndice n^o 10.

Ginebra Molins, M^a E. - Tarabal Bosch, J., “*Capítulo III. La sucesión intestada en Cataluña (artículos 441-1 a 444-1 CCCat). Tributación en función de legislación propia*”, en Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp.771-790.

Gómez Clavería, P., “*Sucesión intestada o legal en los derechos españoles*”, en Instituciones de Derecho Privado, (coord. V. M. Garrido de Palma), vol. 5, tomo 2, Madrid, Civitas, 2015.

Granados de Asensio, D. M^a, “*Notas sobre la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*”, <http://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/ley-de-derecho-civil-vasco/>.

http://www.paisvasco.notariado.org/?do=info&option=derecho_foral

Hebrero Hernández, J. A., “*El nuevo Derecho Civil Vasco*”, <https://tuguialegal.com/2015/07/20/el-nuevo-derecho-civil-vasco/>;

Impallomeni, G., “*s.v. Successioni (Diritto romano). Capo VIII. La successione “ab intestato” e contro il testamento*”, en Nov. Dig. Ital. XVIII, Torino, Unione tipográfica e editrice torinese, 1982.

Iribarren Goñi, J. - Úriz Ayestarán, M., “*El régimen de sucesión intestada en Navarra*”, en Economist & Jurist, vol. 21, n^o. 168, 2013, pp. 62-66.

Kaser, M., *Derecho romano privado*, 2^a ed. (versión directa 5^a ed. alemana), Madrid, Reus, 1982.

La Pira, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, Vallecchi, 1930.

López Güeto, A., *Pietas romana y sucesión mortis causa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

López Güeto, A., *Madres e hijos en el derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, Tecnos, 2017.

López-Rendo, C., “*La sucesión intestada en la ley de las Doce Tablas*”, en Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes, tomo I, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, pp. 533-568.

Llodrà Grimalt, F., “*La sucesión intestada en Baleares*”, en Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco (Gete-Alonso Calera, M^a del C. (dir.), Solé Resina, J. (coord.)), tomo 2, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2016, pp. 213-248.

Llodrà Grimalt, F., “*Capítulo VII. La sucesión intestada en el Derecho civil balear*”, en Tratado del derecho de sucesiones vigente en España y Andorra, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, pp. 861-879.

Martínez Martínez, M^a, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, Madrid, BOE, 2016.

Meinhart, M., *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klass. Röm. Erbrecht*, Viena, Böhlau, 1967.

Nieto Alonso, A., “*El régimen de sucesión intestada en Galicia*”, en *Economist & Jurist*, vol. 21, n^o. 168, 2013, pp. 32-37.

Pérez Escolar, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid, Dykinson, 2003.

Pérez Escolar, M., “*Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones*”, en *RCDI*, año n^o 80, n^o 686, 2004, pp. 2711-2778.

Pérez y López, A. X., *Teatro de la legislación universal de España é Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias*, tomo XXVII, Madrid, Imprenta D. Antonio Espinosa, 1798.

Pichonnaz, P., *Les fondements romains du droit privé*, 2^a éd., Genève/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2020.

Scaevola, Q. M., *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XVI, Madrid, Imp. de R. Rojas, 1900.

Talamanca, M., “*L’acquisto dell’eredita dei gentiles in XII tab. 5.5*”, en *Málanges de droit romain et d’histoire ancienne. Hommage a la memoire de André Magdelain*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 1998, pp. 447-476.

Tomás y Valiente, F., “*La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*”, en *AHDE* 36, Madrid, 1966, pp. 195 ss.

Turiel de Castro, G., “*La sucesión intestada en derecho romano*”, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo VIII. Derecho de sucesiones vol. III*, (coord. por A. Murillo Villar y O. Gil García), Madrid, BOE, 2021, pp. 2069-2094.

Voci, P., *Diritto ereditario romano, vol II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1963.

Volterra, E., *Instituciones de derecho privado romano*, (trad. esp.), Madrid, Civitas, 1986, reimpr. 1991.

Ysàs Solanes, M^a., “*La sucesión intestada en Cataluña*”, en *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (Gete-Alonso Calera, M^a del C. (dir.), Solé Resina, J. (coord.)), tomo 2, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas - Thomson Reuters, 2016, pp. 175-212.

Recibido el 18 de mayo de 2023. Aceptado el 28 de mayo de 2023.